

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE MINAS GERAIS**  
**Faculdade De Direito/Programa De Pós-Graduação**

**ROBERTA MAIA GRESTA**

**TEORIA DO PROCESSO ELEITORAL DEMOCRÁTICO:  
A FORMAÇÃO DOS MANDATOS A PARTIR DA PERSPECTIVA DA CIDADANIA**

**Belo Horizonte**  
**2019**

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE MINAS GERAIS**  
**Faculdade De Direito/Programa De Pós-Graduação**

**ROBERTA MAIA GRESTA**

**TEORIA DO PROCESSO ELEITORAL DEMOCRÁTICO:  
A FORMAÇÃO DOS MANDATOS A PARTIR DA PERSPECTIVA DA CIDADANIA**

Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, como requisito para a obtenção do título de Doutora em Direito.

Linha de pesquisa: Direitos Humanos e Estado Democrático de Direito: fundamentação, participação e efetividade

Área de estudo: Direito Político

Orientador: Prof. Dr. Rodolfo Viana Pereira

**Belo Horizonte**  
**2019**

---

G832t Gresta, Roberta Maia  
Teoria do processo eleitoral democrático: a formação dos mandatos  
a partir da perspectiva da cidadania / Roberta Maia Gresta. – 2019.  
Orientador: Rodolfo Viana Pereira.  
Tese (doutorado) – Universidade Federal de Minas Gerais,  
Faculdade de Direito.

1. Direito Eleitoral – Teses 2. Justiça eleitoral – Brasil  
3. Participação política – Teses 4. Sufrágio I.Título

CDU(1976) 342.8

---

UNIVERSIDADE FEDERAL DE MINAS GERAIS  
FACULDADE DE DIREITO  
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO

A tese intitulada “TEORIA DO PROCESSO ELEITORAL DEMOCRÁTICO: A FORMAÇÃO DOS MANDATOS ELETIVOS A PARTIR DA PERSPECTIVA DA CIDADANIA”, de autoria de Roberta Maia Gresta, foi considerada \_\_\_\_\_  
pela banca examinadora constituída pelos seguintes professores:

---

Professor Dr. Rodolfo Viana Pereira  
(UFMG - Orientador)

---

Professor Dr. Márcio Luís de Oliveira  
(UFMG)

---

Professor Dr. Rosemiro Pereira Leal  
(PUC-Minas)

---

Professora Dra. Eneida Desiree Salgado  
(UFPR)

---

Professora Dra. Edilene Lôbo  
(UIT)

Belo Horizonte, 22 de fevereiro de 2019

Dedico os resultados dessa pesquisa a todos que, no Brasil, persistem em produzir ciência com o objetivo de fornecer subsídios à concretização da Cidadania emancipatória e do Estado Democrático de Direito, normativamente instituídos pela Constituição de 1988. Refiro-me aos pesquisadores, em qualquer área de conhecimento, que se dedicam a expor o grau de violência silenciosamente entranhado em uma sociedade mítica, dirigida por privilégios que recusam o reconhecimento da simétrica paridade de todos nos direitos fundamentais. Nos tempos atuais, de avanço de uma obscuridade orgulhosa de seu arcaísmo e hostil à intelectualidade, é preciso coragem, resiliência e, sim, obstinada esperança, para seguir adiante.

Dedico esta tese, também, à minha mãe, Eny Rocha Maia Gresta, minha pessoal inspiração de coragem, resiliência e esperança.

## AGRADECIMENTOS

A conclusão de um Doutorado é externada na defesa de uma tese cuja escrita, embora árdua, é ainda indicativo menor da angústia intelectual enfrentada desde o momento de que se inaugura essa etapa acadêmica. Creio que isso se aplique a todas as pessoas, mas, nesse espaço de agradecimentos, em que entendo escusável a desabrida exposição da subjetividade desta candidata ao título, sou impelida a registrar brevemente as dificuldades pessoais frente às quais avultou-se a generosidade daqueles que, certamente, propiciaram a conclusão desse trabalho.

Esses quatro anos foram um período de resignado aprendizado de convivência com dores físicas; de exercício da serenidade frente ao imprevisível – pois a vida teima em acontecer a despeito dos prazos acadêmicos – ; de erros e acertos na compatibilização das forças físicas e mentais com tão desejados desafios acadêmicos e profissionais; e, mais recentemente, de superação de um sentimento de urgência (incompatível com o momento final da escrita) por recolhimento e reflexão ante o assombroso avanço do anti-intelectualismo no país. Foi preciso seguir e isso se fez possível pelo apoio de tantos, aos quais ora agradeço.

A meu orientador, professor Rodolfo Viana Pereira, pela respeitosa acolhida do meu projeto de pesquisa desde a banca de seleção e por suas tão precisas quanto elegantes intervenções no rumo desta pesquisa. Sou sinceramente grata por confiar que esta tese poderia ser elaborada, sabendo que fluiria por percurso diverso daqueles que, talvez mais simples para a área de concentração do Direito Político, dificilmente seriam para mim tão instigantes.

Aos professores que tanto me honraram com o aceite do convite para a banca de defesa, todos referenciais em minha trajetória acadêmica: professor Rosemiro Pereira Leal, cujas inquietantes lições reconfiguraram a lente pela qual enxergar o mundo; professora Eneida Desiree Salgado, a quem admirei pela sagacidade e brilho intelectual de sua escrita antes de imaginar que viria a ter o privilégio de contar com seu convívio e sua contribuição para o amadurecimento desta pesquisa e, quiçá, desta pesquisadora; professora Edilene Lôbo, autora da inaugural proposta de aproveitamento dos Estudos da Escola Mineira de Processo para compreensão do processo eleitoral; professor Márcio Luís de Oliveira, de quem trago, daqueles idos de 1999 na graduação da UFMG, a terna inspiração de uma docência jovial, culta e dialogada.

Ao Fernando Gaspar Neisser, meu companheiro de vida, cujo amor me alcança de tantas formas, todas tão necessárias a mim. Essa tese não seria a mesma se eu não tivesse em você o mais presente e entusiasmado interlocutor, o mais afinado parceiro acadêmico e o mais

criteroso leitor. Essa cumplicidade intelectual, tão rara, é parte muito importante do que somos e, tenho certeza, de tudo que ainda viremos a ser.

Aos meus pais, Eny e Reginaldo, a quem devo tanto em tantos níveis. Levarei sempre comigo a ternura traduzida em ensinar a uma menina que sua inteligência e personalidade poderiam levá-la aonde ela quisesse, que ela sempre contaria com o reconhecimento e apoio de vocês, e que quase nada mais havia de expectativas quanto aos papéis que ela deveria cumprir. Demorou décadas para que esse incentivo a minha autodeterminação e autoestima, pelo qual sempre fui grata, tenha sido por mim percebido como o fato de que vocês me deram armas essenciais para enfrentar as armadilhas de um mundo que, dizendo às mulheres justo o contrário, mina possibilidades de que sejamos também construtoras e críticas da sociedade.

Àqueles que, muito além de parceiros acadêmicos, se tornaram família por meio de afetos sinceros, palavras cuidadas e apoio recíproco frente aos baques desses tempos tão áridos ao humano: Camilla Paollinelli, Gabriela Freitas, Polianna Santos, Lara Marina Ferreira, João Andrade Neto, Diogo Cruvinel. Se a vida quer de nós é coragem, obrigada por dividir a de vocês comigo.

Aos companheiros do Instituto Popperiano de Estudos Jurídicos (INPEJ) pelo ambiente fraterno já construído e por todos os projetos a concretizar. Agradeço especialmente aos professores Rosemiro Pereira Leal, Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias, André Cordeiro Leal, Vinícius Diniz Monteiro de Barros, Francisco Rabelo Dourado de Andrade, Vinícius Lott Thibau e Flávia Ávila Penido pela generosidade ímpar das honrosas oportunidades de atuação que continuamente me abrem e pela preciosa interlocução.

Às amigas e amigos que, com delicadeza abnegada, desenharam ao longo desses anos dias felizes no meu coração, tão necessário fôlego para a imersão na escrita. Em especial, agradeço à Cassiana Lopes Viana, Paula Bernardelli, Leonardo Máximo, Thomaz Barbosa, Isabel Leite, Fernando Figueiredo e Walter Cerqueira, que me ocorrem ser as pessoas mais desarmadamente amorosas que encontrei nesta vida.

Aos membros da Academia Brasileira de Direito Eleitoral e Político (ABRADEP), pelas amizades e parcerias construídas, que tanto crescimento pessoal e profissional me trouxeram, de todos os cantos do Brasil. Seria injusto arriscar nomear aqui apenas alguns desse grupo incrível de eleitoralistas aos quais devo tanto aprendizado por meio de livros, artigos, palestras, debates coletivos e conversas, mas me permito homenagear a todos na pessoa do professor Frederico Franco Alvim, colega da Academia e também da Justiça Eleitoral, por sua direta e atenciosa contribuição ao levantamento bibliográfico desta pesquisa.

Ao Tribunal Regional Eleitoral de Minas Gerais, órgão do qual tanto me orgulho de fazer parte, pelo decisivo apoio a meu aprimoramento acadêmico. Em especial, agradeço ao Dr. Antônio Augusto Mesquita Fonte Boa, a quem tenho a honra de assessorar, por sua compreensão com as exigências do Doutorado, e, ao Diretor-Geral Adriano Denardi, pelo incentivo nas ocasiões em que pude, com grande alegria, levar o nome do nosso Tribunal a públicos distintos. O agradecimento deve se estender aos demais Tribunais Regionais Eleitorais e suas respectivas Escolas Judiciárias Eleitorais, nas quais queridas e queridos colegas têm me brindado com a oportunidade de levar minhas inquietações acadêmicas a debate em eventos e cursos pelo Brasil.

À Universitat de Barcelona e ao professor Miguel Pérez-Moneo Agapito, por me propiciarem, na condição de investigadora convidada, inestimável período de dedicação integral à pesquisa, durante o qual a tese em desenvolvimento pode ganhar contornos até então não cogitados. Da estadia em Barcelona, registro também a grata lembrança da convivência acadêmica dos professores Renato de Mello Jorge Silveira e Alamiro Velludo Neto, nos longos dias de *laboro no Dipòsit de les Aigües*.

À Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, na pessoa dos professores Flávio Bernardes e Daniella Paulino, por confiar a mim Coordenação Adjunta do Curso de Especialização em Direito Eleitoral.

Por fim, volto ao começo. Esta tese se materializa em mais de 150.000 palavras lançadas no papel e talvez um milhão delas escritas e apagadas, além das horas de leitura. Não me cabe, para fazer parecer etéreo o esforço da mente, invisibilizar o corpóreo esforço de meus dedos, braço, ombro, costas, costelas, pescoço. Ele é real e registrou seu custo a cada dia. Nos mais difíceis deles, restava lembrar do poeta: “quem quer passar além do Bojador/Tem que passar além da dor”. Passei. Por isso, agradeço ao Francis Oliveira Marques, osteopata que, com sua inabalável dedicação, permitiu a meu corpo seguir sustentando essa jornada.



“Todos os que se negam atualmente ao estudo dos fundamentos de nossa linguagem compactuam-se com o pragmatismo da aceitação de uma prática social útil sem indagar os graus de crueldade da estrutura da ‘rede social’ em que estão inseridos e por que prestam adesão a essa ‘utilidade’ social sem conhecer previamente os fins a que se proponha”.

(LEAL, Rosemiro Pereira. **Processo como teoria da lei democrática**, 2010.).

“[...] a terminologia é o momento propriamente poético do pensamento, então as escolhas terminológicas nunca podem ser neutras.”

(AGAMBEN, Giorgio. **O poder soberano e a vida nua**. Belo Horizonte: Humanitas, 2010.).

## RESUMO

A presente tese se propõe a teorizar o processo eleitoral democrático como eixo de conexão entre o Direito Político, o Direito Eleitoral e o Direito Processual. A situação-problema é delineada a partir da constatação que, embora a expressão *processo eleitoral* conste do art. 16 da CRFB – o que indica a opção constitucional por elenca-lo ao lado do processo legislativo, do administrativo e do judicial –, até o momento não desafiou estudos sob o enfoque da teoria do processo. A problematização tem por pressupostos o contexto normativo do Estado Democrático de Direito instituído em 1988, a inscrição do devido processo legal no texto constitucional e a impossibilidade de descarte *a priori* da compreensão do *processo eleitoral* como signo linguístico que carrega pretensão epistemológica e normativa. A hipótese suscitada é que o esvaziamento dessa pretensão e a redução do processo eleitoral a conceito operacional, notadamente a um recorte temporal, decorrem da visão do processo como instrumento da autoridade estatal que, apesar de superada pelo paradigma da processualidade democrática, segue hegemônica na literatura e na jurisprudência, obstando, em especial, a adequada compreensão de uma matriz processual cuja singularidade é produzir uma decisão pública concretizada pelo exercício não de uma das funções estatais, mas, sim, da competência decisória atribuída aos cidadãos. O objetivo geral da pesquisa é propor fundamentos para uma teoria do processo eleitoral democrático calcada na compreensão da Constituição como discurso que disponibiliza um código intradiscursivo, composto pelo estatuto constitucional dos direitos políticos, para a veredicação dos sentidos (interpretações) atribuídos ao *processo eleitoral*. Os marcos teóricos adotados são a concepção de veredicação como confirmação intradiscursiva (teoria do interpretante, de Edward Lopes) e de processo como instituição jurídico-linguística autocrítica, que promove a igualação discursiva do Estado e da Cidadania e o nivelamento dos sujeitos de direito (teoria neoinstitucionalista do processo, de Rosemiro Pereira Leal). A tese defendida é que o processo eleitoral é o espaço discursivo demarcado, pelos princípios institutivos do processo e pelo estatuto constitucional dos direitos políticos, para atuação da Cidadania na concretização da estatalidade democrática, no qual os legitimados ativos exercem sua competência decisória de formação dos mandatos eletivos, em posição isomênica com o Estado e com os demais componentes da comunidade jurídica. São aspectos metodológicos da pesquisa: pesquisa teórica; caráter interdisciplinar; linha de pesquisa crítico-metodológica; vertente jurídico-teórica, conforme demarcada na epistemologia popperiana; raciocínio hipotético-dedutivo; investigação jurídico-interpretativa com caráter propositivo. Será realizado, como procedimento (e não estratégia autônoma apta a caracterizar esta pesquisa

como empírica) um estudo de caso. Serão tomados como dados primários as decisões do Tribunal Pleno do STF que tenham, no período posterior a 1988, se debruçado sobre a questão da aplicação da regra da anualidade eleitoral (art. 16, CRFB), o que exigiria, por hipótese hermenêutica, enunciar uma concepção de processo eleitoral.

**Palavras-chave:** Processualidade democrática; Anualidade eleitoral; Sufrágio; Justiça Eleitoral; *Disenfranchisement*.

## ABSTRACT

This thesis proposes to theorize the democratic electoral process as the axis of connection between Political Law, Electoral Law and Procedural Law. The problem-situation is delineated from the observation that, although the expression *electoral process* appears in rule 16 of the Brazilian Constitution (CRFB) – which indicates the constitutional option to elaborate it alongside the legislative, administrative and judicial process –, so far it has not challenged studies under the approach of process theory. The problematization presupposes the normative context of the Democratic State of Law instituted in 1988, the inscription of due process of law in the constitutional text and the impossibility of discarding *a priori* the understanding of the electoral process as a linguistic sign that carries an epistemological and normative claim. The hypothesis raised is that the emptying of this claim and the reduction of the electoral process to an operational concept, notably a timeframe, result from the view of the process as an instrument of state authority, which, although overcome by the democratic processuality paradigm, remains hegemonic in the literature and in case-law, and prevents, in particular, an adequate understanding of a procedural matrix whose singularity is to produce a public decision achieved by the exercise not of one of the functions of the State, but rather of the decision-making competence of the citizens. The general objective of the research is to propose a foundation for a theory of the democratic electoral process based on the understanding of the Constitution as a discourse that provides an intradiscursive code, composed by the constitutional statute of political rights, for the veridiction of the meanings (interpretations) attributed to the electoral process. The theoretical framework adopted is the conception of veridiction as intradiscursive confirmation (theory of the interpretant, by Edward Lopes) and process as a self-critical juridical-linguistic institution, which promotes the discursive equalization of the State and Citizenship and the leveling of subjects of law (neoinstitutionalist theory of the process, by Rosemiro Pereira Leal). The thesis defended is that the electoral process is the discursive space demarcated, by the institutional principles of the process and by the constitutional statute of political rights, for Citizenship's performance in the concretization of democratic statehood, in which the legitimized to act exercise their decision-making competence of forming elective mandates, in an isomeric position with the State and with the other components of the juridical community. They are methodological aspects of the research: theoretical research; interdisciplinary character; line of critical-methodological research; juridical-theoretical aspect, as demarcated in popperian epistemology; hypothetical-deductive reasoning; juridical-interpretative research with a propositional character. As a procedure (and

not an autonomous strategy apt to characterize this research as empirical), a case study will be carried out. It will be taken as primary data the decisions of the Full Court of STF, which, within the timeframe of post-1988, addresses the question of the application of the electoral annuity rule (art. 16, CRFB), which would require, by hermeneutical hypothesis, to state a conception of electoral process, having as a temporal cut the period after the Constitution of 1988.

**Keywords:** Democratic processuality; Electoral annuity; Suffrage; Electoral Justice; Disenfranchisement.

## RESUMEN

La presente tesis se propone a teorizar el proceso electoral democrático como eje de conexión entre el Derecho Político, el Derecho Electoral y el Derecho Procesal. La situación-problema es delineada a partir de la constatación que, aunque la expresión proceso electoral conste del art. 16 de la CRFB – lo que indica la opción constitucional por elencarla al lado del proceso legislativo, del administrativo y del judicial –, hasta el momento no desafió estudios bajo el enfoque de la teoría del proceso. La problemática tiene por supuestos el contexto normativo del Estado Democrático de Derecho instituido en 1988, la inscripción del debido proceso legal en el texto constitucional y la imposibilidad de descarte *a priori* de la comprensión del proceso electoral como signo lingüístico que lleva pretensión epistemológica y normativa. La hipótesis suscitada es que el vaciamiento de esta pretensión y la reducción del proceso electoral a concepto operativo, notablemente a un recorte temporal, derivan de la visión del proceso como instrumento de la autoridad estatal que, a pesar de superada por el paradigma de la procesalidad democrática, sigue hegemónica en la literatura y en la jurisprudencia, obstaculizando, en particular, la adecuada comprensión de una matriz procesal cuya singularidad es producir una decisión pública concretada por el ejercicio no de una de las funciones estatales, sino de la competencia decisoria atribuida a los ciudadanos. El objetivo general de la investigación es proponer fundamentos para una teoría del proceso electoral democrático calcada en la comprensión de la Constitución como discurso que ofrece un código intradiscursivo, compuesto por el estatuto constitucional de los derechos políticos, para la veredicción de los sentidos (interpretaciones) atribuidos al proceso electoral. Los marcos teóricos adoptados son la concepción de veredicción como confirmación intradiscursiva (teoría del interpretante, de Edward Lopes) y de proceso como institución jurídico-lingüística autocrítica, que promueve la igualación discursiva del Estado y de la Ciudadanía y la nivelación de los sujetos de derecho (teoría neoinstitucionalista del proceso, de Rosemiro Pereira Leal). La tesis defendida es que el proceso electoral es el espacio discursivo demarcado, por los principios institucionales del proceso y por el estatuto constitucional de los derechos políticos, para la actuación de la Ciudadanía en la concreción de la estatalidad democrática, en el cual los legitimados activos ejercen su competencia decisoria de formación de los mandatos electivos, en posición isoménica con el Estado y con los demás componentes de la comunidad jurídica. Son aspectos metodológicos de la investigación: investigación teórica; carácter interdisciplinario; línea de investigación crítico-metodológica; el aspecto jurídico-teórico, conforme demarcado en la epistemología popperiana; el razonamiento hipotético-deductivo; investigación jurídica-

interpretativa con carácter propositivo. Se realizará, como procedimiento (y no estrategia autónoma apta para caracterizar esta investigación como empírica) un estudio de caso. Se tomarán como datos primarios las decisiones del Tribunal Pleno del STF que tengan, en el período posterior a 1988, centrado en la cuestión de la aplicación de la regla de la anualidad electoral (artículo 16, CRFB), lo que exigiría, por hipótesis hermenéutica, enunciar una concepción de proceso electoral.

**Palabras clave:** Procesalidad democrática; Anualidad electoral; Sufragio; Justicia Electoral; *Disenfranchisement*.

## SUMÁRIO

INTRODUÇÃO .....	18
<b>1 O PROCESSO ELEITORAL NA CRFB: INSERÇÃO LINGUÍSTICA E SISTÊMICA .....</b>	<b>28</b>
1.1 <b>Inserção linguística .....</b>	<b>29</b>
1.1.1 <i>Limites internos da linguagem normativa: a utilização do termo processo pela CRFB .....</i>	<i>35</i>
1.1.1.1 A decisão eleitoral como enunciado (ato) performativo.....	37
1.1.1.2 Associação do vocábulo “processo” a decisões públicas na CRFB .....	40
1.1.2 <i>Limites externos da linguagem normativa: o impacto da CRFB na instauração de uma nova ordem jurídico-constitucional .....</i>	<i>44</i>
1.2 <b>Inserção sistêmica .....</b>	<b>55</b>
1.2.1 <i>Sufrágio: pressupostos para a participação no processo eleitoral.....</i>	<i>62</i>
1.2.2 <i>Eleições, plebiscito, referendo e iniciativa popular: procedimentos coinstitucionalizados para exercício da participação política democrática .....</i>	<i>69</i>
1.2.3 <i>Voto: elemento caracterizador da decisão eleitoral como decisão de órgão colegiado (eleitorado) .....</i>	<i>74</i>
1.2.3.1 Voto direto .....	77
1.2.3.2 Voto secreto .....	79
1.2.3.3 Voto igual .....	81
1.2.3.4 Voto obrigatório.....	91
1.2.3.5 Voto facultativo .....	96
1.2.3.6 Voto periódico .....	98
1.2.3.7 Voto universal: uma impropriedade terminológica .....	109
1.2.4 <i>Partidos políticos: organizações políticas não estatais com participação ad coadjuvandum em relação aos cidadãos .....</i>	<i>109</i>
1.2.5 <i>Justiça Eleitoral: órgão estatal para a racionalização e a veredicação do procedimento eleitoral.....</i>	<i>118</i>
1.2.5.1 Balizamento teórico: controle-garantia como princípio de realização diferida da constitucionalidade .....	120



1.2.5.2.	<i>A veredicação como objetivo do controle-garantia.....</i>	123
1.2.5.3	<i>A adequação do controle-garantia à particularidade do processo eleitoral .....</i>	126
1.2.6	<i>Regra da anualidade eleitoral: regra de estabilização da normatividade aplicável a um determinado procedimento eleitoral .....</i>	128
1.3	<b>Conclusões parciais do capítulo.....</b>	134
<b>2</b>	<b>O PROBLEMA DA DEMARCAÇÃO TEÓRICA DO PROCESSO ELEITORAL NA LITERATURA E NA JURISPRUDÊNCIA .....</b>	137
2.1	<b>O lugar do Direito Político como objeto da ciência jurídica.....</b>	138
2.2	<b>O conceito de <i>processo eleitoral</i> em sua inserção disciplinar .....</b>	149
2.2.1	<i>A visão panorâmica do Direito Constitucional brasileiro sobre o processo eleitoral.....</i>	150
2.2.2	<i>Desvelamento da influência da teoria do processo como relação jurídica na compreensão de processo eleitoral .....</i>	153
2.2.3	<i>O vazio da autoridade e a fragmentação operacional do conceito de processo eleitoral no Direito Eleitoral brasileiro: recorte temporal e contencioso eleitoral ..</i>	158
2.2.3.1	<i>Uma análise comparada: o acolhimento do processo eleitoral no Direito Constitucional espanhol.....</i>	167
2.2.3.2	<i>Inquietações ante os efeitos da instrumentalização do processo eleitoral .....</i>	171
2.2.3.3	<i>A instalação do questionamento fundamental: a norma constitucional do processo eleitoral contingenciada pela legislação infraconstitucional .....</i>	174
2.3	<b>Estudo de caso: o <i>processo eleitoral</i> como variável independente na aplicação da regra da anualidade eleitoral pelo STF .....</b>	176
2.3.1	<i>ADI 354/DF: vigência imediata de novas regras sobre apuração de votos (eleições 1990).....</i>	183
2.3.2	<i>RE 129.392/DF: vigência imediata da LC 64/90 (eleições 1990).....</i>	192
2.3.3	<i>ADI 733/MG: criação de novos Municípios em ano eleitoral (eleições 1992).....</i>	198
2.3.4	<i>ADI 3345/DF e ADI 3365/DF: definição de critérios para fixação do número de Vereadores pelas Câmaras Municipais por Resolução do TSE editada no ano eleitoral (eleições 2004) .....</i>	204
2.3.5	<i>ADI 3685/DF: verticalização das coligações (eleições 2006).....</i>	209
2.3.6	<i>ADI 3741/DF: minirreforma eleitoral de 2006 (eleições 2006) .....</i>	215

2.3.7	<i>ADI 4298/TO MC: regras para eleição indireta de Governador (eleições 2006)</i> .....	220
2.3.8	<i>ADI 4307/DF: aplicação retroativa do número máximo de vereadores fixado na EC 58/2009 (eleições 2008)</i> .....	227
2.3.9	<i>RE 633.703/MG: aplicação imediata da LC 135/2010 (eleições 2010)</i> .....	231
2.3.10	<i>RE 637.485/RJ: aplicação imediata de viragens jurisprudenciais do TSE (eleições 2008)</i> .....	243
2.3.11	<i>ADI 5577/DF: aplicação do parâmetro de representação parlamentar mínima para assegurar participação em debates (eleições 2016)</i> .....	250
2.3.12	<i>O processo eleitoral incógnito: o problema da fundamentação nas decisões seriatim do STF sobre a regra da anualidade eleitoral</i> .....	253
2.4	<b>Conclusões parciais do capítulo</b> .....	267
<b>3</b>	<b>PROCESSO ELEITORAL: UMA CONJECTURA A PARTIR DA TEORIA NEOINSTITUCIONALISTA DO PROCESSO</b> .....	270
3.1	<b>A inserção da teoria neoinstitucionalista no eixo paradigmático da CRFB</b> .....	272
3.1.1	<i>Refutação da teoria institucionalista do processo: a resignificação da “instituição” no paradigma da processualidade democrática</i> .....	278
3.1.2	<i>Resistência da teoria neoinstitucionalista do processo: a superação da ideia de subordinação do processo à autoridade estatal</i> .....	287
3.2	<b>A Cidadania como instituição coinstitucionalizada no processo eleitoral: o direito ao sufrágio como cláusula constitucional de legitimidade ativa</b> .....	295
3.2.1	<i>Da cidadania à Cidadania</i> .....	298
3.2.2	<i>Cidadão como sujeito de direito e legitimado ao processo: implicações na demarcação do processo eleitoral</i> .....	305
3.2.3	<b>O problema da definição do eleitorado e dos elegíveis</b> .....	315
3.2.3.1	<i>Disenfranchisement: a interdição dissimulada da participação no processo eleitoral</i> .....	318
3.2.3.2	<i>Eleitorado ideal como ícone: o desvelamento dos fundamentos legitimantes do disenfranchisement</i> .....	323
3.2.3.3	<i>Os sentidos ocultos do “universal” no percurso histórico de expansão do sufrágio: raça, gênero, estrangeiridade e, ainda, classe</i> .....	328
3.2.3.4	<i>“Por que incluir eleitores?”: testificação dos enfoques procedimentalista e instrumentalista do sufrágio ativo frente à instituição da Cidadania</i> .....	355

3.3	<b>O Estado como instituição democrática no processo eleitoral: a atuação coinstitucionalizada da Justiça Eleitoral</b> .....	374
3.3.1	<i>O controle a cargo da Justiça Eleitoral nos paradigmas estatais brasileiros</i> .....	375
3.3.2	<i>Demarcação das funções da Justiça Eleitoral</i> .....	382
3.3.2.1	<i>Distinção entre as funções administrativa e judicial</i> .....	383
3.3.2.2	<i>Distinção entre função normativa (exaurida) e função regulamentar (instrutória)</i> ....	395
3.3.2.3	<i>Revogação da função consultiva</i> .....	404
3.4	<b>O processo eleitoral como espaço de exercício da Cidadania para formação dos mandatos eletivos</b> .....	407
3.4.1	<i>Limites do controle-garantia sobre a atuação do cidadão como legitimado ativo: habilitação de eleitores e candidatos ao procedimento eleitoral</i> .....	409
3.4.2	<i>Limites do controle-garantia sobre a decisão eleitoral: a formação dos mandatos como ato provimental de competência do eleitorado</i> .....	429
3.4.3	<i>A superação de um paradoxo: voto obrigatório como regra derivada da isomenia</i> .....	436
3.4.4	<i>A regra da anualidade eleitoral como estabilizadora da normatividade processual eleitoral</i> .....	443
3.5	<b>Conclusões parciais do capítulo</b> .....	454
4	<b>CONCLUSÃO</b> .....	457
	<b>REFERÊNCIAS</b> .....	475

## INTRODUÇÃO

A presente pesquisa de doutoramento propõe uma teoria do *processo eleitoral* inscrita no marco normativo da Constituição de 1988 (CRFB), que reconheça àquele a mesma precedência do processo *legislativo*, o *administrativo* e o *judicial* sobre a estruturação dos procedimentos decisórios respectivos e que, de outro lado, reconheça a singularidade de não ser a *decisão eleitoral*, ao contrário da *decisão legislativa*, da *administrativa* e da *judicial*, concretizada por um ato estatal.

Busca-se uma teorização do *processo eleitoral* que se mostre (i) epistemológica e (ii) normativamente adequada ao atual contexto constitucional brasileiro, que é o Estado Democrático de Direito inscrito na CRFB. Ou seja, pretende-se elaborar uma compreensão teórica apta a (i) esclarecer o sentido do *processo eleitoral* no discurso constitucional e (ii) fornecer elementos que possam reger, em caráter prévio e geral, os atos estatais que atuem sobre o processo eleitoral, o que fornecerá um esquema para o controle de legitimidade desses atos.

Com amparo na teoria neoinstitucionalista do processo, tem-se que: (i) epistemologicamente, o processo eleitoral é compreendido como espaço de atuação *da Cidadania* (decisora) na formação dos mandatos eletivos (decisão) a ser demarcado a partir do estatuto constitucional dos direitos políticos (código intradiscursivo que contém a cláusula de legitimidade ativa do processo) e (ii) normativamente, a CRFB comanda que a discursividade no processo eleitoral se dê entre os partícipes-decisores (cidadãos), como autores do ato performativo, e atribui ao Estado uma atuação que não é integrativa da decisão, mas apenas circundante a esta, o que confere uma nova perspectiva de análise da legitimidade dos atos estatais (legislativos, administrativos e judiciais).

O objeto da pesquisa é o processo político-eleitoral, que, na literatura, costuma ser mencionado em caráter tópico (não sistematizado), para referir-se ao campo de atuação dos órgãos judiciários eleitorais, no exercício de suas funções administrativa e judicial, e, ainda, para abarcar o desenrolar da campanha eleitoral no campo político<sup>1</sup>.

Nessa profusão de usos, fica em geral descartada a construção do sentido da expressão

---

<sup>1</sup> Sobre a diversidade de usos da expressão, conferir: PEREIRA, Rodolfo Viana, **Tutela coletiva no direito eleitoral: controle social e fiscalização das eleições**, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 20–22.

a partir de uma *teoria processual*. O termo *processo*, na expressão *processo eleitoral*, é meramente tomado para designar atos e procedimentos variados – como o alistamento eleitoral, a filiação partidária, a realização de convenções partidárias, a campanha eleitoral, o exercício do voto, a diplomação dos eleitos e a cassação de mandatos. A reunião desses atos e procedimentos, desvinculada de uma matriz processual normativa e epistemológica extraída da CRFB, adota um enfoque preponderantemente teleológico, orientado por escopos de uma cidadania idealizada, da competição liberal, de uma eficiência procedimental utilitarista e de um suposto dever de conformação moral dos resultados eleitorais.

Tem prevalecido na literatura e na jurisprudência, como conceito operacional à realização desses escopos, uma concepção de processo eleitoral *calendarizado*, ou seja, delimitada como recorte temporal dentro do qual são praticados atos destinados a viabilizar o preenchimento dos cargos eletivos. Esse recorte observa variações em seu termo inicial – na versão mais curta, a data limite para o registro de candidatura; na mais elástica, a data limite para filiação partidária e fixação do domicílio; na intermediária, o início das convenções partidárias – e finda na diplomação dos eleitos.

Em nenhuma das variações, há pretensão de ancoramento do *processo eleitoral* em alguma teoria processual. Isso é compatível com a visão prevalecente de *processo como instrumento de atuação do Estado*: uma vez que a peculiaridade do processo eleitoral é a concretização da decisão pelos cidadãos e não pela autoridade estatal, não se divisa a possibilidade de compreendê-lo como matriz processual. Assim, o enfoque mais usual da ciência processual fica reservado somente para o estudo do denominado *contencioso eleitoral*, no qual abrangidas as ações eleitorais e, por conseguinte, a jurisdição eleitoral.

Na jurisprudência, digressões sobre o *processo eleitoral* são notadas nas situações em que os tribunais se confrontam com a necessidade de decidir sobre a incidência da regra contida no art. 16 da CRFB, segundo a qual “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.”. Contudo, as decisões não promovem a estabilização do sentido da expressão *processo eleitoral*, quanto menos de modo compatível com a processualidade democrática. A opção circunstancial acerca de qual extensão será dada à anualidade eleitoral apoia-se em considerações tópicas, que podem ampliar ou minimizar o impacto do conceito de processo eleitoral, bem como reforçar, alterar ou, mesmo, abandonar de súbito aquela associação a recorte temporal.

Essa situação é problemática porque, sem uma demarcação do *processo eleitoral* a partir de uma teoria processual democrática, o exercício do sufrágio ativo e passivo e dos direitos

políticos correlatos fica na dependência de compreensões casuísticas sobre a teleologia atribuída a tais direitos. Em lugar de prerrogativas constitucionais de participação dos cidadãos na formação dos mandatos eletivos, tornam-se eles meros conceitos instrumentais manejados pelo Estado. A partir dessa instrumentalização, o inchaço do discurso moralizante tem por reflexo a constrição do espaço de atuação dos cidadãos no processo eleitoral – como eleitores e como candidatos – e a expansão da interferência judicial nos resultados das eleições, por meio de decisões de invalidação dos resultados.

Em perspectiva processual, aquela constrição equivale à negativa do *status* constitucional de legitimados ao processo e é efetivada por óbices à habilitação e ao exercício do sufrágio ativo (prerrogativa de participar do processo eleitoral como eleitor) e do sufrágio passivo (prerrogativa de participar do processo eleitoral como candidato). Por sua vez, a interferência judicial arrisca adentrar a competência decisória do eleitorado. Nega-se, com isso, a fundamentalidade dos direitos políticos, promovendo-se seu aprisionamento semântico, a pretexto de se obter supostos ganhos de qualidade e eficiência das eleições.

Nesse cenário, indaga-se: *qual compreensão teórica de processo eleitoral é confirmada pelos princípios processuais e pelo estatuto constitucional dos direitos políticos, tal como contextualizados na CRFB?*

A hipótese suscitada é a de que há uma pretensão *epistemológica e normativa* na utilização da expressão *processo eleitoral* pelo art. 16 da CRFB, a ser interpretada, no âmbito da teoria processual, como instituinte de um espaço discursivo de formação dos mandatos eletivos, ao qual os cidadãos, respaldados pelo estatuto constitucional dos direitos políticos, comparecem como *legitimados ativos e decisores*. Essa pretensão epistemológica e normativa vincula a atuação estatal (legislativa, administrativa e judicial) no processo eleitoral, oferecendo um parâmetro para controle de legitimidade daquela, inclusive quanto à estruturação e condução de procedimentos destinados a viabilizar o exercício do sufrágio e a pronunciar a validade/invalidade de registros, diplomas e mandatos.

Merecem destaque, nessa introdução, alguns aspectos metodológicos.

A linha de pesquisa adotada é a crítico-metodológica, pois busca-se compreender “o Direito como uma rede complexa de linguagem e de significados”, a serem deslindados por “uma teoria crítica da realidade”<sup>2</sup>. Quanto à vertente adotada, não parecem suficientes quer a

---

<sup>2</sup> GUSTIN, Miracy B. S.; DIAS, Maria Tereza Fonseca, **(Re)pensando a pesquisa jurídica: teoria e prática**, 4. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2013, p. 21.

vertente jurídico-dogmática, quer a vertente jurídico-sociológica, o que justifica adotar uma terceira vertente metodológica: a *vertente jurídico-teórica*.

Para tanto, deve-se resgatar a autonomia dessa vertente<sup>3</sup>, compreendendo-a como filiada ao “método de conjecturas ousadas e de tentativas engenhosas e severas para refutá-las” proposto por Popper<sup>4</sup>. A *ousadia* remete ao aumento do conteúdo teórico que, embora seja motivado pela intenção de maior aproximação da verdade, ganha relevância no debate científico em função do possível aumento de seu conteúdo de falsidade. É essa possibilidade de aumento do conteúdo de falsidade que dispara o procedimento de *refutação* da teoria, pelo qual se busca “testá-la severamente à luz de nosso conhecimento objetivo e de nosso engenho”<sup>5</sup>. Desse modo, “testar teorias científicas faz parte de sua discussão crítica, [...] faz parte de sua discussão racional”<sup>6</sup>.

Essa perspectiva autoriza conduzir uma *crítica* do ordenamento jurídico que, todavia: a) não é *dogmática*, porque não se pauta pela busca da “eficiência das relações entre e nos institutos jurídicos”<sup>7</sup>, mas, sim, pela explicitação de “relações antinômicas ou de lacunas”<sup>8</sup>; b) não é *sociológica*, porque não parte da compreensão do “fenômeno jurídico no ambiente social mais amplo” para medir a adequação dos institutos jurídicos a necessidades sociais<sup>9</sup>, mas, sim, do fechamento sistêmico do discurso constitucional para aferir a legitimidade de práticas e técnicas dos órgãos estatais frente à principiologia constitucional.

Coerentemente a essa vertente metodológica, o raciocínio adotado será o hipotético-dedutivo, que Gustin e Dias constroem a partir da ideia de *problematização incessante* presente no pensamento popperiano: “se a hipótese não suporta o teste, será refutada, exigindo todo o processo de argumentos e testes novamente. Se o contrário ocorre, a hipótese será ratificada, porém provisoriamente, até que outra posterior possa falsificá-la.”<sup>10</sup>.

---

<sup>3</sup> Essa autonomia é negada por Gustin e Dias, para quem a pesquisa jurídico-teórica não vai além de uma estratégia metodológica, denominada *pesquisa teórica*, que pode ser adotada tanto na vertente jurídico-dogmática quanto na vertente jurídico-sociológica. (*Ibid.*, p. 22.).

<sup>4</sup> POPPER, Karl Raymond Sir, **Conhecimento objetivo: uma abordagem evolucionária**, Belo Horizonte: Itatiaia, 1999, p. 84.

<sup>5</sup> *Ibid.*, p. 85.

<sup>6</sup> *Ibid.*

<sup>7</sup> GUSTIN; DIAS, **(Re)pensando a pesquisa jurídica: teoria e prática**, p. 21.

<sup>8</sup> *Ibid.*, p. 85.

<sup>9</sup> *Ibid.*, p. 22.

<sup>10</sup> *Ibid.*, p. 23. A *dedução*, nesse caso, não toma por base dados da experiência que se quer *confirmar*, mas conjecturas teóricas. Por exemplo, significa que a legitimidade das decisões em matéria eleitoral não pode ser afirmada a partir de sua *confirmação* pela realidade, isto é, por sua aceitação social –

A pesquisa assume, ainda, clara posição epistemológica: a *epistemologia quadripartite*, formulada por Rosemiro Pereira Leal a partir do racionalismo crítico popperiano. Nessa linha epistemológica, “a *teoria* e a *crítica* são bases morfológicas que têm precedência em relação à *técnica* e à *ciência* na produção do conhecimento”, o que significa que “a ciência não é produzida pelo aperfeiçoamento da técnica (*práxis*), mas, sim, pelo esclarecimento teórico das asserções científicas já construídas”<sup>11</sup>. Ainda, “a crítica científica consiste no apontamento de aporias do conhecimento e depende da prévia enunciação de teorias que conduzem essa tarefa”<sup>12</sup>.

Quanto ao tipo, a investigação será jurídico-interpretativa, valendo-se do “procedimento analítico de decomposição de um problema jurídico em seus diversos aspectos, relações e níveis”<sup>13</sup>. Porém, coaduna-se com a afirmação de que, situando-se o Direito na grande área das ciências sociais aplicadas, toda pesquisa jurídica tem caráter propositivo<sup>14</sup>. Esse caráter está explícito no objetivo geral da pesquisa, de proposição de uma teoria do processo eleitoral como exigência para a análise crítica da tradição argumentativa do TSE e do STF em matéria eleitoral pós-1988.

O desenvolvimento da pesquisa é feito em três capítulos, dedicados a desenvolver, pela testificação argumentativa, as seguintes premissas: i) *a utilização da expressão “processo eleitoral” no texto constitucional não é vã ou acidental, encerrando pretensão epistemológica e normativa*; ii) *a pretensão epistemológica e normativa da expressão “processo eleitoral” não vem sendo tratada adequadamente na literatura e nas decisões dos tribunais, o que é problemático de um ponto de vista democrático*; iii) *a teoria neoinstitucionalista do processo é capaz de fornecer uma resposta consistente a esse problema*.

O Capítulo 1 apresenta o *processo eleitoral* como signo linguístico cuja inscrição no texto constitucional não se faz de modo acidental ou vulgar. Sustenta-se que há pretensão epistemológica e normativa na utilização da expressão, que deve ser compreendida como matriz processual constitucional, de igual relevo em relação ao processo judicial, ao administrativo e ao legislativo. Há, no entanto, um vácuo de teorização do processo eleitoral, a ser suprido pela aproximação científica do Direito Político, do Direito Eleitoral e do Direito Processual. Esse

---

critério que poderia atender aos propósitos da vertente jurídico-sociológica e mesmo da vertente jurídico-dogmática.

<sup>11</sup> GRESTA, Roberta Maia, **Introdução aos fundamentos da processualidade democrática**, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014, p. 6.

<sup>12</sup> *Ibid.*

<sup>13</sup> GUSTIN; DIAS, **(Re)pensando a pesquisa jurídica: teoria e prática**, p. 28.

<sup>14</sup> *Ibid.*, p. 29.



vácuo resulta da prevalente ideia de que o processo é instrumento da autoridade estatal (judicial, administrativa e legislativa), o que exclui do campo de estudo do Direito Processual o processo eleitoral, porque este não tem seu ato decisório principal *performedo* por autoridade estatal, mas, sim, pelos cidadãos, na votação.

Com apoio na teoria do interpretante de Edward Lopes, busca-se demonstrar que a pretensão epistemológica e normativa do emprego da expressão *processo eleitoral* no discurso constitucional deve ser decodificada a partir de um código intradiscursivo formado pelo estatuto constitucional dos direitos políticos. Aportes teóricos, dentre os quais os conceitos de controle-fundante e controle-garantia, apresentados por Rodolfo Viana Pereira, auxiliam na elucidação daquele código, permitindo ressignificar *sufrágio, eleições, voto, partidos políticos, Justiça Eleitoral e anualidade eleitoral* a partir de uma perspectiva processual.

O Capítulo 2 é dedicado a demonstrar que a pretensão epistemológica e normativa do *processo eleitoral* vem sendo esvaziada, tanto pela literatura quanto pela jurisprudência, em decorrência da ausência de demarcação teórica na utilização do termo.

A revisão bibliográfica aponta que a literatura jurídica nacional apenas tangencia a temática do *processo eleitoral* em sua acepção constitucional e fundante. Na vigência da CRFB, o Direito Constitucional ascendeu como disciplina curricular encarregada do estudo das instituições democráticas. Nessa passagem, perdeu-se o enfoque teórico do Direito Político, cujo conteúdo foi fragmentado.

O Direito Constitucional não dedica aos direitos políticos a mesma atenção que aos “direitos individuais” (art. 5º, CRFB), delegando ao Direito Eleitoral aquela tarefa. No entanto, nessa disciplina, predomina a abordagem técnica, destinada a operacionalizar as regras, cada vez mais complexas, aplicáveis às eleições. O *processo eleitoral* é tratado preponderantemente como uma sequência de atos temporalmente fixados entre a data limite da fixação de domicílio e da filiação partidária e a data da diplomação. Pode-se cogitar do crescimento disciplinar do Direito Processual Eleitoral, mas este se dedica ao estudo procedimental das ações eleitorais – o *contencioso eleitoral*.

O comparativo com a literatura espanhola demonstra que, em um país no qual a complexidade das regras eleitorais não desafiou a formação de uma disciplina de Direito Eleitoral e que o Direito Político se afirmou como disciplina científica, estabeleceu-se uma via coesa de racionalização do processo eleitoral, que busca aderência na fundamentalidade dos direitos políticos. Discorre-se sobre os motivos da impossibilidade de reprodução desse modelo no caso brasileiro. Dentre eles, o êxito da teoria do processo como relação jurídica em se fazer silenciosamente hegemônica aponta para a relevância de se investigar o processo eleitoral a

partir do desenvolvimento crítico do Direito Processual.

Promove-se, ainda no Capítulo 2, estudo de caso que tem por objeto decisões do Tribunal Pleno do STF que, desde o advento da Constituição de 1988, tenham enfrentado a questão da aplicação a regra da anualidade eleitoral (art. 16 da CRFB). A amostra foi definida considerando-se que o próprio dispositivo constitucional enuncia o esquema hermenêutico que determina a incidência da regra da anualidade, tomando por parâmetro a *alteração do processo eleitoral por lei publicada a menos de um ano das eleições*. Assim, é de se considerar, por hipótese hermenêutica, que essas decisões exigiriam do tribunal a enunciação de uma concepção de processo eleitoral, a balizar a conclusão quanto haver ou não a lei nova promovido a alteração referida.

Adotando-se o modelo de *Case Brief*, é efetuada uma análise qualitativa das decisões. Extrai-se delas as concepções de *processo eleitoral* enunciadas ou inferidas no voto de cada Ministro e verifica-se o modo como tais concepções influenciaram o julgamento, na formação da maioria decisora e na composição da *ratio decidendi*. Por meio de indicadores que associam aquelas concepções a palavras-chave, é possível evidenciar a ausência de demarcação teórica do conceito nas decisões, a frequente relegação das digressões sobre *processo eleitoral* a mero *obiter dictum*, a abordagem principiológica da anualidade eleitoral e o comprometimento da estabilização dos sentidos do processo eleitoral no bojo de decisões casuísticas, teleologicamente orientadas. A apresentação gráfica dos dados permite, ainda, demonstrar que não há elementos que permitam afirmar, ao contrário do que possa ser uma impressão generalizada, que o STF alcançou *consenso* sobre o sentido de *processo eleitoral*.

É importante destacar que essa avaliação não leva em conta indicadores pretensamente voltados para um exame de *qualidade* da participação – como, por exemplo, o eventual êxito em barrar *fichas-sujas*. Antes, coloca tais abordagens sob crítica. O parâmetro adotado é o esquema hermenêutico do art. 16 da CRFB, que deve orientar os órgãos judiciários para desincumbirem-se do ônus argumentativo imposto pelo dever de fundamentação. Desse modo, uma decisão que não observa esses parâmetros é, na perspectiva desta pesquisa, uma decisão judicial indevidamente fundamentada.

No Capítulo 3, é apresentada a tese central da pesquisa: *processo eleitoral é o espaço discursivo, demarcado pelos princípios institutivos do processo e pelo estatuto constitucional dos direitos políticos, para a atuação da Cidadania na concreção da estatalidade democrática, no qual os legitimados ativos exercem sua competência decisória de formação dos mandatos eletivos, em posição isomênica com o Estado e com os demais componentes da comunidade jurídica*.

A construção dessa concepção se faz paulatinamente.

Primeiro, são enfrentadas questões quanto à *possibilidade* e à *necessidade* de teorização do *processo eleitoral* a partir de uma teoria processual, demonstrando-se que: i) é *possível* compreender o processo eleitoral a partir de uma teoria processual apta a superar o impasse da visão instrumentalista do processo, que o coloca em posição subserviente aos atos estatais; ii) é *necessário* desenvolver essa teorização para concretizar a pretensão epistemológica e normativa do *processo eleitoral*, a fim de demarcar o espaço no qual os cidadãos formam os mandatos eletivos a partir da perspectiva dos sujeitos constitucionalmente investidos de legitimidade ativa e competência decisória.

A aptidão da teoria neoinstitucionalista do processo é testada, juntamente com suas concorrentes, frente às exigências impostas pelo paradigma da processualidade democrática. Confere-se especial destaque às *teorias institucionalistas* e ao denominado *novo institucionalismo*, todos de matriz sociológica, uma vez que a desambiguação terminológica em relação à teoria neoinstitucionalista do processo abre ensejo para profícua explanação da inovadora igualação institucional (*isomenia*) entre o Estado e Cidadania, promovida pela última. É a partir dessa igualdade institucional que se tem elementos teóricos que permitem abordar uma matriz processual cujo ato provimental não é concretizado pelo desempenho de uma das funções estatais. Abre-se oportunidade para a ampla teorização do processo eleitoral, com apoio nos conteúdos crítico-problematizantes instigados pela teoria neoinstitucionalista do processo.

A sequência do Capítulo 3 apresenta tais conteúdos a partir das instituições da Cidadania, do Estado e, enfim, do processo.

No âmbito da *Cidadania*, o passo inicial é explicar o significado de sua grafia com letra inicial maiúscula: ruptura com a noção de *status* concedido pelo Estado. O direito ao sufrágio (ativo e passivo) pode então desprender-se de suas amarras ideológicas, secularmente inoculadas em seu percurso histórico desde as origens no Estado Liberal, e superar a dimensão restrita de instrumento de legitimação de governos. Impõe-se aquele direito, na CRFB, como cláusula de legitimidade ativa, apta a permitir que os sujeitos naturais assumam a posição de sujeitos de direito, concretizadores da formação dos mandatos eletivos.

A pesquisa avança para testes mais severos, investigando as respostas – aberta ou veladamente dadas – ao problema da definição do eleitorado e dos elegíveis nas nações ditas democráticas. O *disenfranchisement*, dinâmica de marginalização política de populações socialmente excluídas ou subalternizadas, é tomado como conceito operacional para desnudar a interdição do acesso ao processo eleitoral. Assumindo nesse momento perfil ensaístico, a

crítica recai sobre o manejo do ícone do *eleitorado ideal*, os sentidos ocultos do *sufrágio universal* e as promessas procedimentalistas e instrumentalistas de eficiência e elevação moral das eleições.

A abordagem do *Estado* como instituição democrática normativamente projetada pela CRFB, que desafia estudos aprofundados a partir da teoria neoinstitucionalista do processo, exigiu, dados os limites da pesquisa, um recorte. Optou-se, ante a relevância do tema, por centrar-se na demarcação das funções da Justiça Eleitoral. Em cotejo com o código intradiscursivo apresentado no Capítulo 1, sustenta-se: i) a possibilidade de delimitação precisa do âmbito de atuação administrativo e judicial dos órgãos judiciários eleitorais, o que enseja a refutação de bem construídas propostas de separação *orgânica* dessas funções; ii) indica-se que a função normativa, embora prevista no ADCT, encontra-se exaurida; iii) remete-se a função regulamentar para a dimensão da função administrativa, dentro da qual se restringe à expedição de instruções para viabilização dos atos e procedimentos previstos em lei; iv) argumenta-se que a função consultiva, como eco dos jurisconsultos romanos acolhido no Código Eleitoral, foi revogada pela CRFB.

Por fim, sob a perspectiva do *processo*, tem-se ocasião de revisitar os componentes do código intradiscursivo composto pelo estatuto constitucional dos direitos políticos sob a perspectiva da interenunciatividade e da isomenia. Enunciada a concepção de *processo eleitoral*, enfrentam-se questões quanto aos limites do exercício das funções estatais no desempenho do controle-garantia dados os impactos sobre a atuação dos cidadãos como legitimados ativos e decisores.

Abordam-se os procedimentos de habilitação dos cidadãos ao processo eleitoral (alistamento eleitoral, revisão do eleitorado e registro de candidatura), com problematização das possibilidades de imposição de um *agir* sujeito a homologação estatal àqueles já constitucionalmente investidos de legitimidade ativa. Da compreensão da decisão eleitoral como *ato provimental* de competência do eleitorado, retira-se substrato para a reformulação da dimensão cogente do *voto obrigatório* como comando dirigido ao Estado.

O encerramento da tese se faz com a oferta de conteúdo técnico formulado em estrita observância à epistemologia quadripartite: o estabelecimento de critérios teoricamente demarcados para a aplicação da regra da anualidade eleitoral, a partir da decodificação de seus sentidos no cruzamento dos eixos paradigmáticos e sintagmáticos do art. 16 da CRFB. Nesse esforço, desfaz-se o equívoco da consideração do dispositivo constitucional como bloco sincrético, no qual não discernidos componentes linguísticos a demandar esclarecimento argumentativo.

A regra da anualidade eleitoral, compreendida como determinação de *ineficácia relativa* das leis – eleitorais ou não – que impactem sobre o processo eleitoral, revela que a temporalidade nela prevista refere-se apenas a seu próprio termo inicial: a partir de um ano antes da data prevista para a formação dos mandatos específicos (votação). Não se cogita de exigência de demarcação temporal do processo eleitoral, tampouco releva o momento em que se considere iniciado este ou o procedimento eleitoral. A estabilidade abrange toda a normatividade que impacte no espaço discursivo de formação dos mandatos, nas prerrogativas dos cidadãos como legitimados ativos e decisores e no desempenho das funções estatais correlatas. E perdura até a data em que os mandatos sejam efetivamente formados, por decisão eleitoral válida (ainda que convocadas novas eleições ou realizadas eleições indiretas).

Possibilita-se, assim, o cotejo da objetividade da proposição teórica com a opacidade hermenêutica da jurisprudência do STF sobre a matéria. Desvencilhado de sua concepção instrumental, o *processo eleitoral*, como espaço epistemológica e normativamente demarcado para o exercício da Cidadania na formação dos mandatos eletivos, tem na sua *perenidade institucional* a oferta de elementos para concretização do Estado Democrático de Direito.

## 1 O PROCESSO ELEITORAL NA CRFB: INSERÇÃO LINGUÍSTICA E SISTÊMICA

A expressão *processo eleitoral* aparece no texto constitucional uma única vez. Ao contrário do que ocorre com o processo judicial e do processo administrativo (CRFB, art. 5º, LV), o processo eleitoral surge sem uma conexão explícita com o devido processo legal. Tampouco recebe o rico detalhamento destinado ao processo legislativo (CRFB, art. 26, §4º; art. 59 a 69).

Sem muito alarde, a menção ao processo eleitoral é feita, de forma secundária, ao se apresentar a regra especial de direito intertemporal aplicada no âmbito do Direito Eleitoral: “a lei *que alterar o processo eleitoral* entra em vigor na data de sua publicação, não se aplicando às eleições que ocorram a menos de um ano de sua vigência”<sup>15</sup>.

Se vasculhadas obras de Direito Constitucional e Direito Eleitoral para responder à indagação “de que trata o art. 16 da CRFB?”, invariavelmente se receberá uma resposta: da anualidade (ou anterioridade) eleitoral. Poderá haver discussão quanto a ser a anualidade eleitoral princípio ou regra; direito ou garantia; e quanto a seu alcance. Mas é improvável que a resposta seja que o dispositivo tem como cerne o processo eleitoral.

A redação do art. 16 da CRFB, contudo, merece maior atenção. A estrutura gramatical acima destacada em itálico – *que alterar o processo eleitoral* – é uma oração subordinada adjetiva. Como tal, tem por função restringir os elementos do grupo designado pelo pronome relativo (*que*), ou seja, *lei*. Isso significa que o comando se destina a sistematizar a aplicação intertemporal de um determinado conjunto de leis: aquelas que interferem no processo eleitoral.

Portanto, em um raciocínio simples, gramatical, percebe-se que *saber o que é processo eleitoral* é pressuposto lógico para definir a incidência do dispositivo. Somente quando compreendido o que é processo eleitoral se torna possível aferir se uma lei o altera ou não. E, então, caso respondida afirmativamente a pergunta, tem-se configurada a hipótese de incidência da norma, de modo que as alterações promovidas não poderão atingir eleições que ocorrerem antes de transcorrido um ano desde a publicação (e vigência imediata) da lei.

Essa incipiente colocação já permite suscitar uma leitura do art. 16 da CRFB tendo por centralidade o processo eleitoral, ao qual é anexada uma garantia de estabilidade normativa

---

<sup>15</sup> BRASIL, **Constituição (1988)**, Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988, Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm), Acesso em: 18 jul. 2018, art. 16, com redação dada pela EC 4/1993.

mínima. Essa garantia, portanto, somente encontra condições de aplicação a partir do esclarecimento do sentido de processo eleitoral.

Elucidar *qual* é esse sentido é o objetivo geral da presente pesquisa.

Na condução dessa tarefa, serão adotadas três premissas, cuja clara exposição é essencial para a compreensão do argumento da pesquisa, bem como para a defesa de sua originalidade: i) a utilização da expressão “processo eleitoral” no texto constitucional não é vã ou acidental, encerrando pretensão epistemológica e normativa; ii) a pretensão epistemológica e normativa da expressão “processo eleitoral” não vem sendo tratada adequadamente na literatura e nas decisões dos tribunais, o que é problemático de um ponto de vista democrático; iii) a teoria neoinstitucionalista do processo é capaz de fornecer uma resposta consistente a esse problema.

A primeira premissa, a ser desenvolvida no presente capítulo, é, como posto, a de que a utilização da expressão processo eleitoral no texto constitucional não é vã ou acidental. Por ela fez opção a CRFB em seu art. 16, a exemplo do que ocorre com as expressões *processo judicial* (art. 5º, LV, LXXII, *b* e LXXXVIII; art. 184, §3º), *processo administrativo* (art. 5º, LV, LXXII, *b* e LXXXVIII; art. 41, §1º, II; art. 247, parágrafo único) e *processo legislativo* (art. 26, §4º; art. 59; art. 84; art. 166, §7º).

Dessa premissa, se retira a assertiva de que não há razão *a priori* para descartar-se a compreensão do *processo eleitoral* como signo linguístico que carrega pretensão normativa.

## 1.1 Inserção linguística

Observada a estrutura gramatical do art. 16 da CRFB, percebe-se que *processo eleitoral* é uma variável independente da pesquisa. Ou seja, conforme o sentido da expressão venha a ser fixado de modo mais ou menos criterioso, obtém-se desdobramentos que ampliam ou restringem as possibilidades de teorização. Caso se chegue ao extremo de relegar a expressão como redundante, admitindo-se que significa dizer o mesmo que eleições, a consequência é o completo abandono do termo *processo*. O resultado pode ser o endosso do casuísmo, decorrente de “fraturas pelas vias interpretativas” do citado artigo, a que se refere Fávila Ribeiro<sup>16</sup>.

Há, portanto, uma primeira disputa semântica a ser travada na presente pesquisa, que diz respeito a defender-se a própria relevância do termo *processo* e da expressão *processo eleitoral*. Desse modo, o percurso investigativo se iniciará por referencial teórico que possibilite

---

<sup>16</sup> RIBEIRO, Fávila, **Pressupostos constitucionais do direito eleitoral: no caminho da sociedade participativa**, Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1990, p. 94.

sustentar a preponderância da opção constitucional de se fazer referência, no art. 16 da CRFB, ao *processo eleitoral*.

Recorre-se à teoria do interpretante proposta por Edward Lopes, segundo a qual toda interpretação deve encontrar no discurso que pretende interpretar sua possibilidade de confirmação no contexto “irrepetível” em que o discurso é produzido<sup>17</sup>. Esse procedimento de “retorno da interpretação ao discurso que ela pretenda interpretar”<sup>18</sup> consiste no *teste de veredicação* que, para Lopes, somente pode ser realizado com base no código *intradiscursivo*, o qual se contrapõe aos códigos *extradiscursivo* e *heterodiscursivo*.

Esse fundamental aspecto deve restar claro: a teoria do interpretante de Edward Lopes inova na linguística ao laborar com três tipos de código pelo qual o sentido pode ser produzido, traço este que é fundamental tanto para que a noção de veredicação intradiscursiva seja *possível* quanto para que seja, frente ao tema da pesquisa, *relevante*. Esses códigos são:

- a) o código *extradiscursivo*, já presente no modelo proposto por Saussure<sup>19</sup>, é aquele que, fornecido pela língua natural, propicia que a interpretação do discurso, como *leitura*, seja *dada* por sentidos prévios extraídos de “um dicionário modelizante que o transcende”<sup>20</sup>;
- b) o código *intradiscursivo*, somente discernível a partir da reformulação do modelo saussuriano por Hjelmslev<sup>21</sup>, é aquele que, fornecido pelo próprio discurso, propicia que a interpretação deste, como *reescrita*, seja uma *construção* contextualizada de sentidos;
- c) o código *heterodiscursivo*, proposto originariamente na teoria do interpretante de Lopes, é aquele que, fornecido por um *outro discurso*, propicia que a interpretação do discurso, como *ideologização*, seja uma  *fusão* do discurso X com o discurso Y em uma “complexificação a que chamamos de discurso mítico”<sup>22</sup>.

Segundo Lopes, os três códigos são utilizados na decodificação do discurso, pois promovem a relação entre o plano da expressão (signo) e o plano do conteúdo (significado).

---

<sup>17</sup> LOPES, Edward, **Discurso, texto e significado: uma teoria do interpretante**, São Paulo: Cultrix, 1978.

<sup>18</sup> *Ibid.*, p. 8.

<sup>19</sup> SAUSSURE, Ferdinand de, **Curso de linguística geral**, 32. ed. São Paulo: Cultrix, 2011.

<sup>20</sup> LOPES, **Discurso, texto e significado: uma teoria do interpretante**, p. 98.

<sup>21</sup> HJELMSLEV, Louis, **Prolegômenos a uma teoria da linguagem**, São Paulo: Perspectiva, 1975.

<sup>22</sup> LOPES, **Discurso, texto e significado: uma teoria do interpretante**, p. 101.



Mas a veredecção não é possibilitada pelo código extradiscursivo, porque este é “infinidamente repetível” em vários contextos, ou tampouco pelo código heterodiscursivo, porque este veladamente “aliena” o sentido do discurso a um outro discurso, promovendo uma “manifestação trapaceante”<sup>23</sup>.

O código intradiscursivo deve ser tomado para a veredecção, por ser o único que fornece um “sentido irrepetível”, extraído do contexto de um determinado discurso: “se um texto diz o que o discurso X quis dizer, esse mesmo discurso X tem, em troca, a possibilidade de confirmar ou de infirmar, retrospectivamente, a interpretação que dele forneceu o texto”<sup>24</sup>.

Explica Lopes que uma obra não se limita à escritura, mas é o “resultado da colaboração entre o fazer discursivo do destinador e o fazer textual do destinatário, compondo, ambos, o autor da obra”<sup>25</sup>. Cabe ao destinatário do discurso reorganizá-lo, mediante escolha dos significados pelos quais estabelece a relação entre o plano da expressão e o plano do conteúdo. Essa reorganização deve sempre ser devolvida ao âmbito intradiscursivo, porque “o signo do contexto equivale a uma entidade aberta, a ser dinamicamente constituída pelo destinatário através de uma reescrita”, de modo que “cada palavra de um discurso X [...] terá de se decodificar em uma outra parte do mesmo discurso X”<sup>26</sup>.

Com amparo nessas proposições, Rosemiro Pereira Leal conjectura a construção de uma *teoria do discurso constitucional*, cuja centralidade está no *interpretante* e, não, no *intérprete*<sup>27</sup>. O “contexto do discurso”, no caso de um dispositivo constitucional a ser interpretado, é a própria Constituição, com sua carga de normatividade, e não, como se poderia supor em sentido vulgar, a realidade de forças instaladas no mundo fático e pronunciadas pela autoridade, as quais podem, até mesmo, atentar contra essa normatividade.

Toda lei ou interpretação judicial deve ser uma *reescrita* do discurso constitucional. Essa reescrita corresponde a uma extração de sentidos do discurso, o que coloca em relevo o uso a ser feito da linguagem nesse momento: uma Constituição democrática exigirá ferramentas linguísticas que permitam a reescrita de um discurso democrático, ou seja, que possibilitem dela extrair sentidos construídos pela comunidade jurídica e, não, outorgado por alguém que se coloca fora e acima daquele.

Esse raciocínio é sintetizado por Dhenis Cruz Madeira da seguinte maneira:

---

<sup>23</sup> *Ibid.*, p. 77.

<sup>24</sup> *Ibid.*, p. 7.

<sup>25</sup> *Ibid.*, p. 6.

<sup>26</sup> *Ibid.*, p. 77–78.

<sup>27</sup> LEAL, Rosemiro Pereira, **Processo como teoria da lei democrática**, Belo Horizonte: Fórum, 2010.

Por escolha constitucional brasileira, a Democracia apresenta-se como marco insubstituível da prática jurídica e social, sendo inegociável [...]. [...] como atividade humana, a interpretação jurídica pressupõe paradigmas (OLIVEIRA, 2001, p. 143) e [...] o ordenamento jurídico brasileiro já elegeu o seu, qual seja, o Estado Democrático de Direito. No Brasil, a atividade interpretativa deve-se dar dentro de um determinado contexto político-jurídico-principiológico, qual seja, o contexto do Estado Democrático de Direito. Nesse pano de fundo paradigmático, [...] o resultado dessa atividade interpretativa (o provimento) deve ser fruto de uma processualidade dialógica constitucionalizada.<sup>28</sup>

É nesse sentido que Rosemiro Pereira Leal ressalta que a CRFB é uma conquista teórica que não deve ser contingenciada pelas forças históricas eventualmente atuantes até sua promulgação:

[...] A partir do momento histórico em que a Constituição se proclama criadora e condutora de uma sociedade jurídica sob o signo Estado Democrático de Direito, como se lê no art. 1º da CF/1988 do Brasil, é inarredável que, pouco importando o que seja o existir brasileiro, o mundo jurídico institucionalizado do Brasil é o contido no discurso constitucionalizado e não mais o das estruturas morais, éticas e econômicas do cotidiano social.<sup>29</sup>

A noção de mundo jurídico institucionalizado como inscrição no texto constitucional é determinante para permitir a construção de uma normatividade que se imponha à praxe legislativa e tribunalícia. Por tal noção, pode-se problematizar, em um nível teórico, a forma como vem sendo manejado o conceito de *processo eleitoral*, no âmbito instituído (legal e judicial), para atendimento de contingências. Essa metodologia é capaz de distinguir a pesquisa crítico-teórica, que se adota neste trabalho, da dogmática.

Conforme Tércio Sampaio Ferraz Júnior, o *pensamento dogmático* é “um pensamento fechado à problematização de seus pressupostos – suas premissas e conceitos básicos têm de ser tomados de modo não problemático – a fim de cumprir sua função: criar condições para a ação”<sup>30</sup>.

Consentânea com esse objetivo de viabilizar a atuação do Direito, sem questionamento de premissas, uma pesquisa dogmática é focada na criação de condições de decidibilidade. Sua produção científica se faz a partir da técnica, que são os próprios modos de fazer o Direito atuar

<sup>28</sup> MADEIRA, Dhenis Cruz, Teoria do processo e discurso normativo: digressões democráticas, **Revista de informação legislativa do Senado Federal**, v. abr-jun, n. 178, p. 141–156, 2008., p. 149-150.

<sup>29</sup> LEAL, Rosemiro Pereira, **Teoria geral do processo: primeiros estudos**, 14. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018., p. 143.

<sup>30</sup> FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio, **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**, 4. ed. São Paulo: Atlas, 2003., p. 85.

concretamente. Assim, uma pesquisa dogmática poderia buscar a dimensão semântica de *processo eleitoral* na jurisprudência, satisfazendo-se pela organização catalográfica dos julgados e pelo apontamento de rumos, ainda que fundados em estatísticas que obscureçam eventuais contradições, em prol de uma visão *coesa* dos julgados coletados.

De modo diverso, o pensamento crítico-teórico parte da premissa de que, em um novo contexto constitucional, no qual institucionalizado o Estado Democrático de Direito, os conteúdos da ciência e da técnica devem ser arguidos, de modo a permitir que sejam testados em sua compatibilidade com o discurso constitucional. Ou seja, *devem ser objeto do teste de veredicto, no qual se indaga se subsistem como reescrita legítima desse discurso*.

Por isso, uma pesquisa crítico-teórica não é uma pesquisa sem relevância prática. O que ocorre é uma inversão da ordem de precedência fixada pela dogmática jurídica: não mais a aplicação do Direito comanda a elaboração de teorias destinadas a meramente criar condições propícias à solução de conflitos; é, sim, a proposição de teorias jurídicas, elaboradas em conformidade com o contexto constitucional, que passa a vincular a aplicação (e, antes dessa, a produção) do Direito.

Para atingir os resultados que pretende, a pesquisa crítico-teórica, ao contrário da dogmática, persegue uma estabilização de sentidos em um plano *precedente* à produção da ciência e da técnica e, portanto, à atividade legal, administrativa e judicial.

Estabilizar sentidos não significa cristalizar interpretações. A estabilização é atingida quando o sentido apresentado demonstra certo grau de resistência a testes de refutabilidade, mas jamais perde de vista a provisoriedade do sentido. Segundo Karl Popper, “toda interpretação é uma espécie de teoria”, um resultado provisório da atividade de compreensão a qual, como “sequência de estados” e não um estado *a priori*, opera pelo “esquema de conjecturas e refutações”<sup>31</sup>.

Essas conjecturas e refutações, contudo, somente podem conduzir aos resultados referidos se o percurso de produção do sentido for compartilhado e sindicável. Essas características exigem a substituição da autoridade do *intérprete* pela autoinclusão propiciada pelo *interpretante*<sup>32</sup>, o “*medium* linguístico para que se realize a interpretação constitucional”<sup>33</sup>.

---

<sup>31</sup> POPPER, **Conhecimento objetivo: uma abordagem evolucionária.**, p. 157-162.

<sup>32</sup> Conforme explica Edward Lopes, “o desenvolvimento do conceito de metalinguística permitiu compreender o sentido como uma propriedade do código, e não de uma pessoa, e possibilitou, em consequência, na medida em que os códigos são bens coletivos, possuídos, igualmente, pelo destinador e pelo destinatário da mensagem, denunciar o monopólio do sentido que era exercido pelo sujeito da enunciação”. (LOPES, **Discurso, texto e significado: uma teoria do interpretante.**, p. 5)

<sup>33</sup> MADEIRA, Teoria do processo e discurso normativo: digressões democráticas., p. 150.

Reafirma-se, então, a importância do interpretante linguístico para a elucidação da expressão *processo eleitoral*.

Porém, deve-se cuidar para que a definição do sentido do dispositivo constitucional que enuncia o processo eleitoral não desconsidere o que Genaro Carrió denomina *limites da linguagem normativa*. Segundo o autor, quando tais limites são ignorados, tem-se “algo assim como querer tomar sopa com garfo” e “o resultado é cômico ou ridículo”<sup>34</sup>.

Carrió explica que a linguagem normativa é aquela utilizada, entre outras coisas, para “atribuir ou reconhecer direitos; afirmar que alguém tem (ou não tem) uma competência, um dever, um direito, uma responsabilidade; impor direitos ou obrigações; afirmar que algo feito por alguém é (ou não é) uma transgressão ou que merece (ou não) um prêmio ou punição”<sup>35</sup>. Se há nesta linguagem uma ambiguidade, tal não quer dizer que não existam limites ao estabelecimento do que ela quer dizer, sob pena de produzir-se “distintas formas de sem-sentido”, que “ajudam a delimitar, de fora pra dentro, a área na qual a linguagem normativa pode ser usada, por assim dizer, a sério e com eficácia”<sup>36</sup>.

Quanto aos limites internos na linguagem, Carrió distingue a justificação, que é normativa, da escusa, que é meramente factual. Em seu notório exemplo, um nobre, cleptomaniaco, pego em flagrante, procura elidir-se de responsabilidade pelo furto brandindo um atestado médico e dizendo “sou um cleptomaniaco como tal declarado pela Faculdade de Medicina de Paris”<sup>37</sup>. Passando a um nível mais sutil, distingue a *isenção*, como a previsão normativa da licitude da conduta, e a *transgressão*, a qual corresponde à prática de conduta ilícita, ainda que faticamente reste impune. A inobservância desse limite é ilustrada pela imagem de uma senhora a celebrar que seu filho se salvara do serviço militar por meio da

<sup>34</sup> CARRIÓ, Genaro, **Sobre los límites del lenguaje normativo**, Buenos Aires: Astrea, 2001., p. 21.

<sup>35</sup> *Ibid.*, p. 19. Tradução extraída do original em espanhol: “Por “lenguaje normativo” entenderé, sin gran precisión, el lenguaje que usamos para realizar actos tales como prohibir, autorizar, ejercer críticas de ciertos tipos, excusar, justificar; atribuir o reconocer derechos; afirmar que alguien tiene (o no tiene) una competencia, un deber, un derecho, una responsabilidad; imponer deberes u obligaciones; afirmar que algo hecho por alguien es (o no es) una transgresión o que merece (o no) un premio o un castigo, etcétera.”

<sup>36</sup> *Ibid.*, p. 19-20. Tradução extraída do original em espanhol: “el uso del lenguaje normativo o de ciertas expresiones pertenecientes a él produce, a veces, distintas formas de sinsentido, en una acepción amplia de esta palabra, que incluye lo disparatado y lo absurdo. Y añadiré que es útil explorar esas formas de sinsentido, entre otras razones porque algunas de ellas ayudan a delimitar, desde afuera, el área dentro de la cual el lenguaje normativo puede usarse, por decirlo así, “en serio” y con eficacia, y fuera de la cual, para repetir una metáfora conocida, se va de vacaciones y empieza a operar locamente como una turbina que girase en el aire fuera de sus engranajes.”

<sup>37</sup> *Ibid.*, 21-22.

deserção<sup>38</sup>. Os exemplos cômicos permitem visualizar a *falácia naturalística*: a pretensão de que a observação do *ser* autorize a conclusão quanto ao *deve ser*.

Por sua vez, os limites externos remetem a pressupostos contextuais que devem existir para que determinado termo possa ser utilizado de modo a fazer sentido. Carrió explica: se ladrões invadem uma residência, colocam-se a remover bens e valores e mantêm os moradores sob a mira de uma arma, uma repentina pergunta “posso usar o telefone?” está totalmente fora de lugar, sendo irrespondível quer de forma negativa quer de forma positiva<sup>39</sup>. Afinal, ali não se compartilha um contexto em que possa fazer sentido a solicitação de autorização para utilizar o bem de propriedade dos moradores, já que a propriedade em si não é um elemento normativo levado em consideração pelos ladrões para definir suas ações. Falta o que Carrió denomina *vigência atual* ou *pertinência* das regras<sup>40</sup>.

Levados em consideração os (i) limites internos e (ii) externos da linguagem normativa, o processo eleitoral precisa ser conceituado com atenção para (i) o uso do termo *processo* na CRFB e sua *justificação*, evitando-se a *escusa* e a *transgressão* como saídas para persistir na ambiguidade que, ao final, neutraliza um signo linguístico, já que não descreveria nada; (ii) a vigência da CRFB, compreendida não apenas como vigência em aspecto formal, mas também como reconhecimento de seu impacto teórico, instituidor de uma nova ordem jurídica, sobre toda a produção legislativa, os atos administrativos e a atividade dos tribunais.

### 1.1.1 *Limites internos da linguagem normativa: a utilização do termo processo pela CRFB*

Em sua atual redação, a CRFB utiliza a palavra *processo* por 51 vezes<sup>41</sup>. Naquela que

---

<sup>38</sup> *Ibid.*, p. 22-23.

<sup>39</sup> *Ibid.*, p. 24-25.

<sup>40</sup> *Ibid.*, p. 25-26. Vale transcrever o trecho explicativo: “¿En qué consiste el absurdo de estos pedidos de permiso en circunstancias como las narradas? Consiste en que en circunstancias como éstas están ausentes, de manera manifiesta y dramática, algunos de los principales presupuestos que tácitamente condicionan el acatamiento "en serio" de ciertas normas de cortesía. Es por eso que lo que el cumplimiento de lo que en circunstancias normales ellas exigen —pedir permiso si uno quiere usar el teléfono cuando está en casa ajena— resulta patentemente absurdo y, como consecuencia, resulta tan absurdo responder diciendo "sí" como responder diciendo "no". [...] Aquí falla uno o más de los presupuestos normales del uso de ciertas expresiones pertenecientes al lenguaje normativo (en el caso, expresiones que presuponen la *vigencia actual* o la *pertinencia* de ciertas reglas de cortesía). Preguntas del tipo de "¿Me permite hacer esto?" implican contextualmente una serie de hechos o circunstancias cuya ausencia en una situación dada hace que la pregunta esté "fuera de lugar", por decirlo así, y que no pueda ser contestada "en serio" ni por sí ni por no.”

<sup>41</sup> Existem, ainda, 6 utilizações do vocábulo no Ato das Disposições Transitórias, aqui não detalhadas.

se tornou mais notória, a noção de *devido processo legal* surge como exigência prévia para a privação da liberdade ou de bens (art. 5º, LIV). A CRFB faz menção ao “processo”, sem especificação, ao fixar a inadmissibilidade das “provas obtidas por meios ilícitos” (art. 5º, LVI).

Por ser o processo judicial a modalidade principal pela qual o Estado faz atuar as sanções punitivas<sup>42</sup> que conduzem à privação dos direitos de ir e vir e à propriedade, a primeira (e correta) inferência a ser retirada do dispositivo é que medidas sancionatórias em desfavor dos cidadãos não podem ser aplicadas, ao menos em caráter definitivo, senão por decisão proferida no âmbito do devido processo legal. Converte para essa conclusão a previsão da impossibilidade de que, mesmo por lei, seja suprimida aos cidadãos a prerrogativa de suscitar, perante o órgão judiciário competente, a ocorrência de lesão ou ameaça a direito que considera sofrer (art. 5º, XXXV).

Porém, é uma inferência incorreta compreender o devido processo legal como um feixe de princípios meramente informativos (que seriam o contraditório, a ampla defesa e a isonomia) a funcionar como instrumento do Estado para legitimar sua ingerência na esfera individual. Primeiro, porque dizer que a imposição de sanções somente pode ser efetivada no âmbito do devido processo legal não significa dizer que o devido processo legal se limita a viabilizar a atividade sancionatória. Segundo, porque sequer há elementos que permitam reduzir a abrangência do *devido processo legal* à produção de atos estatais.

É preciso, desde logo, desvelar a falácia da naturalização da instrumentalidade do processo. A instrumentalidade é característica inserida em uma compreensão teórica de processo, dogmatizada – porquanto blindada a ser revista independentemente da superação do contexto constitucional em que foi elaborada – que, amplamente difundida no ensino jurídico, naturalizou a ideia de que há uma subserviência do *processo* ao exercício de funções estatais.

Tão arraigada é a noção de que o processo é instrumento da autoridade estatal que, em uma associação com a difundida compreensão da tripartição de poderes, de Montesquieu<sup>43</sup>,

---

<sup>42</sup> Conforme explicam Luiz Rodrigues Wambier e Eduardo Talamini, um conceito amplo de sanção abrange todos os “mecanismos instituídos no ordenamento para assegurar a concreta observância de normas de conduta”, o que abrange não apenas a sanção punitiva, mas também a restitutória e, ainda, premial. Somente o Estado pode fazê-las atuar de modo institucional, sendo possível que a Administração o faça. Contudo, a sanção punitiva aplicada por via judicial é central ao Direito Sancionador. (WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo, **Curso avançado de processo civil: execução**, 15. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 46–47 passim.)

<sup>43</sup> Segundo a clássica exposição de Montesquieu: “Existem em cada Estado três tipos de poder: o poder legislativo, o poder executivo das coisas que dependem do direito das gentes e o poder executivo daquelas que dependem do direito civil. [...] Chamaremos a este último poder de julgar e ao outro simplesmente poder executivo do Estado. A liberdade política, em um cidadão, é esta tranquilidade de espírito que provém da opinião que cada um tem sobre a sua segurança; e para que se tenha esta liberdade

tornou-se premissa da ciência processual hegemônica considerar que há *processo* onde, e apenas onde, houver poder estatal que demande instrumento para atuar. O *processo*, nessa vertente, somente é enxergado a partir de uma correspondência específica com alguma das funções estatais. Fala-se então em processo administrativo, legislativo e judicial como *modos de proceder* das funções estatais administrativa, legislativa e judicial. O problema está posto: *não havendo uma “função eleitoral” estatal autônoma, a inferência é que não existe “processo eleitoral” como “processo” em sentido “técnico”*.

Contudo, mediante abandono da noção da instrumentalidade do processo, abre-se a possibilidade de justificação do uso do vocábulo *processo* na CRFB por outra ótica: *a produção de decisões públicas*.

Quanto às decisões resultantes do processo judicial, administrativo e legislativo, não parece haver dificuldade. Acompanha a tradição da clássica tripartição das funções estatais a premissa de que sentenças, atos administrativos e leis são decisões públicas. Mas, embora não desempenhada por um órgão estatal, não parece ser questionável que a eleição de governantes e representantes é, também, uma decisão pública. A diferença, fundamental para esta pesquisa, é constatar que, no último caso, o conteúdo da decisão pública *é definido pelos cidadãos, sem a intervenção necessária do Estado*.

Não se deve confundir os atos de incumbência da Justiça Eleitoral com o ato decisório propriamente dito. É por isso que, neste trabalho, será preferida a utilização da terminologia *formação de mandatos eletivos*, como conteúdo da decisão pública do processo eleitoral, em lugar de *adjudicação de cargos eletivos*, que se refere à atuação acessória da Justiça Eleitoral e que devem considerar *o conteúdo decisório que lhe é pré-existente*.

Toma-se, para justificar a terminologia, a precisa conceituação de *ato performativo*, formulada por Émile Benveniste<sup>44</sup>.

#### 1.1.1.1. A decisão eleitoral como enunciado (ato) performativo

Em crítica a John Austin – o qual, após propor a distinção *constativo-performativo*, teria

---

é preciso que o governo seja tal que um cidadão não possa temer outro cidadão. [...] Tudo estaria perdido se o mesmo homem, ou o mesmo corpo dos principais, ou dos nobres, ou do povo exercesse os três poderes: o de fazer leis, o de executar as resoluções públicas e o de julgar os crimes ou as querelas entre os particulares.” (MONTESQUIEU, Charles Secondat, **O espírito das leis**, 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 167–168.)

<sup>44</sup> BENVENISTE, Émile, **Problemas de linguística geral I**, 5. ed. Belo Horizonte: Pontes Editores, 2005, cap. 22.

se “encarregado logo de diluí-la e enfraquecê-la a ponto de tornar-lhe problemática”<sup>45</sup> –, Benveniste sustenta que não se deve abandonar a distinção, mas sim aplica-la “dentro das condições estritas de emprego que a autorizam, sem fazer intervir a consideração do ‘resultado obtido’ que é fonte de confusão”<sup>46</sup>.

Explica Benveniste que enunciados constativos (declarativos ou comprovativos) são asserções de fato, enquanto enunciados performativos são “o ato” – eles mesmos criam a realidade e fora dela não significam nada<sup>47</sup>. Segundo o autor – e aqui seu contraste com o pensamento de Austin –, não é o resultado empírico que importa para caracterizar o enunciado como performativo: “um enunciado performativo não o é por poder modificar a situação de um indivíduo, mas na medida em que *é por si mesmo* um ato”<sup>48</sup>. Desse modo, distingue o performativo do *imperativo*, o qual “caracteriza-se como pragmático e visa agir sobre o ouvinte, intimar-lhe um comportamento”<sup>49</sup>.

Embora em regra o enunciado performativo observe uma estrutura linguística cujo modelo próprio, ainda que implícito, é o do “verbo no presente e na primeira pessoa”, o que é decisivo nele é a concorrência de condições específicas para sua enunciação, a saber: i) a *pessoa enunciativa* deve ser reconhecidamente habilitada a enunciá-lo; ii) as *circunstâncias da enunciação* – temporais, locais e formais, por exemplo – devem ser aquelas em que se torna possível criar a situação.

Implementadas essas condições, tem-se um *ato único* (“é acontecimento porque cria o acontecimento”; “não pode repetir-se”; “toda reprodução é um novo ato efetuado por aquele que tem a qualidade” ou será apenas “enunciado constativo”<sup>50</sup>) e *suirreferenciado* (refere-se “a uma realidade que ele próprio constitui”; é “ao mesmo tempo manifestação linguística – uma vez que deve ser pronunciado – e fato da realidade, enquanto cumprimento do ato”; “o significado é idêntico ao referente”<sup>51</sup>). Em síntese, para Benveniste, o enunciado (ato) performativo *é o ato de autoridade único e suirreferenciado*<sup>52</sup>.

Reproduzindo-se e desdobrando-se exemplos dado por Benveniste, tem-se que: a) “a

---

<sup>45</sup> *Ibid.*, p. 298.

<sup>46</sup> *Ibid.*, p. 305.

<sup>47</sup> *Ibid.*, p. 298–303, *passim*.

<sup>48</sup> *Ibid.*, p. 303.

<sup>49</sup> *Ibid.*

<sup>50</sup> *Ibid.*, p. 302.

<sup>51</sup> *Ibid.*

<sup>52</sup> Diz Benveniste: “Um enunciado performativo que não é ato não existe. Só tem existência como ato de autoridade.” (*Ibid.*, p. 301.).



janela está aberta” é um enunciado constativo; b) “abra a janela” é um imperativo; c) “declaro aberta a sessão” será um enunciado performativo se dito por quem preside uma sessão e no momento em que esta tem circunstâncias temporais, locais e formais de ocorrer; d) “declaro aberta a sessão” é um enunciado vazio se dito fora das condições específicas referidas; e) “a sessão está aberta” será um enunciado performativo se manifestado nas circunstâncias indicadas em c; f) “a sessão está aberta” será um enunciado constativo se manifestado por quem observa tal fato.

No âmbito processual, o conceito de ato performativo pode ser aplicado às sentenças e acórdãos judiciais, às leis publicadas e às decisões administrativas. Em todos os casos, tem-se decisões públicas que atendem com facilidade aos elementos caracterizadores que permitem concluir pela ocorrência de *ato de autoridade único e suirreferenciado*.

No caso do processo eleitoral, porém, a decisão pública observa dois momentos distintos: o de sua formação, no ato da votação, e o de sua proclamação e cumprimento. Não se nega que há atos performativos praticados pela Justiça Eleitoral, como a proclamação dos eleitos, a homologação dos resultados e a diplomação. São ato de autoridade que criam situações jurídicas, relacionadas à *adjudicação* dos cargos eletivos. Mas não é a Justiça Eleitoral a autoridade que profere a decisão pública cerne do processo eleitoral. Ela atua tendo por referência uma *decisão pública já proferida*, que é a *formação dos mandatos eletivos* pelos votos do eleitorado.

Os mandatos se formam por *ato dos cidadãos*, ainda que a adjudicação dependa de atos posteriores da Justiça Eleitoral. Os atos posteriores, porém, são preponderantemente *heterorreferenciados*, pois remetem à decisão pública. Por exemplo, a diplomação cria a situação de *diplomado* (e, nesse campo reduzido, pode-se considerá-la performativa), mas não cria a situação de *eleito* e nada significa caso se pretenda outorgar diploma a quem não foi eleito. A situação de *eleito* é criada pela decisão pública do eleitorado. A totalização e a proclamação apenas a aferem e, nesse sentido, são *enunciados constativos* (descritivos, heterorreferenciados) *da decisão eleitoral*.

Reafirma-se então a particularidade da decisão eleitoral: a *pessoa enunciativa* não é uma autoridade propriamente dita, mas o *eleitorado*, grupo de pessoas habilitadas a produzirem a decisão.

Considera-se que isso não descaracteriza a decisão eleitoral como ato performativo, mas exige compreender seu alcance para além da esfera da *autoridade*. Deve-se assinalar a particularidade de que, nesse caso, o enunciado performativo se expressa pela manifestação coletiva do eleitorado, por ocasião do exercício do voto no dia, horário e modo definidos, por

meio da inscrição na cédula ou digitação na urna.

Ademais, aquele enunciado corresponde a um ato *composto*, uma vez que é resultante do conjunto dos votos dados. A realidade por ele criada é a formação dos mandatos eletivos, cujo exercício depende da adjudicação dos cargos respectivos, após observância de etapas posteriores que, em nenhuma hipótese, poderão desconsiderar a existência prévia da *decisão eleitoral*.

#### 1.1.1.2. Associação do vocábulo “processo” a decisões públicas na CRFB

A associação do vocábulo *processo* à produção de decisões públicas é identificada nos seguintes dispositivos da CRFB:

- a) Referência conjunta ao processo judicial e ao processo administrativo é feita quando se assinala aos litigantes o direito ao contraditório, à ampla defesa e aos “meios e recursos a ela inerentes” (art. 5º, LV); quando se estabelece que possam ser adotados procedimentos sigilosos para a retificação de dados (art. LXXII, b); quando se assegura a todos “a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação” (art. LXXXVIII); quando se prevê a elaboração de regimentos internos dos tribunais “com observância de normas de processo e de garantias processuais das partes” (art. 96, I, a).
- b) O processo eleitoral é expressamente indicado como objeto das alterações legislativas que não poderão ser aplicáveis às eleições ocorrida a menos de um ano da vigência da lei nova (art. 16).
- c) O processo judicial vem referido ao se tratar do “processo judicial de desapropriação” (art. 184, §3º). É porém mais frequente a referência implícita, extraída da conjugação entre a atividade de órgãos judiciários e o vocábulo “processo”: competência concorrente “criação, funcionamento e processo do juizado de pequenas causas” (art. 24, X)<sup>53</sup>; possibilidade de “sustação do processo” (isto é, da ação penal destinada a apurar crime imputado a Senador ou Deputado) durante o curso do

---

<sup>53</sup> Observe-se que a CRFB, art. 22 estabelece a competência privativa da União para legislar sobre direito processual, o que remete a competência concorrente do art. 24, X a uma partição: Estados e Municípios podem dispor sobre regras organizacionais dos Juizados Especiais, mas, não, sobre regras processuais propriamente ditas.

mandato (art. 184, §3º); imediata “distribuição de processos”, em todos os graus de jurisdição (art. 93, XV) e ao Ministério Público (art. 129, §5º); vedação aos juízes recebimento de “custas ou participação em processo” (art. 95, II); oitiva do Procurador-Geral da República “em todos os processos de competência do Supremo Tribunal Federal” (art. 103, §1º); justificativa da edição de Súmula Vinculante para combater “relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica” (art. 103-A, §1º); relatório semestral estatístico, a cargo do CNJ, contendo informações sobre “processos e sentenças prolatadas” (art. 103-B, VI); exclusão da distribuição de processo do Ministro do STJ que atuar como Ministro-Corregedor no CNJ (art. 103-B, §5º); funcionamento descentralizado dos TRFs, TRTs e TJs para assegurar ao jurisdicionado o acesso “em todas as fases do processo” (art. 107, §3º, art. 115, §2º e art. 125, §6º); incidente de deslocamento de competência para a Justiça Federal, por iniciativa do Procurador-Geral da República, em caso de risco de descumprimento de obrigações decorrentes de tratados internacionais de direitos humanos dos quais o Brasil for signatário (art. 109, §5º); legitimidade ativa dos índios e suas comunidades e organizações, com obrigatória intervenção do Ministério Público “em todos os atos do processo” (art. 232).

- d) O processo administrativo é referido expressamente ao se vincular a perda do cargo do servidor público ao direito à ampla defesa (arts. 41, §1º, II e 247, parágrafo único). O “processo de licitação pública” (art. 37, XXI); o “processo de vitaliciamento” de Magistrados (art. 93, IV); o “processo de habilitação” ao casamento, de competência do Juiz de Paz (art. 98, II); os “processos disciplinares” sob competência do CNJ (art. 103-B III e IV) e do CNMP (art. 130-A, III e IV); o “processo” de escolha dos juízes dos tribunais eleitorais (art. 121, §2º); o “processo seletivo público” para admissão de agentes comunitários (art. 198, §4º); e “processo de gestão e promoção conjunta de políticas públicas de cultura”, com democratização dos “processos decisórios” (art. 216-A, *caput* e §1º, X) também remetem ao âmbito do processo administrativo, por serem procedimentos conduzidos para o desempenho de funções administrativas.

- e) O processo legislativo mereceu sistematização na CRFB, sendo a ele dedicado a Seção VIII do Capítulo I (Do Poder Legislativo) do Título IV (Da organização dos poderes). O art. 59 elenca as espécies normativas que resultam do processo legislativo e, do art. 60 ao 69, os procedimentos respectivos são detalhados. Ainda há menções esparsas ao longo da Constituição: delegação à lei para dispor sobre iniciativa popular no processo legislativo estadual (art. 26, §4º); iniciativa privativa do Presidente da República (art. 84); normas aplicáveis ao projeto de lei orçamentária (art. 166, §7º).
- f) O processo político-sancionatório de destituição de mandatos eletivos<sup>54</sup>, referido: na autorização da Câmara dos Deputados para a instauração de “processo contra o Presidente e o Vice-Presidente da República e os Ministros de Estado” (art. 51, I)<sup>55</sup>; na suspensão dos efeitos da renúncia de parlamentar submetido a “processo que vise ou possa levar à perda do mandato” (art. 55, §4º); nas normas gerais sobre o *impeachment*, processo de apuração de crime de responsabilidade do Presidente da República (arts. 85, parágrafo único, e 86, §1º, II e §2º).
- g) Há, ainda, referência isolada ao “processo” na justiça desportiva, que remete à atuação de entidades privadas como órgãos incumbidos de decisão pública (art. 217, §2º)<sup>56</sup>;

---

<sup>54</sup> Esse processo político-sancionatório, que desde o advento da CRFB já conduziu à destituição do Presidente Fernando Collor e da Presidenta Dilma Rousseff, está certamente a merecer uma teorização adequada, a partir da teoria do processo. Sua configuração como modalidade autônoma parece evidente, pois não se confunde com o processo judicial, mesmo quando no âmbito deste se apuram ilícitos eleitorais, mas tampouco se pode tomá-lo por um campo não balizado pelo devido processo legal e não informado por princípios próprios do processo judicial, como a fundamentação das decisões, uma vez que dele decorre a aplicação de severa sanção. Considera-se que a teoria neoinstitucionalista e a pesquisa ora desenvolvida podem fornecer significativos aportes para esclarecimento dos conteúdos relacionados ao *impeachment*. Contudo, tal abordagem refoge ao objeto da pesquisa.

<sup>55</sup> O dispositivo também se refere à autorização para instauração de processo comum, perante o STF, a abranger as pessoas ali indicadas. O *impeachment* é ainda referido no âmbito da competência do Senado Federal, com indicação de autoridades cujos crimes de responsabilidade são apurados naquela Casa: Presidente da República, Vice-Presidente, Ministros de Estado, Comandantes das Forças Armadas, Ministros do STF, membros do CNJ e do CNMP, Procurador-Geral da República, Advogado-Geral da União. (BRASIL, **Constituição (1988)**, art. 52, I e II).

<sup>56</sup> A CRFB em seu art. 217, I, consagra a “autonomia das entidades desportivas dirigentes e associações, quanto a sua organização e funcionamento”. Diz o §1º que “O Poder Judiciário só admitirá ações relativas à disciplina e às competições desportivas após esgotarem-se as instâncias da justiça desportiva, regulada em lei”. Em sede de controle concentrado de constitucionalidade, essa exigência foi interpretada pelo STF como requisito de procedibilidade que não viola o inciso XXXV, do art. 5º, da

A par desses dispositivos, encontram-se poucos outros em que o uso do termo *processo* indica a cadeia de atos ou fatos que conduzem a um resultado que não se qualifica como uma decisão pública e que, mesmo, pode não ultrapassar uma dimensão fenomenológica: “processos de elaboração” de produtos e serviços (art. 170, VI); “processos próprios de aprendizagem” das comunidades indígenas (art. 210, §2º); “processo civilizatório nacional” (art. 215, §1º); “processo” de comunicação social para manifestação do pensamento, criação, expressão e informação (ar. 220); “processos ecológicos essenciais” (art. 225, I).

Se nesses últimos casos está-se diante do uso vulgar do vocábulo, em todos os demais é possível sustentar a existência de uma escolha direcionada da terminologia, a indicar uma pretensão epistemológica e normativa, que pode ser sintetizada na subsunção da decisão pública ao *devido processo legal*. O só-fato de a menção ao processo eleitoral estar em um único dispositivo não é suficiente para refutar essa afirmação, quando muito mais significativa é a qualidade da decisão a ser produzida em seu âmbito.

Note-se, aliás, que, depuradas, não são tantas as menções expressas a outras modalidades de processo. O próprio processo judicial é utilizado, frequentemente, como uma metonímia – ainda aprisionada pela noção de processo como instrumento da jurisdição – para designar *ação, procedimento, autos*. O mesmo se passa com o processo administrativo, quando indicados procedimentos a ele inerentes, como o licitatório, com emprego do termo processo. Por sua vez, o minucioso tratamento procedimental do processo legislativo deixa oculto alguns princípios processuais, como as limitações temporais e materiais da emenda à Constituição (art. 60, §§1º e 4º).

---

CRFB, especialmente considerando-se que a decisão final da justiça desportiva deve ser proferida até 60 dias após a instauração do procedimento: “No inciso XXXV do art. 5º, previu-se que ‘a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito’. [...] a necessidade de esgotamento da fase administrativa está jungida ao desporto e, mesmo assim, tratando-se de controvérsia a envolver disciplina e competições, sendo que a chamada justiça desportiva há de atuar dentro do prazo máximo de sessenta dias, contados da formalização do processo, proferindo, então, decisão final – § 2º do art. 217 da CF.” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 2.139 MC e ADI 2.160 MC, voto do rel. p/ o acórdão Ministro Marco Aurélio. Julgado em: 13 maio 2009. Publicado no DJE em: 23 out. 2009.). De se notar que a autonomia das entidades referidas não significa a intangibilidade do mérito de suas decisões, razão pela qual não podem ser equiparadas a juízo arbitral. Essa distinção restou clara quando invalidada pelo STF a Resolução da CBF n. 2/2011, que, após decisão judicial, transitada em julgado em 1999, reconhecendo ao Sport Clube do Recife o título de campeão brasileiro de 1987, atribuiu o mesmo título ao Clube de Regatas do Flamengo, pela vitória na Copa João Havelange. Como restou consignado no acórdão, “O art. 217, I, da CF não permite transformar entidade desportiva em instância revisora de pronunciamento judicial alcançado pela preclusão maior”, que alcança as teses defensivas que o Flamengo poderia ter oposto ao pedido do Sport. (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, 1ª Turma, Agravo Regimental em Recurso Extraordinário 881.864, Relator Ministro Marco Aurélio, Julgado em: 18 abr. 2017, **DJe**, Publicado em: 10 out. 2017.).

O mais relevante é notar que as tradicionalmente aceitas modalidades de processo inscritas na CRFB – judicial, administrativo e legislativo – *não são conceituadas no texto constitucional*. E isso não obsta a que autores se empenhem em teorizá-los, procurando apresentar uma racionalidade que lhes seja própria, inclusive com aproveitamento de princípios processuais usualmente designados por “gerais”. Por que com o processo eleitoral não se passaria o mesmo, sendo aceitável, apenas quanto a ele, a manutenção da ambiguidade e a ausência de demarcação teórica?

É, portanto, meramente falaciosa a conclusão de que, por não conduzir a um ato decisório caracterizado como ato performativo de autoridade estatal, o *processo eleitoral* seja relegado ao sentido vulgar – de sequência de atos cuja racionalidade não pode ser construída a partir de uma teoria do processo – e possa significar, a cada julgado e a cada ocasião, algo diverso, quase redutível à dimensão fenomenológica da alquimia entre atos de partidos, cidadãos e da própria Justiça Eleitoral.

Tem-se, então, que respeitados os limites internos da linguagem normativa pela qual opta a Constituição, a conformação do processo eleitoral é dada pelo *devido processo legal*. Tanto a *escusa* quanto a *transgressão* a essa conformação, que frequentemente concretizam-se ante o apelo da moralidade e da celeridade, não se convolam em alteração legítima da pretensão epistemológica e normativa do processo eleitoral – antes, constituem um *sem-sentido*, somente explicável pela persistência da adoção do *discurso mítico* na prática das atividades estatais.

### 1.1.2 *Limites externos da linguagem normativa: o impacto da CRFB na instauração de uma nova ordem jurídico-constitucional*

Ao se abordar os limites externos da linguagem, indaga-se o contexto em que o processo eleitoral, delimitado internamente pelo devido processo legal a balizar a produção de decisões públicas, conserva-se pertinente à normatividade vigente.

A relevância do aspecto semântico para a estabilização de sentidos (linguísticos e jurídicos) da Constituição é percebida por Rodolfo Viana Pereira:

[...] a democracia é um conceito semanticamente e estruturalmente condicionado. Semanticamente condicionado porque em face da ausência de consenso sobre seus elementos definidores torna-se obrigatório sustentar uma versão do que ela deve significar. [...] estruturalmente condicionado [porque] a democracia não se realiza

em abstrato, nem se mantém sem instituições, procedimentos e regras operacionais.<sup>57</sup>

Também Márcio Luís de Oliveira destaca que a *Constituição juridicamente adequada* – entendida como Constituição político-jurídica do *Estado Democrático-Constitucional de Direito* – constitui “o núcleo *semântico-normativo* e a *instância decisional* norteadores e conformadores da titularidade e do exercício legítimos da política e das técnicas de produção, de interpretação e de aplicação do Direito”<sup>58</sup>. Segundo o autor, nos Estados autocráticos há apenas governo de fato, não se fazendo presente a “juridicidade *protetora-emancipadora-plenipotencializadora*”, que, nos Estados democráticos, converte a Constituição em “referencial *normativo-institucional* do indivíduo, dos segmentos sociais e do Estado”<sup>59</sup>.

Portanto, o contexto normativo que aqui importa deve ser buscado na Constituição de 1988. Trata-se não apenas de um marco de vigência em aspecto formal e temporal, mas do reconhecimento do impacto teórico de um marco instituidor de nova ordem jurídica, em relação ao qual se possa compreender a pertinência em falar-se em *processo eleitoral*.

Segundo Cláudio Pereira de Souza Neto, a “teoria constitucional engajada” desenvolvida no Brasil entre a II Guerra Mundial e a reabertura democrática no país apresenta uma guinada radical: abandona uma concepção marxista – autocompreendida como *teoria crítica do Direito* e que “estimulava a realização de justiça *praeter e contra legem*” – e “passa a reconhecer um amplo potencial emancipatório na Constituição Cidadã de 1988”, que dá origem ao *constitucionalismo brasileiro de efetividade*<sup>60</sup>.

Tal potencial emancipatório é identificado pelo autor em três principais características do texto constitucional: i) instituição de amplo rol de direitos sociais, cuja manutenção e efetivação, especialmente frente aos esforços flexibilizatórios do neoliberalismo, “assumem um viés de ‘resistência progressista’”; ii) tratamento das garantias a liberdades individuais como “conquistas da civilização” e, não mais, “ideologia burguesa”; iii) adoção, própria a uma *Constituição dirigente*, de um projeto emancipatório socializante como “compromisso

<sup>57</sup> PEREIRA, Rodolfo Viana, **Direito Constitucional Democrático: controle e participação como elementos fundantes e garantidores da constitucionalidade**, 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 69.

<sup>58</sup> OLIVEIRA, Márcio Luis de, **A Constituição juridicamente adequada**, Belo Horizonte: D’Plácido, 2016, p. 263.

<sup>59</sup> *Ibid.*, p. 262–264 *passim*.

<sup>60</sup> SOUZA NETO, Cláudio Pereira de, Teoria da Constituição, democracia e igualdade, *in*: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de *et al* (Orgs.), **Teoria da Constituição: estudos sobre o lugar da política no Direito Constitucional**, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 1–74., p. 13-14, *passim*.

constitucional”, no qual se fomenta uma “utopia social igualitária”<sup>61</sup>. Com essas características, “o Texto Constitucional fornece ao pensamento jurídico progressista ao mesmo tempo uma trincheira de resistência e uma carta programática”<sup>62</sup>.

Essas altas aspirações trazem desafios concretos, percebidos tanto na dificuldade de conciliação de interesses plurais (especialmente resultantes da tensão entre a manutenção de privilégios e a inclusão econômica, social e política de grupos marginalizados) quanto, antes, nas indagações sobre a viabilidade do próprio dirigismo constitucional enquanto vinculador de decisões futuras que devem estar comprometidas com o objetivo da igualdade material.

Souza Neto, em sua crítica ao formalismo da democracia liberal, afirma que a necessidade de um contexto social razoavelmente igualitário pode ser sustentada até mesmo por razões estritamente políticas, uma vez que os direitos sociais são condições para uma participação política efetiva. Em suas palavras, “a importância da igualdade material decorre de que somente ela possibilita que todos tenham interesses semelhantes na manutenção do poder político e o considerem igualmente legítimo”<sup>63</sup>. Alinha-se, assim, com Friedrich Müller, para quem é possível falar em *pobreza política* como dimensão ampliada da “reação em cadeia da exclusão”, desde a econômica até a jurídica, a acarretar “paralisia das pessoas afetadas enquanto seres políticos”<sup>64</sup>.

O desafio, então, é erradicar essa pobreza política por vias institucionais democráticas – nem autoritárias, nem revolucionárias – ou, na dicção de Rosemiro Pereira Leal, exercer o “direito amplo, líquido, certo e exigível de se contrapor a qualquer realidade hostil às garantias constitucionais”<sup>65</sup>.

Mas um problema diacrônico se instala. A partir do momento em que as Constituições assumem função programática, voltada para direcionar o modo de vida das gerações futuras, faz-se necessária uma abordagem dialógica da teoria democrática. Como assegurar a adesão das futuras gerações ao programa constitucional, quando são precisamente elas que serão impactadas caso este se efetive? Em especial, esse problema indaga do comportamento das classes diretamente beneficiadas por um *status quo* desigual quanto à distribuição de riqueza e poder.

---

<sup>61</sup> *Ibid.*, p. 15-17.

<sup>62</sup> *Ibid.*, p. 17.

<sup>63</sup> *Ibid.*, p. 6.

<sup>64</sup> MÜLLER, Friedrich, Que grau de exclusão social ainda pode ser tolerado por um sistema democrático?, **Revista da Procuradoria-Geral do município de Porto Alegre**, n. especial, 2000.

<sup>65</sup> LEAL, **Teoria geral do processo: primeiros estudos**, p. 143.



O percurso da teoria de José Gomes Canotilho, autor da principal tese sobre o dirigismo constitucional – elaborada em face do advento da Constituição Portuguesa de 1976 – demonstra a dificuldade de equacionamento desse problema.

Originariamente, sua teoria confere enfoque ao papel do legislador, defendendo a vinculação deste às normas constitucionais de caráter programático<sup>66</sup>. A discricionariedade legislativa é contingenciada pelo dever de densificar o programa constitucional, que fornece pautas de direção para a discussão pública em temas sociais e econômicos, não podendo as leis serem reduzidas a meros instrumentos de governo. Em síntese, “a constituição dirigente, ao aspirar à mudança social *através do direito*, não pode assentar num *optimismo voluntarista*, idealisticamente associológico e acientífico”<sup>67</sup>.

Dois pontos devem ser salientados quanto ao estágio da citada obra.

O primeiro é que, ao contrário da transição democrática brasileira de 1988, “a Constituição de Portugal nasce de uma vigorosa ruptura política com o regime anterior, a qual traduziu uma radical substituição dos governantes e uma profunda alteração no plano jurídico-constitucional”<sup>68</sup>.

Longe, então, de pretender acomodar em seu texto tensões como a existente entre a livre iniciativa e o valor social do trabalho, a Constituição Portuguesa de 1976 claramente se referia, em seu texto original, ao empenho da República “na sua transformação numa sociedade sem classes” (art. 1º) e à “criação de condições para o exercício democrático do poder pelas classes trabalhadoras”, consagrada a Revolução dos Cravos, no preâmbulo, como marco inicial de uma “transformação revolucionária” decorrente da “decisão do povo português [...] de abrir caminho para uma sociedade socialista”<sup>69</sup>. Assim, a obra de Canotilho se situa em um contexto que “apelava para o esforço de conferir juridicidade ao programa constitucionalmente projetado, apesar do reconhecimento de pontos de tensão entre a plataforma normativa e a dinamicidade do processo político”<sup>70</sup>.

---

<sup>66</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes, **Constituição dirigente e vinculação do legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas**, 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2001.

<sup>67</sup> *Ibid.*, p. 488.

<sup>68</sup> OLIVEIRA, Fábio de, A Constituição dirigente: morte e vida no pensamento do Doutor Gomes Canotilho, **Revista brasileira de direito comparado**, n. 28, p. 195–228, 2005., p. 199.

<sup>69</sup> PORTUGAL. **Constituição da República Portuguesa (1976)**. Texto originário da Constituição, aprovada em 2 de abril de 1976. Disponível em: <<https://www.parlamento.pt/parlamento/documents/crp1976.pdf>>. Acesso em: 10 jul. 2018.

<sup>70</sup> OLIVEIRA, A Constituição dirigente: morte e vida no pensamento do Doutor Gomes Canotilho., p. 199.

O segundo ponto, que pode ser visto parcialmente como desdobramento do primeiro, é a notável desconfiança de Canotilho em relação ao *processo*. Ancorado em uma compreensão estritamente procedimentalista do processo, o autor assevera que “assegurar as regras do ‘jogo democrático’ [...] para, posteriormente, se conquistar ‘justiça’ [...] é abrir caminho para a redução das leis a simples produtos da organização de domínio”<sup>71</sup>. O *processo*, como formalidade ou rito, ameaça a implementação do programa constitucional, o que confere ênfase à “substância” de “directivas materiais, fins e programas de acção” para inibir “conteúdos alternantes e arbitrários da ‘política’”<sup>72</sup>.

A crítica encampa a percepção de que o procedimento pode ser manuseado para conferir simples aparência de legitimidade – “a apodíctica dedução de que a um processo justo corresponde uma ‘justiça intrínseca’”<sup>73</sup> – o que ameaça a efetividade do defendido carácter vinculante das normas programáticas. Com precisão, Canotilho aponta que tais são os resultados práticos da “transposição das análises sistêmicas” de Nicklas Luhmann para a teoria da Constituição: “a ‘dominância do negativo’ exclui a ideia de constituição como ‘plano material normativo’ e acaba por elevar as ‘condições estruturais’ de funcionamento do sistema ao nível de ‘legalidade superior’ à da própria constituição”<sup>74</sup>.

A preocupação se justifica ante um traço decisivo da Constituição Portuguesa de 1976: a ausência de reconhecimento ao processo de seu carácter *coinstitucional*, o que lhe impede de assumir a criação e regência da “dicção procedimental do direito”<sup>75</sup>. De fato, a citada Constituição não institui o *devido processo legal* como direito fundamental, limitando-se a assegurar, no *processo criminal*, “todas as garantias da defesa” (art. 32º, 1). Não instaurada a “regência do devido processo no eixo construtivo da constituição formal de direitos fundamentais”, compromete-se o esforço de teorização do processo democrático e se impossibilita a afirmação de uma “conexão normativa determinante do espaço-tempo estrutural do procedimento”<sup>76</sup>.

Os dois pontos assinalados convergem para um forte apelo ideológico desse primeiro estágio da teoria de Canotilho, que é compreensível frente à Constituição Portuguesa de 1976.

---

<sup>71</sup> CANOTILHO, **Constituição dirigente e vinculação do legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas.**, p. 21.

<sup>72</sup> *Ibid.*, p. 149.

<sup>73</sup> *Ibid.*, p. 20.

<sup>74</sup> *Ibid.*, p. 476

<sup>75</sup> LEAL, **Teoria geral do processo: primeiros estudos**, p. 87.

<sup>76</sup> *Ibid.*, p. 86.

A passagem para o socialismo se apresenta como um ideário assumido em um momento histórico, mas não há ensejo para uma teoria institucionalizante da procedimentalidade (devido processo legal) capaz de implementar direitos fundamentais.

Ocorre que há um traço distintivo em relação ao contexto constitucional brasileiro. A CRFB não incorpora uma ideologia revolucionária e, tampouco, permite a atuação dos poderes instituídos no vazio teórico-processual. O texto constitucional contém direitos fundamentais cuja aplicação se faz pelo interpretante juridicamente compartilhado (processo como direito-garantia constitucional) e não com base na “historicidade extralegal”<sup>77</sup> (*locus* de disputa ideológica, conforme evidenciado pela teoria de Canotilho).

O contingenciamento historicista do programa constitucional, marcante na concepção de Constituição dirigente, força Canotilho a revisitar sua proposição inicial quando a transição para a “sociedade socialista” não se consuma e, tampouco parecendo capaz de conduzir à desejada igualdade política, social e econômica, é suprimida da Constituição Portuguesa<sup>78</sup>. Em contundente autocrítica, o autor lamenta a demora em perceber que as Constituições dirigentes *pecavam* pela “má utopia do sujeito projectante” e pelo “autismo nacionalista e patriótico”, consubstanciados em uma noção de “soberania constitucional” que, na prática, impelia Portugal, na contramão da “interdependência e cooperação crescente entre os Estados [europeus]”<sup>79</sup>.

Assim, o *constitucionalismo moralmente reflexivo* se apresenta não como a eliminação do dirigismo constitucional, mas como uma visão mais contida do caráter emancipatório da Constituição, uma vez limitado este (i) pelos denominados “contextos envolventes” (internacionais e transnacionais); (ii) pela superação de uma “matriz unidimensional” que equiparava o dirigismo à ideologia social-comunista e (iii) pela “reserva do possível” quanto às

---

<sup>77</sup> *Ibid.*, p. 85.

<sup>78</sup> A atual redação do art. 2º da Constituição Portuguesa não mais fala que a República “tem por objectivo assegurar a transição para o socialismo mediante a criação de condições para o exercício democrático do poder pelas classes trabalhadoras”: “A República Portuguesa é um Estado de direito democrático, baseado na soberania popular, no pluralismo de expressão e organização política democráticas, no respeito e na garantia de efetivação dos direitos e liberdades fundamentais e na separação e interdependência de poderes, visando a realização da democracia económica, social e cultural e o aprofundamento da democracia participativa.” (PORTUGAL. **Constituição da República Portuguesa (1976)**. Texto consolidado após a VII Revisão Constitucional (2005). Disponível em: <http://www.parlamento.pt/Legislacao/PAGINAS/CONSTITUICAOREPUBLICA PORTUGUESA.ASPX>. Acesso em: 10 jul. 2018.)

<sup>79</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes, Rever ou romper com a Constituição dirigente? defesa de um constitucionalismo moralmente reflexivo., **Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política**, n. 15 (abr-jun), p. 7–17, 1996., p. 10.

“políticas públicas de direitos econômicos, sociais e culturais”<sup>80</sup>. Sopesados esses limites, Canotilho ainda considera que “o dito constitucional é uma dimensão básica de legitimidade moral e material, e, por isso, um elemento de garantia contra a deslegitimação ética e desestruturação moral de um texto básico através de desregulações, flexibilidades, desentulhos e liberalizações”<sup>81</sup>.

Não há, portanto, como chegou a ser alardeado pela literatura<sup>82</sup>, o abandono por Canotilho da ideia de vinculação do legislador às normas constitucionais programáticas, pois a Constituição segue fornecendo “o complexo de direitos e liberdades definidoras das cidadanias pessoa, política e económica intocáveis pelas maiorias parlamentares”<sup>83</sup>. Conforme síntese de Rodolfo Viana Pereira, no *constitucionalismo moralmente reflexivo*, “a constitucionalidade se permite [...] assumir o risco de incorporar certos postulados éticos e problemas morais que permeiam o amálgama político-social, ainda que sob um título potencialmente provisório, não absoluto e contextualizado” e esses postulados passam a compor o “sistema normativo de controle das opções constitucionais de uma determinada comunidade política”<sup>84</sup>.

A proposta busca endereçar com maior clareza uma solução para o problema da diacronia, considerando que a normatividade constitucional, dinâmica, depende de procedimentos que possibilitem solucionar impasses sobre os desacordos que possam surgir em torno dos direitos fundamentais. Almeja-se resolver a crise de normatividade, instalada pela diacronia quando a Constituição não se apresenta aberta a uma atualização democrática que a legitime perante uma geração posterior àquela que a promulgou. Mas qual o limite para aqueles desacordos – o que os torna razoáveis?

A razoabilidade pode remeter ao reconhecimento de uma proteção política a um certo estágio civilizatório, necessário a assegurar aos indivíduos a posição de sujeitos do debate democrático. Quanto a este *estágio civilizatório*, pode-se, com apoio nos estudos de Márcio Luiz de Oliveira, ter-se por superada a *lógica de adequação/contenção*, segundo a qual “o acervo axiológico da sociedade [...] representava o ‘melhor’ referencial de comportamento que

---

<sup>80</sup> *Ibid.*, p. 11-15 *passim*.

<sup>81</sup> *Ibid.*, p. 16.

<sup>82</sup> O equívoco da asserção de que Canotilho teria declarado a “morte” da Constituição dirigente é esclarecido em OLIVEIRA, A Constituição dirigente: morte e vida no pensamento do Doutor Gomes Canotilho.

<sup>83</sup> CANOTILHO, Rever ou romper com a Constituição dirigente? defesa de um constitucionalismo moralmente reflexivo., p. 16.

<sup>84</sup> PEREIRA, **Direito Constitucional Democrático: controle e participação como elementos fundantes e garantidores da constitucionalidade.**, p. 95-97 *passim*.

o grupo já havia conquistado [...] e o indivíduo, para ser civilizado, deveria então adequar-se ao ‘melhor’ referencial”, e sustentar a *lógica da emancipação*, na qual civilização se compreende como “possibilidade de plenipotencialização da condição humana”<sup>85</sup>.

Porém, novamente atinge-se um impasse se não houver o estabelecimento de um interpretante constitucionalmente contextualizado.

No *common law*, por exemplo, a lei “era, e ainda é, a lei moral dos juízes ou da razão natural taumaturga e não a lei como instituição jurídico-popular em bases processuais de produção do direito democrático”<sup>86</sup>. Nessa tradição, o *devido processo legal* não se desapega de sua origem histórica, segundo a qual o exercício e a garantia do *due process of law* têm por pressuposto “o acusado ou lesado ser homem livre como seus *pares* que viessem a proferir o julgamento” – ou seja, “a paridade definia-se pela condição sócio-econômica-política entre pessoas e não por lei escrita pelo povo constituinte que a todo povo igualasse por simétrica paridade processual”<sup>87</sup>.

Nesse contexto, não se identifica *devido processo coconstitucionalizado*, subsistindo *devido processo legal* ainda como “conceito privatístico de direito subjetivo pela fidúcia (confiança recíproca – *trust*) em que o Estado-juiz é o depositário público da confiança da sociedade civil para resolver litígios e garantir uma suposta paz social”<sup>88</sup>. A atuação da autoridade judicial é fortemente apoiada na *tópica* aristotélica, um amálgama de “opiniões geralmente aceitas sobre qualquer problema a nós oposto e que serve de premissa para se chegar a conclusões dialéticas [...], a fim de se decidir com equilíbrio e prudência”<sup>89</sup>. Conforme já se observou em pesquisa anterior, “subjaz a essa dinâmica a ideia de que a (suposta) proximidade das concepções de mundo do decisor e dos destinatários da decisão incrementa a segurança jurídica”<sup>90</sup>.

No âmbito do *common law*, a questão referente ao alcance dos direitos fundamentais segue relegada a um desenrolar histórico, cabendo definir, a partir de uma razoabilidade informada pelo senso comum, qual capítulo está por ser escrito. Embora autores como Jeremy

---

<sup>85</sup> OLIVEIRA, A **Constituição juridicamente adequada**, p. 78–79.

<sup>86</sup> LEAL, **Teoria geral do processo: primeiros estudos.**, p. 83.

<sup>87</sup> *Ibid.*, p. 83.

<sup>88</sup> *Ibid.*, p. 87.

<sup>89</sup> ALMEIDA, Andréa Alves de, **Espaço jurídico processual na discursividade metalinguística**, Curitiba: CRV, 2012, p. 46.. A autora explica que o *topos* – origem etimológica do termo *tópica* – é “o lugar comum da argumentação”, que tem “como ponto de partida o *sensus communis* (senso comum) e as opiniões aceitas de todos, da maioria ou dos sábios (*endoxa*)”. (*Ibid.*, p. 46–47 *passim.*).

<sup>90</sup> GRESTA, **Introdução aos fundamentos da processualidade democrática**, p. 135.

Waldron e Cass Sunstein forneçam respostas opostas a essa questão, o que há em comum é a assunção da premissa de que a legitimidade dos direitos é dada pela contínua reavaliação de uma conquista *histórica*, seja esta tarefa conduzida no debate parlamentar, como quer o primeiro<sup>91</sup>, seja na concretização pontual por decisões judiciais minimalistas, como quer o último<sup>92</sup>.

Essa premissa e as propostas dela decorrentes não podem ser transportadas para o contexto constitucional brasileiro. A partir do momento em que o devido processo legal é posto como interpretante em sede constitucional, as tensões decorrentes dos dissensos sobre os conteúdos da própria Constituição deixam de ser relegáveis à razoabilidade extraída do senso comum.

O *devido processo coconstitucionalizado* é uma conquista *teórica*, e não *histórica*, o que significa refutar que a aceitabilidade social das opiniões que integram o *topoi* possa ser um critério capaz de legitimar a aplicação reduzida ou a não aplicação de direitos fundamentais. O sentido destes deve ser estabilizado em face do discurso constitucional e no espaço discursivo do processo, no qual ampla defesa, contraditório e isonomia são *direitos processuais coconstitucionalizantes do modo de proceder* das autoridades decisoras. Nas palavras de Rosemiro Pereira Leal, “no direito democrático, os princípios concorrentes da atuação do *agir* são conjecturáveis a partir da lei e não apesar da lei; daí a regência do *devido processo* no eixo construtivo da *constituição formal* de direitos fundamentais”<sup>93</sup>.

---

<sup>91</sup> Waldron considera haver razões suficientes para que os direitos fundamentais não sejam tornados infensos ao debate democrático, quer sob a forma de cláusulas constitucionais imutáveis, quer sob a prevalência obrigatória da interpretação judicial a respeito. Cf.: WALDRON, Jeremy, **Law and disagreement**, New York: Oxford University Press, 1999; WALDRON, Jeremy, The Core of the Case Against Judicial Review, **The Yale Law Journal**, v. 115, n. 6 (abr), p. 1346–1406, 2006; WALDRON, Jeremy, Judges as moral reasoners, **International Journal of Constitutional Law**, v. 7, n. 1 (jan), p. 2–24, 2009; WALDRON, Jeremy, Is dignity the foundation of human rights?, **Public law & legal theory research paper series**, 2013.

<sup>92</sup> Sunstein avalia que não é de fato necessário aprofundar o debate sobre o alcance teórico daqueles direitos, bastando que sejam eles concretizados por decisões minimalistas. Cf.: SUNSTEIN, Cass R, **One case at a time: judicial minimalism on the Supreme Court**, Cambridge: Harvard University Press, 2001; SUNSTEIN, Cass R, Incompletely theorized agreements in constitutional law, n. January, 2007.

<sup>93</sup> LEAL, **Teoria geral do processo: primeiros estudos**, p. 86. Adiante, o autor esclarece a relevância da Constituição formal para a processualidade democrática: “Popper preconiza que só uma ‘teoria formulada’ (formalizada) é objetivamente criticável. A pior Constituição formal, ainda que somente proclamatória (não efetivadora) de direitos fundamentais, é originariamente enunciativa da democracia. A partir dela, pode-se interpretar e concretizar o discurso jurídico-democrático que não seria jurídico, nem logicamente criticável, se ela inexistisse.” (*Ibid.*, p. 90.).

Essa perspectiva é autêntica decorrência da configuração do *processo* na CRFB<sup>94</sup>. No Brasil, a partir de 1988, não se pode admitir a normatividade constitucional como historicamente fluida, ao contrário do que possibilita a *cultura de precedentes* oriunda do *common law*. Tampouco se pode arbitrar direitos conforme o pender do jogo de forças em disputas ideológicas, como parece ainda ser necessário frente à Constituição Portuguesa (1976).

O ponto é que já se dispõe, no Brasil, de interpretante jurídico compartilhado, que possibilita produzir decisões públicas a partir de argumentação crítica-discursiva centrada nos direitos fundamentais – não como concessões estatais, mas como prerrogativas de autoinclusão diretamente instituídas pela Constituição<sup>95</sup>. É esta particularidade que está a merecer a devida consideração teórica, científica e técnica para que se possa promover a crítica da atuação dos órgãos estatais nos procedimentos de que participam como autoridade. Sob essa ótica, o *devido processo* é também *coinstitucionalizante*, pois comanda a estruturação de procedimentos e a produção de decisões públicas conformes à normatividade fornecida pelo discurso constitucional.

É nesse ponto que se abre uma via de investigação do Direito Político, que busque aproximar o Direito Constitucional e o Direito Processual em um diálogo próprio, não hierarquizado.

Colhe-se, do primeiro, com apoio em Rodolfo Viana Pereira, que a Constituição de 1988, em seu compromisso de construir um Estado Democrático de Direito, enuncia decisões políticas que são *fundantes*, uma vez que efetuam o “corte normativo que [...] lida com o desafio de constituir instituições, estruturas e procedimentos”<sup>96</sup>. Do segundo se apreende, a partir dos estudos de Rosemiro Pereira Leal, que tais decisões são também *fundacionais*, pois promovem a “instituição coinstitucionalizante do processo como condição democratizante e jurídico-

---

<sup>94</sup> Embora não se negue a possibilidade de expansão da compreensão de processo na teoria neoinstitucionalista para outros sistemas jurídicos, o que aqui se assinala é que essa teoria é elaborada no contexto constitucional brasileiro de 1988. Por vezes, padece-se no Brasil de um receio de sustentar teorias originalmente brasileiras, preferindo-se *empréstimos* de teorias elaboradas em outros contextos normativos ainda que premissas sistêmicas impeçam ou tornem extremamente difícil o aproveitamento adequado. Nesta tese, almeja-se rumar em sentido contrário, buscando-se demonstrar a consistência, coerência e importância de desenvolver teorias voltadas para responder problemas próprios ao sistema jurídico brasileiro. Certamente, isso não implica em desconsiderar as contribuições da literatura estrangeira e do estudo do direito comparado. Sobre o tema dos empréstimos judiciais, cf.: ANDRADE NETO, João, **On the influence of the principles theory on the case law of de Federal Supreme Court of Brazil: a case study on judicial borrowing**, Tese (doutorado). Universität Hamburg, 2016.

<sup>95</sup> O tema foi desenvolvido em maior profundidade ao se tratar da Cidadania em GRESTA, **Introdução aos fundamentos da processualidade democrática**.

<sup>96</sup> PEREIRA, **Direito Constitucional Democrático: controle e participação como elementos fundantes e garantidores da constitucionalidade**, p. 37.

discursiva regente da realização, recriação e aplicação dos direitos assegurados no discurso coinstitucionalizado<sup>97</sup>.

Tomada a Constituição em seus aspectos fundante e fundacional, evita-se o descaminho da *Constituição como simulacro*, falácia exposta por Luiz Moreira como decorrência de se repousar a pretensão de legitimidade constitucional “em um ato fundador denominado ‘poder constituinte’”, que “conduziria a sociedade ao apogeu civilizatório, cultural e organizativo<sup>98</sup>”.

Ocorre que o *simulacro* decorre justamente do equívoco de abordagem da Constituição como conquista histórica a continuamente informar os sentidos da normatividade, sob pena de se instaurar crise de legitimidade. Se, ao contrário, compreende-se que os conteúdos teóricos dos direitos fundamentais devem ser estabilizados em plano crítico-enunciativo, em procedimentos processualizados, torna-se possível recusar determinismo ao ato fundador (histórico) que enseja a elaboração da Constituição.

A advertência de Moreira é similar à conclusão de Carrió, para quem a ideia de *poder constituinte originário* é um *sem-sentido*, que viola os limites da linguagem normativa<sup>99</sup>. Se, normativamente, competência equivale a limite imposto por regra pré-determinada, não encerra sentido afirmar a existência de uma competência total e não submetida a qualquer regra. A conclusão de Carrió é que, por encerrar uma expressão linguística que não se pode reputar séria, o poder constituinte originário não funciona significativamente.

Contudo, tal como exposto, a distinção entre contexto histórico-factual e contexto teórico-normativo permite esclarecer que a inserção adequada dos elementos políticos no sistema jurídico toma por baliza o segundo. Evita-se, com isso, resvalar quer para o extremo da ideologização, que delineou a crise do dirigismo constitucional, quer para o do historicismo, que ainda formata o *due process* no âmbito do *common law*.

Assim, ao se considerar os limites externos da linguagem normativa, somente se faz pertinente falar em *processo eleitoral* se assumida uma normatividade vincada pelo *devido processo legal* em suas acepções *coinstitucionalizada* e *coinstitucionalizante*, compreendido precipuamente como conquista teórica da Cidadania e, não, como conquista histórica e contingenciável por variantes ideológicas, bem assim como interpretante jurídico compartilhado, pelo qual se produzem e se estabilizam os sentidos do discurso constitucional

<sup>97</sup> LEAL, **Teoria geral do processo: primeiros estudos**, p. 145.

<sup>98</sup> MOREIRA, Luiz, **A Constituição como simulacro**, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 92–93.

<sup>99</sup> CARRIÓ, **Sobre los límites del lenguaje normativo**, p. 43–54.



que comandam as decisões públicas. O devido processo legal, como limite interno da expressão *processo eleitoral*, somente é compreensível em face de uma teoria processual democrática, que permita gerar instituições, estruturas e procedimentos concretizadores da participação política dos cidadãos e da fiscalidade (controle) do poder estatal.

Fora disso, é um sem-sentido arguir os procedimentos eleitorais quanto a sua legitimidade.

## 1.2 Inserção sistêmica

Nas subseções anteriores, justificou-se a inserção linguística da expressão *processo eleitoral* na CRFB em observância aos limites da linguagem normativa, tanto (i) internos: processo eleitoral como matriz processual, vinculada ao devido processo legal, para a produção de decisões públicas; quanto (ii) externos: devido processo legal como devido processo coconstitucionalizado e coconstitucionalizante, como conquista teórica da Cidadania e interpretante compartilhado, no contexto normativo do Estado Democrático de Direito.

Na presente seção, será ampliado o espectro da análise contextual da CRFB, a fim de conectar o *processo eleitoral* aos demais componentes que, no discurso do Estado Democrático de Direito instituído a partir de 1988, perfazem o vigente estatuto constitucional dos direitos políticos. Com isso, será concluída a argumentação que confere suporte à primeira premissa da pesquisa, a saber, a de que a expressão *processo eleitoral* não é utilizada no texto constitucional de forma vã ou acidental, mas, sim, como signo linguístico que carrega pretensão epistemológica e normativa.

Para falar-se em *inserção sistêmica*, deve-se indicar a compreensão de *sistema* adotada.

Tornaram-se clássicas as proposições de sistema nas teorias de Hans Kelsen<sup>100</sup>, tratando da dicotomia estático/dinâmico, e de Niklas Luhmann, com a contraposição aberto e fechado. Na presente pesquisa, ambas as terminologias são contestadas, a partir do marco teórico linguístico da teoria do interpretante de Edward Lopes, para propor uma noção de *fechamento sistêmico* com contornos próprios.

Segundo Kelsen, um sistema de normas é estático quando sua norma fundamental “fornece não só o fundamento de validade como o conteúdo de validade das normas dela deduzidas a partir de uma operação lógica”<sup>101</sup>. Segue ao autor: “como todas as normas de um

---

<sup>100</sup> KELSEN, Hans, **Teoria pura do direito**, 5. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

<sup>101</sup> *Ibid.*, p. 218.

ordenamento desse tipo já estão contidas no conteúdo da norma pressuposta, elas podem ser deduzidas daquela [...] através de uma conclusão do geral para o particular”<sup>102</sup>.

Há um caráter transcendente no sistema estático, pois a razão coloca a norma como algo *imediatamente evidente*. Para Kelsen, este é um conceito insustentável, já que “a função da razão é conhecer, e não querer”<sup>103</sup>. O autor não procura resolver o problema do controle de conteúdo. Antes, conceitua o Direito como um sistema dinâmico, em que a norma fundamental pressuposta não tem “por conteúdo senão a instituição de um fato produtor de normas”<sup>104</sup>, reconhecendo como válidas as decisões que, inspiradas em normas morais e culturais, cheguem a “produzir uma norma que se situe completamente fora da moldura que a norma a aplicar representa”<sup>105</sup>. O raciocínio remete à concepção saussuriana de signo como entidade fechada, cujo sentido somente é encontrado *fora* do discurso, em um repertório de significados *previamente configurados* (código extradiscursivo)<sup>106</sup>.

Luhmann, por sua vez, compreende sistema como diferenciação *estrutural* em relação ao meio. Para o autor, a ideia de *abertura* envolve o intercâmbio do sistema com o meio, do que resulta que um sistema fechado é aquele que “não pode aceitar nenhum tipo de *input* de uma ordem que não esteja contida nele próprio”<sup>107</sup>, enquanto um sistema aberto se apresenta como aquele no qual “os estímulos provenientes do meio podem modificar a estrutura do sistema”<sup>108</sup>.

A proposição de um *sistema aberto de regras e princípios*, apto a dialogar com a realidade social<sup>109</sup>, adentra o Direito Constitucional a fim de superar a noção de sistema fechado típica do positivismo kelseniano. A expressão *sistema aberto* quer indicar a precedência dos princípios constitucionais na interpretação das demais normas jurídicas, com vistas ao incremento da normatividade constitucional pela permeabilidade das decisões judiciais à

---

<sup>102</sup> *Ibid.*

<sup>103</sup> *Ibid.*

<sup>104</sup> *Ibid.*, p. 219.

<sup>105</sup> *Ibid.*, p. 394. Essa posição foi abertamente assumida por Kelsen a partir da 2ª edição de sua *Teoria pura do direito*. Na passagem, o autor afirma que “pela via da interpretação autêntica, quer dizer, da interpretação de uma norma pelo órgão jurídico que a tem de aplicar, não somente se realiza uma das possibilidades reveladas pela interpretação cognoscitiva da mesma norma, como também se pode produzir uma norma que se situe completamente fora da moldura que a norma a aplicar representa”.

<sup>106</sup> SAUSSURE, *Curso de linguística geral*.

<sup>107</sup> LUHMANN, Niklas, *Introdução à teoria dos sistemas*, 3. ed. Petrópolis: Vozes, 2011, p. 62.

<sup>108</sup> *Ibid.*, p. 63.

<sup>109</sup> SCHIER, Paulo Ricardo, Novos desafios da filtragem constitucional no momento do neoconstitucionalismo, *Revista Eletrônica de Direito do Estado*, n. 4 (out-dez), 2005.

“reserva de justiça”<sup>110</sup>.

No entanto, a ideia de abertura favorece ao intérprete “forçar a possibilidade de ‘encontrar’ colisões com vistas a relativizar certos conteúdos da Constituição”, e, “ao invés de contribuir com os discursos de afirmação da normatividade constitucional, negá-lo”<sup>111</sup>. No extremo, o *esgarçamento* da Constituição culmina por reduzi-la, como um todo, em *abertura*<sup>112</sup>.

Essa noção de sistema aberto traz, assim, o risco do descolamento da atividade hermenêutica da própria normatividade constitucional que pretendia implementar. Nesse cenário, a Constituição vê ameaçada sua efetividade como “ordem controladora, isto é, [...] ordem cujo objetivo é controlar o modo de ser e de vir-a-ser de uma comunidade política a partir da função de um marco jurídico de comparação – de um parâmetro – representativo do sistema global de opções constituintes”<sup>113</sup>.

A *abertura* em compreensão luhmanniana, transportada para o Direito, favorece a utilização do código heterodiscursivo na aplicação do direito. O intérprete se apresenta como encarregado de “preencher” o sentido das normas jurídicas, acessando discursos extrajurídicos que se *juridificam* na decisão. Ocorre então a interpretação *trapaceante* a que alude Edward Lopes, havendo mera aparência de retorno ao discurso interpretado.

Contudo, a partir da teoria do interpretante de Lopes, pode-se propor uma compreensão de sistema adequada à realização da veredicação, por meio do código intradiscursivo. Divisa-se, naquela teoria, um critério de *fechamento sistêmico* dado pelo contexto, que é *interno e próprio ao discurso*.

Conforme estatuído por Lopes, a *abertura*: (i) é uma propriedade do *signo* (ao contrário do que sustenta Saussure), e não do *contexto* (como decorre da teoria de Luhmann); (ii) possibilita a construção dos sentidos de modo ao mesmo tempo *dinâmico* e *controlável quanto a seu conteúdo* (características inconciliáveis na teoria kelseniana) por meio da veredicação intradiscursiva<sup>114</sup>.

---

<sup>110</sup> *Ibid.*, p. 10.

<sup>111</sup> *Ibid.*, p. 11.

<sup>112</sup> TAVARES, André Ramos, A Constituição aberta, **Revista latino-americana de estudos constitucionais**, n. 8 (jan-jun), p. 326–343, 2008.

<sup>113</sup> PEREIRA, **Direito Constitucional Democrático: controle e participação como elementos fundantes e garantidores da constitucionalidade**, p. 98.

<sup>114</sup> Por sua relevância e complexidade, transcreve-se novamente o trecho da obra de Lopes em que tal asserção é estampada: “o signo do contexto equivale a uma *entidade aberta*, a ser *dinamicamente* constituída pelo destinatário através de uma reescrita”, na qual “cada palavra de um discurso X [...] terá de se decodificar em uma outra parte do mesmo discurso X” (LOPES, **Discurso, texto e significado: uma teoria do interpretante**, p. 77–78.).

Assim, sustenta-se que todo e qualquer agrupamento de elementos somente pode ser compreendido como *sistema* se for demarcado como um discurso. Essa demarcação é o *fechamento sistêmico*, presente, portanto, em qualquer sistema. Diante dessa premissa, já não se mostra pertinente indagar se o sistema é aberto ou fechado, mas, sim, *se ele possibilita o teste de veredicação*.

Há, pois, um pleito de coerência do *conteúdo* entre os elementos do sistema que, nem por isso, institui um sistema *estático*, como denominado por Kelsen. Ao contrário. O sistema é compreendido como *dinâmico* precisamente quando seu conteúdo pode ser reescrito a partir de elementos internos do sistema e é *estático* quando seus elementos internos não permitem a construção contextualizada dos sentidos. Nesse último caso, o teste de *veredicação intradiscursiva* se frustra. O sentido do discurso é obtido por recursos *extrassistêmicos*, com preponderância quer do código extradiscursivo (no qual a interpretação não pode ser reconduzida a qualquer discurso), quer do código heterodiscursivo (o sentido fornecido pela interpretação é confirmado por um discurso diverso, *dissimulado* na fusão promovida pelo *discurso mítico*).

Portanto, a inserção sistêmica do *processo eleitoral* se faz como signo cujo sentido há de ser estabelecido, com respeito ao fechamento sistêmico, de forma dinâmica, sujeita ao teste de veredicação. Esse teste exige, para a construção contextualizada de sentidos, a enunciação do código *intradiscursivo*. Tal código, na presente pesquisa, é o *estatuto constitucional dos direitos políticos*.

Os direitos políticos são fruto de uma decisão política relacionada, a um só tempo, a quais serão seus titulares e quais serão as prerrogativas de participação no debate que promoverá a atualização dos conteúdos dos direitos fundamentais – inclusive dos próprios direitos políticos. Uma vez compreendido o processo eleitoral, a essa altura, como dimensão do *devido processo coinstitucionalizante* na qual são tomadas *decisões públicas quanto à formação dos mandatos eletivos*, é possível afirmar que os direitos políticos permitem decodificar o processo eleitoral, estabelecendo o significado deste por meio de uma interpretação que possibilita sua checagem no contexto do discurso.

A expressão *estatuto constitucional dos direitos políticos* é aqui adotada para designar o regime jurídico de direitos e garantias de participação política vigentes no Brasil a partir da CRFB. Com esse conceito, procura-se destacar características propostas por Jean Morange ao distinguir um “sistema de liberdades públicas” de uma “filosofia de direitos humanos”, concernindo ao primeiro: a) a proclamação formal dos direitos, acompanhada de garantias

jurídicas; b) sua especificidade espacial e temporal<sup>115</sup>.

Admite-se, portanto, tratar-se tal estatuto de um recorte analítico, que considera o modo de formalização de direitos humanos em direitos fundamentais determinados, e que, embora pressuponha o Estado de Direito, apresenta variabilidade temporal e local<sup>116</sup>. O objetivo da análise, contudo, não é fornecer um catálogo cristalizado de direitos, dogmaticamente blindado contra a crítica. Afinal, conforme já assentado, a pesquisa é crítico-teórica e propõe estabilização provisória de sentidos, no plano da discursividade jurídico-processual.

Cabe, a esse respeito, o alerta de Rosemiro Pereira Leal, de que os direitos humanos somente podem ser concebidos *dentro* dos direitos fundamentais da discursividade jurídico-processual, sob pena de relegá-los a um manejo conforme “subjetividades controladoras do direito”. Se esta é a prática adotada, neutralizam-se uns e outros direitos: “em nome dos direitos humanos, nega-se vigência (por juízos de flexibilidade, proporcionalidade, razoabilidade, ponderabilidade e adequabilidade) a direitos fundamentais do processo ou, em nome destes”, esvaziados, “põem-se em restrição direitos humanos pelos juízos de aplicabilidade da reserva do possível como negativa de autoexecutoriedade dos direitos de vida, liberdade, dignidade.”<sup>117</sup>

Deve-se também, desde logo, refutar a categoria *direitos políticos negativos*, tratada como “conjunto de normas constitucionais que limitam o exercício da cidadania, quer impedindo o gozo da capacidade eleitoral passiva, quer neutralizando os próprios direitos políticos positivos ativos e passivos”<sup>118</sup>; como direitos que “representam um óbice para o exercício dos direitos políticos”<sup>119</sup>.

A expressão *direito negativo*, tradicionalmente, se refere a “direitos de defesa [...],

---

<sup>115</sup> Segundo o autor: “Mais impositiva, a defesa dos direitos humanos é também mais incerta. Mais brandas, as liberdades públicas são, em compensação, mais reais. Seu estudo consiste em precisar o regime jurídico dos direitos e liberdades de que dispõem os cidadãos de um determinado Estado num certo momento de sua história. [...] Os sistemas de liberdades públicas não são idênticos, mesmo em países vizinhos que se inspiram em princípios idênticos de civilização. Assim, pode-se referir à mesma filosofia dos direitos humanos ao mesmo tempo em que se colocam normas jurídicas e procedimentos diversos.” (MORANGE, Jean. **Direitos humanos e liberdades públicas**. 5. ed. Barueri: Manole, 2004, p. XIV-XIX *passim*.).

<sup>116</sup> Como se verá ao longo da pesquisa, isso não significa que o objeto de estudo seja abordado apenas de forma dogmática, ignorando suas contradições intrínsecas e extrínsecas, ou que seja minimizada a contribuição da literatura estrangeira e do direito comparado.

<sup>117</sup> LEAL, **Teoria geral do processo: primeiros estudos**, p. 112–113.

<sup>118</sup> ALVIM, Frederico Franco, A elegibilidade e seus impedimentos no direito comparado e nos pactos internacionais, *in*: FUX, Luiz; PEREIRA, Luiz Fernando Casagrande; AGRA, Walber de Moura (Orgs.), **Elegibilidade e inelegibilidades**, Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 39.

<sup>119</sup> ÁVALO, Alexandre, Os direitos políticos e a Constituição: capacidade eleitoral ativa e passiva, *in*: ÁVALO, Alexandre *et al* (Orgs.), **O novo direito eleitoral brasileiro: manual de direito eleitoral**, 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2014, p. 38.

padrões de vedação ao excesso estatal”<sup>120</sup>. O vocábulo *negativo* indica o conteúdo do direito fundamental como um *não-fazer estatal*, e nesse eixo se opõe aos “direitos de realização positiva de garantias mínimas, [...] que exigem o fazer estatal”<sup>121</sup>. No ideário da Revolução Francesa, “constroem o sentido de exercício da liberdade como esfera de não ingerência do Estado” e abrangem os direitos políticos, pois, “se, de um lado, os direitos civis comporiam exatamente o núcleo da vida privada almejada pelos burgueses, de outro, os direitos políticos consistiam em liberdades indispensáveis para a construção de um Estado efetivamente comprometido com aquela salvaguarda”<sup>122</sup>.

Diversamente, a terminologia *direitos políticos negativos*, em inadequada miscelânea, parece sugerir a existência de *direitos políticos* cujo conteúdo são restrições *aos indivíduos*, o que termina por produzir um sem-sentido – direitos políticos que *obstam* o exercício de direitos políticos. Quem seria o titular da liberdade protegida por tais direitos políticos negativos?

A resposta é *a sociedade*, abstratamente considerada. Contudo, tal resposta somente pode ser dada partindo-se do desvirtuamento do próprio significado dos direitos políticos, enxergando-se tais direitos não como liberdades que impõem o não-agir estatal, mas, sim

[...] adstritos, de modo estanque, a uma dimensão *pro societatis*, des-subjetivada – de todo desconectada da realização da autonomia individual, das escolhas manifestadas e dos objetivos da realização da autonomia individual, das escolhas manifestadas e dos objetivos associativos que legitimamente movem os indivíduos também na esfera política.<sup>123</sup>

---

<sup>120</sup> MORAIS, Fausto Santos; SANTOS, José Paulo S. dos, A legitimidade metodológica da extensão material dos direitos fundamentais, *in*: BUSTAMANTE, Thomas *et al* (Orgs.), **O futuro do constitucionalismo: perspectivas para a democratização do direito constitucional**, Belo Horizonte: Initia Via, 2014, p. 94.

<sup>121</sup> *Ibid.*

<sup>122</sup> GRESTA, Roberta Maia; SANTOS, Polianna Pereira dos, Direitos políticos como direitos da sociedade: crítica ao aprisionamento semântico dos direitos políticos, *in*: FUCHS, Marie-Christine; STEINER, Christian (Orgs.), **Anuario de derecho constitucional latinoamericano (22º año)**, Bogotá: Konrad-Adenauer-Stiftung, 2016, p. 320.

<sup>123</sup> *Ibid.*, p. 325.

Trata-se de pensamento que encontra eco no STF<sup>124 125</sup> e que encampa “um pressuposto equivocado: o de que os direitos políticos seriam reduzíveis a direitos da sociedade e, logo, fungíveis e oponíveis às pretensões individuais dos candidatos”<sup>126</sup>. Culmina por promover o que, em artigo em coautoria com Polianna Pereira dos Santos, denominou-se *aprisionamento semântico dos direitos políticos*, que, no momento de exercício das liberdades, “as condutas humanas são categorizadas conforme uma perspectiva unidimensional: ou servem à coletividade, ou servem ao indivíduo – havendo de prevalecer, em caso de conflito, a decisão *pro societatis*”<sup>127</sup>.

A fim de superar esse equívoco terminológico de consequências inadequadas sobre a teorização e aplicação dos direitos políticos, as *restrições à participação política* não podem ser consideradas *direitos* em ordenamento democrático. De outro lado, não se deve recair na dimensão filosófica dos direitos humanos, a supor a existência de um conteúdo *natural* ou *imane*nte à participação política, já que, como dito, o código intradiscursivo deve ser encontrado em direitos fundamentais formalizados.

---

<sup>124</sup> O entendimento foi notadamente exposto no voto do Ministro Carlos Ayres Britto no julgamento da ADPF 144. Segundo Ayres Britto, os direitos políticos não são exercitados para “servir imediatamente a seus titulares”, pois não tutelam “bens da personalidade [...], nem de personalidade individual, nem de personalidade corporativa” – esta última resguardada pelos direitos sociais –, mas bens transindividuais. Por isso, se, no caso dos direitos civis, a tensão entre indivíduo e Estado se resolve em favor do indivíduo, no caso dos direitos políticos isso não pode ocorrer, porque, ao exercer esses direitos: [...] o indivíduo já não quer ser simplesmente indivíduo, ele quer ser representante de toda uma coletividade. Por isso, deve conhecer limites, constringências, responsabilidades compatíveis com essa sua pretensão de representar toda uma coletividade”. (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Arguição de descumprimento de preceito fundamental 144, Relator: Min. Celso de Mello, Julgado em: 06 ago. 2008, Tribunal Pleno, **DJe**, n. 35, Publicado em: 26 fev. 2010, Ementário: v. 2391-02, p. 342.).

<sup>125</sup> Deve-se destacar, contudo, que em julgamento mais recente, o STF acompanhou o Ministro Gilmar Mendes na decisão de não aplicação da LC 135/2010 às eleições de 2010, uma vez que sua vigência se dera a menos de um ano do referido pleito. Constou do voto de Relatoria posicionamento crítico à oposição indivíduo-coletividade em matéria eleitoral: “[...] os direitos políticos fundamentais apresentam uma estrutura jurídica complexa, pois exteriorizam características negativas (primeira geração) e, ao mesmo tempo, positivas (segunda e terceira gerações). São preponderantemente direitos fundamentais individuais, pois garantem esferas de não interferência do Estado no âmbito das autonomias decisórias individuais, mas são exercitáveis mediante a ação garantidora do Estado, o qual deve organizar procedimentos que têm por objetivo instrumentalizar a concreção do exercício dos direitos, como é o caso, por exemplo, das eleições periódicas”. Também o Ministro Celso de Mello sustentou que “os atributos [da liberdade de participação política] resultantes do *status activae civitatis* não afetam a qualificação dessa prerrogativa fundamental do cidadão como típico direito individual”. (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Recurso Extraordinário 633703/MG, Relator: Ministro Gilmar Mendes, Pleno, Julgado em: 23 mar. 2011, **DJe**, n. 219, Publicado em: 18 nov. 2011.).

<sup>126</sup> PEREIRA, Rodolfo Viana, Condições de registrabilidade e condições implícitas de elegibilidade: esses obscuros objetos do desejo, *in*: **Direito eleitoral: debates ibero-americanos**, Curitiba: Ithala, 2014, p. 275–286.

<sup>127</sup> GRESTA; SANTOS, Direitos políticos como direitos da sociedade: crítica ao aprisionamento semântico dos direitos políticos, p. 327.

A chave para o adequado equacionamento da questão está, portanto, em identificar que a delimitação dos direitos políticos é feita, exatamente, *a partir* das restrições. Quando direitos humanos são formalizados em direitos fundamentais, a abrangência filosófica dos primeiros é recortada, para enunciar a abrangência normativa dos últimos. É nesse sentido que Rodolfo Viana Pereira ressignifica a ideia de “controle” e estatui que “controlar se confunde com o modo de ser da própria constitucionalidade, ou seja, com sua capacidade de impor um corte normativo nos demais sistemas sociais, controlando, assim, a possibilidade do ser e do vir-a-ser de uma determinada comunidade política”<sup>128</sup>.

Essa compreensão tem desdobramentos de muita relevância para a presente pesquisa, por sua aptidão para escapar do *simulacro* a que alude Luiz Moreira. Primeiro, reconcilia o Estado de Direito com o princípio democrático, já que este deixa de ser associado ao constante risco de um *autofágico* (descontrolado) poder constituinte originário ser posto em movimento<sup>129</sup>. Segundo, desperta a atenção para o fato de que requisitos ditos positivos (como as condições de elegibilidade) por delimitarem os direitos políticos, são *restrições* tanto quanto as expressas vedações (como as causas de inelegibilidade), razão pela qual ambos devem ser interpretados com balizamento na *amplitude* da liberdade.

A partir desses apontamentos, o principal enfoque, nessa etapa de apresentação das premissas da pesquisa, é integrar os direitos políticos ao devido processo coconstitucionalizante, como componentes do *eixo paradigmático* do processo eleitoral democrático.

### 1.2.1 *Sufrágio: pressupostos para a participação no processo eleitoral*

Sufrágio universal, voto (direto, secreto e com valor igual para todos), plebiscito, referendo e iniciativa popular aparecem na CRFB, art. 14, como *meios* de exercício da soberania popular<sup>130</sup>. Em leitura ligeira, a redação torna confusa a compreensão dos institutos, sugerindo que todos sejam técnicas procedimentais.

---

<sup>128</sup> PEREIRA, **Direito Constitucional Democrático: controle e participação como elementos fundantes e garantidores da constitucionalidade**, p. 57.

<sup>129</sup> Pereira aponta que a Constituição contém “normas voltadas ao bloqueio de [...] tendências autofágicas [do regime democrático] e, por isso, vocacionadas à promoção de efeitos pró-democráticos.” (*Ibid.*, p. 73.).

<sup>130</sup> BRASIL, **Constituição (1988)**, art. 14: “A soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos, e, nos termos da lei, mediante: I - plebiscito; II - referendo; III - iniciativa popular.”.



Contudo, o sufrágio não se coloca na dimensão procedimental, na qual estão plebiscito, referendo e iniciativa popular, mas, sim, na dimensão processual, precedendo àquela e, como se verá, à mais estrita dimensão do ato decisório formado no procedimento, na qual está o voto. A previsão constitucional do sufrágio corresponde à própria identificação do corpo político. Daí dizer Aragón Reyes que o sufrágio tem “conotação política inexcusável”, somente sendo possível nele se falar “enquanto está atribuído a cidadãos, [...] membros de uma comunidade política, para adotar [...] decisões também de natureza política”<sup>131</sup>.

A delimitação do corpo político, em perspectiva processual, consiste na *definição dos pressupostos para a participação no processo eleitoral*.

Trata-se de questão central do processo eleitoral, uma vez que, a par de cogitações retóricas sobre a soberania popular ou sobre o povo, é na instituição do direito ao sufrágio que se revela o tensionamento ideológico antidemocratizante quanto à definição dos *sujeitos de direito*<sup>132</sup> competentes para atuar na formação dos mandatos eletivos. Bem ilustra esse problema o fato de que o cognominado *sufrágio universal* (imprecisamente referido na CRFB como *voto universal*<sup>133</sup>) convive com extenso rol de restrições que, até 2013, alijavam formalmente do processo eleitoral 883.222 brasileiros<sup>134</sup> - um *universo*, portanto, excludente<sup>135</sup>. Exclusões sedimentadas no tempo fixo das conquistas históricas são ameaças latentes à “construção de uma sociedade (não causalidade sociológica) que passe pelo processo democrático do exercício coletivo das conquistas teórico-jurídico-normativas de todos igualmente decidirem e interpretarem o devir”<sup>136</sup>.

As potências fundante e fundacional da Constituição somente se concretizam quando o corpo político é *decorrência da comunidade jurídica*, e não *status* outorgado em uma sociedade preexistente ao discurso jurídico. Por isso, o direito ao sufrágio deve ser examinado em sua

<sup>131</sup> ARAGÓN REYES, Manuel, Democracia y representación: dimensiones subjetiva y objetiva del derecho de sufragio, in: **Congreso Internacional de Derecho Electoral**, Mexico: [s.n.], 1998, p. 40.

<sup>132</sup> O conceito de *sujeitos de direito* será explicitado no Subcapítulo 3.2.

<sup>133</sup> “§ 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: [...] II - o voto direto, secreto, universal e periódico;” (BRASIL, **Constituição (1988)**, art. 60, §4º, II.).

<sup>134</sup> TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL, Mais de 800 mil brasileiros estão com os direitos políticos suspensos, **Notícias TSE**, 2 ago. 2013. Disponível em: <http://www.tse.jus.br/imprensa/noticias-tse/boletim/mais-de-800-mil-brasileiros-estao-com-os-direitos-politicos-suspensos>. Acesso em: 31 jul. 2018.

<sup>135</sup> A esse problema se voltará, em detido esforço argumentativo, na Subseção 3.2.3.3.

<sup>136</sup> LEAL, **Teoria geral do processo: primeiros estudos**, p. 92.

normatividade, no eixo introduzido pelo *princípio* democrático, que passa pela *premissa* da participação política e alcança a enunciação dos *pressupostos* inferidos<sup>137</sup>.

O direito ao sufrágio, na CRFB, vem previsto nos arts. 14, §§1º e 2º (sufrágio ativo) e 14, §§3º a 9º (sufrágio passivo), sofrendo ainda impacto restritivo do art. 15 (perda e suspensão de direitos políticos).

Quanto ao sufrágio ativo, tem-se como pressupostos: i) exigência de habilitação prévia (alistamento)<sup>138</sup>; ii) exclusão dos menores de 16 anos<sup>139</sup>; iii) exclusão dos estrangeiros; iv) exclusão dos conscritos, durante o tempo de serviço militar obrigatório<sup>140</sup>.

O sufrágio passivo possui rol bem mais extenso de pressupostos, cumulável com os pressupostos do sufrágio ativo<sup>141</sup>: i) atendimento às condições de elegibilidade<sup>142</sup>; ii) exclusão dos analfabetos<sup>143</sup>; iii) regime de inelegibilidade relativa dos Chefes do Executivo<sup>144 145</sup>; iv)

---

<sup>137</sup> São categorias normativas conceituadas por Rosemiro Pereira Leal: i) *princípio*: “marco teórico que, introduzido pela linguagem do discurso legal como referente lógico-dedutivo, genérico e fecundo (desdobrável), é balizador dos conceitos que lhe são inferentes; ii) *premissa legal*: “princípio [...] específico”, que “não comporta generalizações maiores que seu explícito e próprio enunciado; iii) *pressupostos*: “inferentes lógico-jurídicos” que se inscrevem “na órbita imperativa (prescritiva) do princípio, equivalente a conceitos específicos, explícitos e infecundos que não permitem flexibilização incompatível com o conteúdo principiológico que lhes deu causa”. (*Ibid.*, p. 154.). Aqui, pode-se divisar, quanto ao direito ao sufrágio: (i) o princípio democrático; (ii) a premissa da participação política; (iii) os pressupostos do alistamento, da idade mínima, da nacionalidade, etc.

<sup>138</sup> Exigência inferida da primeira parte do §1º do art. 14 da CRFB.

<sup>139</sup> Decorre, *contrario sensu*, da idade mínima para o alistamento eleitoral facultativo, de 16 anos (BRASIL, **Constituição (1988)**, art. 14, §1º, c).

<sup>140</sup> Os pressupostos *iii* e *iv* estão assim expressos: “Não podem alistar-se como eleitores os estrangeiros e, durante o período do serviço militar obrigatório, os conscritos.” (BRASIL, **Constituição (1988)**, art. 14, §2º).

<sup>141</sup> É redundante, por isso, a previsão da inelegibilidade dos inalistáveis, constante da primeira parte do §4º do art. 14 da CRFB.

<sup>142</sup> “São condições de elegibilidade, na forma da lei: I - a nacionalidade brasileira; II - o pleno exercício dos direitos políticos; III - o alistamento eleitoral; IV - o domicílio eleitoral na circunscrição; V - a filiação partidária; VI - a idade mínima de: a) trinta e cinco anos para Presidente e Vice-Presidente da República e Senador; b) trinta anos para Governador e Vice-Governador de Estado e do Distrito Federal; c) vinte e um anos para Deputado Federal, Deputado Estadual ou Distrital, Prefeito, Vice-Prefeito e juiz de paz; d) dezoito anos para Vereador.” (BRASIL, **Constituição (1988)**, art. 14, §3º).

<sup>143</sup> “São inelegíveis [...] os analfabetos.” (BRASIL, **Constituição (1988)**, art. 14, §4º, segunda parte.).

<sup>144</sup> Esse regime veda a disputa do terceiro mandato consecutivo e a disputa de qualquer outro cargo no curso do mandato, salvo renúncia até 6 meses antes da eleição: “O Presidente da República, os Governadores de Estado e do Distrito Federal, os Prefeitos e quem os houver sucedido, ou substituído no curso dos mandatos poderão ser reeleitos para um único período subsequente.”; “Para concorrerem a outros cargos, o Presidente da República, os Governadores de Estado e do Distrito Federal e os Prefeitos devem renunciar aos respectivos mandatos até seis meses antes do pleito.” (BRASIL, **Constituição (1988)**, art. 14, §§5º e 6º.).

<sup>145</sup> Inelegibilidade relativa e incompatibilidade não são sinônimos. Conforme se colhe da literatura: “Cabe aquí formular una distinción entre inelegibilidad e incompatibilidad. La primera, ocurre antes de la elección; prohíbe, a título excepcional, a una persona solicitar el voto de los electores. Por el contrario,

regime de inelegibilidade relativa de cônjuge e familiares até 2º grau dos Chefes do Executivo<sup>146</sup>; v) exigência de afastamento da atividade ou agregação pela autoridade superior do militar<sup>147</sup>; vi) coinstituição de regime complementar (infraconstitucional) de inelegibilidade<sup>148</sup>.

Para além dos pressupostos específicos das modalidades de sufrágio, a participação política também é contingenciável nos casos de perda e suspensão dos direitos políticos (CRFB, art. 15)<sup>149</sup>. Atuando no nível da *premissa* desses direitos, essas restrições não apenas impedem a participação no processo eleitoral como também suprimem outros meios de participação política (iniciativa popular, propositura de ação popular, atividade político-partidária,

---

la segunda se manifiesta después de la elección, e interesa, en este caso, no al candidato sino al elegido, por cuanto no hay posibilidad de detentar simultáneamente el mandato electivo, desde ahora el suyo, con la actividad privada o la función pública que hasta el momento ejercía.” (HAURIU, André; GICQUEL, Jean; GÉLARD, Patrice, **Derecho constitucional e instituciones políticas**, 2. ed. Barcelona: Editorial Ariel, 1980, p. 295.). Incompatibilidades são, portanto, situações surgidas em decorrência da eleição, que impedem o eleito de seguir desempenhando atividades anteriores. Observe-se, todavia, que a LC 64/90 utiliza o termo *desincompatibilização* para indicar o efeito de renúncia, exoneração ou licença apta a afastar a incidência da *inelegibilidade relativa* de natureza funcional e, invariavelmente, para indicar o afastamento de incompatibilidade propriamente dita: “A *renúncia* para atender à *desincompatibilização com vistas a candidatura a cargo eletivo ou para assunção de mandato* não gerará a inelegibilidade prevista na alínea k, a menos que a Justiça Eleitoral reconheça fraude ao disposto nesta Lei Complementar.” (BRASIL, **Constituição (1988)**, art. 1º, §5º.).

<sup>146</sup> Trata-se da denominada *inelegibilidade reflexa*: “São inelegíveis, no território de jurisdição do titular, o cônjuge e os parentes consanguíneos ou afins, até o segundo grau ou por adoção, do Presidente da República, de Governador de Estado ou Território, do Distrito Federal, de Prefeito ou de quem os haja substituído dentro dos seis meses anteriores ao pleito, salvo se já titular de mandato eletivo e candidato à reeleição.” (BRASIL, **Constituição (1988)**, art. 14, §7º.). A inelegibilidade é relativa pois: i) somente incide no território abrangido pela circunscrição em que eleito o Chefe do Executivo; ii) pode ser afastada se o Chefe do Executivo renunciar até 6 meses antes do pleito; c) não incide se o cônjuge ou familiar já ocupar mandato eletivo e estiver disputando a reeleição.

<sup>147</sup> “§ 8º O militar alistável é elegível, atendidas as seguintes condições: I - se contar menos de dez anos de serviço, deverá afastar-se da atividade; II - se contar mais de dez anos de serviço, será agregado pela autoridade superior [...]”. (BRASIL, **Constituição (1988)**, art. 14, §8º.). A parte final do inciso II, segundo a qual o militar com mais de 10 anos de serviço, “se eleito, passará automaticamente, no ato da diplomação, para a inatividade” não diz respeito à elegibilidade, mas, sim, à incompatibilidade, conforme explicado na nota 145.

<sup>148</sup> A coinstituição do regime complementar de inelegibilidade se encontra assim redigida: “Lei complementar estabelecerá outros casos de inelegibilidade e os prazos de sua cessação, a fim de proteger a probidade administrativa, a moralidade para exercício de mandato considerada vida pregressa do candidato, e a normalidade e legitimidade das eleições contra a influência do poder econômico ou o abuso do exercício de função, cargo ou emprego na administração direta ou indireta.” (BRASIL, **Constituição (1988)**, art. 14, §9º.).

<sup>149</sup> “Art. 15. É vedada a cassação de direitos políticos, cuja perda ou suspensão só se dará nos casos de: I - cancelamento da naturalização por sentença transitada em julgado; II - incapacidade civil absoluta; III - condenação criminal transitada em julgado, enquanto durarem seus efeitos; IV - recusa de cumprir obrigação a todos imposta ou prestação alternativa, nos termos do art. 5º, VIII; V - improbidade administrativa, nos termos do art. 37, § 4º.” (BRASIL, **Constituição (1988)**, art. 15.).

composição de órgãos de gestão pública)<sup>150</sup>. A distinção entre elas está em que “a suspensão atual no plano da eficácia; a perda, no da existência”, de modo que esta “consiste na privação definitiva” dos direitos políticos e aquela “é a privação provisória do seu exercício”<sup>151</sup>.

O dispositivo constitucional contempla, porém, uma garantia: veda-se a *cassação* dos direitos políticos, ou seja, “a privação definitiva destes direitos, por ato do poder executivo e sem observância dos princípios do contraditório e da ampla defesa”<sup>152</sup>. A cassação difere da perda de direitos políticos porque esta decorre de sentença desconstitutiva, a ser prolatada em procedimento que respeite o contraditório e a ampla defesa<sup>153</sup>.

Deve-se ainda enfatizar, na dimensão garantística, autêntica *vedação à depuração do sufrágio*, extraída da CRFB, art. 60, §4º, II. A vedação à deliberação de proposta de emenda tendente a abolir o “voto universal” (*rectius*: sufrágio universal) não se esgota como limite material ao poder constituinte derivado. Implícita, está a compreensão de que o atual estágio de inclusão política não pode sofrer qualquer retrocesso, o que interdita não apenas as tentativas de alteração direta do texto constitucional como, também, mecanismos indiretos, pelos quais se promove exclusões tão massivas quanto silenciosas, que serão tema de crítica nesta pesquisa.

Quer sejam enunciados como requisitos denominados positivos (condições de elegibilidade) ou negativos (causas de inelegibilidade, perda e suspensão de direitos políticos), os pressupostos atuam sempre rumo à redução da abrangência do direito ao sufrágio, enquanto as garantias oferecem resistência, para conservar o conteúdo e o vigor do direito. Como sustenta Néviton Guedes, as garantias devem preponderar na regulamentação legal e na hermenêutica dos direitos políticos:

qualquer restrição ao sufrágio, seja no que diga respeito à capacidade política ativa, seja no que diz respeito à capacidade política passiva, deve submeter-se ao que a teoria constitucional, contemporaneamente, designa como “limites dos limites” como

<sup>150</sup> Conforme esclarece Rodrigo López Zilio: “Conquanto divorciado topologicamente do Capítulo IV do Título II da Carta Magna, o constituinte previu o manuseio da ação popular (art. 5º, LXXIII, da CF), cuja legitimidade é do cidadão (eleitor), a proposição de projeto de lei através da iniciativa popular (art. 61, §2º, da CF) e a participação no processo de criação dos partidos políticos, cuja filiação somente pode ser efetuada por quem estiver no pleno gozo dos direitos políticos (art. 16 da LPP).”, (ZILIO, Rodrigo López, **Direito eleitoral**, 6. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2018, p. 147.).

<sup>151</sup> COSTA, Adriano Soares, **Instituições de direito eleitoral**, 10. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 97–98 passim.

<sup>152</sup> ÁVALO, Os direitos políticos e a Constituição: capacidade eleitoral ativa e passiva, p. 46.

<sup>153</sup> Apesar de alguma celeuma na literatura, considera-se que o acerto está em afirmar-se que a CRFB abriga uma única hipótese de perda de direitos políticos: o cancelamento da naturalização. Nesse sentido: COSTA, **Instituições de direito eleitoral**; ÁVALO, Os direitos políticos e a Constituição: capacidade eleitoral ativa e passiva; GOMES, José Jairo, **Direito eleitoral**, 12. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

destaque para “a garantia do conteúdo essencial do direito fundamental.”<sup>154</sup>

Por isso, mesmo na situação em que o legislador infraconstitucional pode, por autorização constitucional, atuar em matéria de direitos políticos – caso da regulamentação das condições de elegibilidade e da formalização do regime complementar de inelegibilidade – a autocontenção deve ser a diretriz. E, a se considerar o pleno influxo dos tratados e convenções internacionais em matéria de direitos humanos do qual o Brasil é signatário (CRFB, art. 5º, §§1º a 3º<sup>155</sup>), a contenção teria êxito no ponto em que o movimento restritivo depara com as *pautas mínimas* consolidadas nesses diplomas, em dinâmica assim explicada por Frederico Alvim:

[...] diversamente do que ocorre em outros setores, no que se aplica aos direitos políticos e sua formatação concreta, o direito internacional dos direitos humanos sói parar no estabelecimento de algumas ‘pautas mínimas’. [...] os países signatários de convenções relativas ao tema ficam obrigados a não editar, em seus respectivos ordenamentos internos, regras eleitorais restritivas de direitos políticos que escapem aos fundamentos nelas plasmados, os quais surgem como verdadeiros ‘limites para o desenvolvimento legislativo’ de restrições [...].<sup>156</sup>

Contudo, as normas constitucionais que preconizam a recepção dessa garantia pela ordem interna tiveram sua eficácia significativamente comprometida pela interpretação dada a elas pelo STF. No julgamento do Recurso Extraordinário n. 466.343, prevaleceu a tese da supralegalidade, ao argumento de que a equiparação a normas constitucionais afrontaria a supremacia da Constituição<sup>157</sup>. O raciocínio incorre no equívoco de adotar como premissa a já criticada noção de poder constituinte originário como agente histórico instituidor da ordem jurídica, o qual poderia se ver *aviltado* pela expansividade dos direitos fundamentais, prevista na própria Constituição.

<sup>154</sup> GUEDES, Néviton, A democracia e a restrição aos direitos políticos., *in*: FUX, Luiz; PEREIRA, Luiz Fernando Casagrande; AGRA, Walber de Moura (Orgs.), **Direito constitucional eleitoral**, Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 111–119.

<sup>155</sup> “§1º As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata. §2º Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte. §3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.” (BRASIL, **Constituição (1988)**, art. 5º.).

<sup>156</sup> ALVIM, A elegibilidade e seus impedimentos no direito comparado e nos pactos internacionais, p. 48.

<sup>157</sup> BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Recurso extraordinário 466.343, Tribunal Pleno, Relator: Ministro Cezar Peluso, Julgado em: 3 dez. 2008, **DJe**, n. 104, Publicado em: 5 jun. 2009, **RDECTRAB**, v. 17, n. 186, 2010, p. 29-165.

O *simulacro* fica mais evidente quando se observa que a norma de maior amplitude – o §2º do art. 5º da CRFB – já integrava o texto constitucional promulgado em 1988: a interpretação fornecida pelo STF não tem êxito no teste de veredicação do sentido de *supremacia constitucional*, já que aquela expansividade por meio dos tratados integra o código intradiscursivo. Em outras palavras, a reescrita do discurso constitucional informa que a supremacia *se afirma*, e, não, é negada, pela recepção progressiva de direitos e garantias fundamentais.

Ainda assim, é possível afirmar, após a LC 135/2010 haver incrementado expressivamente o regime complementar de inelegibilidade, que nem mesmo firmada tese da supralegalidade tem merecido aplicação pelo próprio STF. Afinal, em nenhuma das oportunidades nas quais instado a se pronunciar sobre a constitucionalidade daquele regime, o tribunal adotou como baliza a Convenção Americana sobre Direitos Humanos de 1969 (CADH), a despeito de sua clara dicção quanto à natureza dos pressupostos que podem ser erigidos à participação política: “exclusivamente por motivos de idade, nacionalidade, residência, idioma, instrução, capacidade civil ou mental, ou condenação, por juiz competente, em processo penal.” (CADH, art. 23, 2).

A despeito dessa atuação judicial recalcitrante, as garantias instituídas pelos tratados internacionais sobre direitos humanos ratificados pelo Brasil devem ser tidas por coconstitucionalizantes, funcionando como marco normativo de regência do processo legislativo, administrativo, judicial e eleitoral.

Essa afirmação permite apontar incongruências no texto constitucional com base no discurso constitucional democrático. O devido processo legal comparece aqui, em sua dimensão coconstitucionalizante, para comandar a realização de testes de veredicação, para fins de eliminação de erros. Tomando-se por parâmetro as garantias do art. 23 da CADH, incorporadas à normatividade jurídica em caráter fundamental (determinado por seu conteúdo), tem-se em um primeiro olhar: i) a compatibilidade dos pressupostos do sufrágio ativo; ii) a incompatibilidade da previsão de suspensão de direitos políticos dos incisos IV (recusa de cumprir obrigação a todos imposta ou prestação alternativa) e V (improbidade administrativa) do art. 15 da CRFB; iii) a severa incompatibilidade dos pressupostos do sufrágio passivo.

É preciso esclarecer desde logo que não há falha metodológica na apresentação de conjecturas crítico-problematizantes dos componentes do código intradiscursivo. Como decorre da noção de sistema dinâmico fundada na teoria do interpretante de Edward Lopes, a abertura do signo também é característica daqueles que compõem o código intradiscursivo. Não há funções estanques: a norma interpretada pode, em outra situação, operar como código

intradiscursivo, e vice-versa. O fechamento sistêmico demanda que, a cada nova interpretação do discurso constitucional, os sentidos sejam continuamente construídos, de modo contextualizado. A reescrita é contínua, permite o adensamento teórico e inibe a ideologização.

Desse modo, a hermenêutica do direito ao sufrágio ativo e passivo não pode desconsiderar que seu conteúdo é determinado em uma constante tensão, entre requisitos que reduzem sua abrangência e garantias que pressionam contra o avanço dessa redução. Para que se compreenda o alcance desses elementos como pressupostos da participação no processo eleitoral, é preciso assimilar que: i) a ampliação dos requisitos, seja por alteração legislativa, por práticas administrativas ou por interpretação judicial, acarreta necessariamente *menor* participação no processo eleitoral; ii) o prestígio às garantias, seja por alteração legislativa (inclusive incorporação de tratados de direitos humanos), por práticas administrativas ou por interpretação judicial, acarreta necessariamente *maior* participação no processo eleitoral.

### 1.2.2 *Eleições, plebiscito, referendo e iniciativa popular: procedimentos coconstitucionalizados para exercício da participação política democrática*

A partir da já referida compreensão de Rodolfo Viana Pereira de Constituição como *possibilidade do ser e do vir-a-ser de uma determinada comunidade política*, coloca-se a questão de como esta comunidade, juridificada pelo sufrágio, pode exercer a participação política de modo democrático. Subjacente a essa questão está admitir-se a possibilidade, na democracia, de contenção da “potência soberana” por força do texto constitucional, com estipulação dos modos pelos quais atuará futuramente a comunidade política em sua contínua ressignificação.

Pereira esclarece a celeuma posta pelos críticos da *democracia-constitucional*:

[...] o postulado democrático, fundado no dogma da soberania popular, seria prejudicado no contexto do constitucionalismo, dada a existência de limites impostos por esse ao livre exercício do poder soberano. [...] A mescla de ambos os princípios – constitucionalismo e democracia – implicaria, portanto, a redução do espaço democrático, já que alguns temas não poderiam ser alterados pela vontade popular, ficando excluídos do alcance do seu poder decisório. [...] o constitucionalismo seria, então, para alguns autores, essencialmente antidemocrático.<sup>158</sup>

O autor enfrenta essa *objeção contramajoritária* no desenvolvimento de sua *teoria*

---

<sup>158</sup> PEREIRA, **Direito Constitucional Democrático: controle e participação como elementos fundantes e garantidores da constitucionalidade**, p. 60–61.

*democrática do controle*, por meio da qual ressignifica a noção de controle constitucional, para além da clássica compreensão limitadora (princípio negativo), e desenvolve as noções de *controle-fundante*, para designar a função de legitimação da titulação e da formação do poder, e de *controle-garantia*, que compreende a função de correção do desempenho do poder<sup>159</sup>.

Ao justificar o *controle-fundante*, Pereira afirma que “a relação linear que a crítica ‘democrática’ estabeleceu entre regras limitadoras e afronta à vontade popular só subsiste se partimos do princípio que tal vontade é uma grandeza auto-evidente e capaz de se gerar espontaneamente”<sup>160</sup>. A institucionalização de canais estruturados para o exercício da participação política não tem, portanto, dimensão unicamente limitadora. Ao contrário: “a constitucionalidade exsurge [...] como o lugar paradigmático da possibilidade democrática”<sup>161</sup>.

Conforme se extrai da teoria democrática do controle, a autocontenção, por via da procedimentalidade constitucional, coloca a Constituição como “instituição contra-autocrática, [...] contra todo sistema que se afirme como polo antagônico à democracia [...] inclusive àquele que pode se originar da dinâmica político social de uma democracia desestruturada”<sup>162</sup>. A dimensão procedimental é significativa para essa teoria, contrapondo-se à abordagem luhmanniana que, satisfazendo-se com a lógica autopoiética, “dilui as pretensões regulatórias [...] da constituição, transformando a sociedade em uma sociedade sem centro, sem direcionamento”<sup>163</sup>.

Pereira reivindica “o comprometimento com os procedimentos democráticos”, alertando para que sejam conectados à dimensão fundante do controle, de modo a não propiciar a “reprodução de situações fáticas de exclusão contínua do acesso ao *locus* político”, mas, sim, a “densificação do momento estabilizador da democracia”<sup>164</sup>. O autor adverte que “o procedimentalismo levado às últimas consequências” torna a própria abolição do sistema uma opção procedimentalizável – “paradoxo da negação do procedimento pelo procedimento” – o que expõe de “precariedade do critério e do desígnio legitimador”<sup>165</sup>. E afirma:

[...] no espaço demarcado do discurso democrático – pois é disso que se trata, da pressuposição de um sistema político em que a legitimação do uso e do exercício do poder deve se fundar em canais e

<sup>159</sup> PEREIRA, **Direito Constitucional Democrático: controle e participação como elementos fundantes e garantidores da constitucionalidade.**

<sup>160</sup> *Ibid.*, p. 72.

<sup>161</sup> *Ibid.*, p. 73.

<sup>162</sup> *Ibid.*, p. 74.

<sup>163</sup> *Ibid.*, p. 88.

<sup>164</sup> *Ibid.*

<sup>165</sup> *Ibid.*, p. 86.



parâmetros reportáveis à vontade popular –, o controle é a categoria mais indicada para ressaltar a adequação da noção de um constitucionalismo contextualmente sensível, crítico e operacional [...]

[...]

[...] essa funcionalidade do controle evidencia a competência constitucional para fixar trilhas procedimentais que estruturam – controlem – os modos através dos quais a soberania popular será potencializada, assegurados o pluralismo e o exercício da crítica.<sup>166</sup>

Promovendo uma releitura de tal teoria democrática do controle pela teoria processual democrática, pode-se afirmar que o *controle-fundante* reivindica a procedimentalidade *processualizada*, ou seja, um “conjunto de procedimentos legais dirigido pelos institutos (princípios) coinstitucionalizante do *devido processo*”; um “direito procedimental dentro e abaixo das constituições”<sup>167</sup>. Os procedimentos, ainda que regulamentados em lei, somente se legitimam como *procedimentos coinstitucionalizados*, isto é, que se estruturam a partir do devido processo coinstitucionalizante, inscrito na Constituição. Desse modo, a principiologia do processo é também *fundacional*, porque vinculante de quaisquer estruturas adotadas para a produção de decisões públicas.

Observe-se que, com esse raciocínio, atinge-se uma compreensão bastante demarcada da procedimentalidade democrática, sistemicamente inserida. Trata-se de concepção distinta daquela de Norberto Bobbio, que se utiliza da expressão “procedimentos universais” democráticos para se referir indistintamente a alguns pressupostos da participação política, tais como a atribuição de direitos políticos a pessoas que tenham alcançado a maioria e a liberdade de formação do voto, e regras procedimentais da democracia liberal, como o voto de igual peso e a regra da maioria numérica<sup>168</sup>. Bobbio aloja tais “procedimentos universais” no âmbito de sua compreensão de “democracia como método” que, conforme o próprio autor, remete à *concepção procedimental de democracia* cuja ênfase está “nas chamadas regras do jogo, o conjunto de regras que devem servir para tomar decisões coletivas, as decisões que interessam toda a coletividade, com o máximo de consenso e o mínimo de violência”<sup>169</sup>.

A crítica a essa concepção está em seu aprisionamento em uma *intersubjetividade mítica*: “pressupõe-se o reconhecimento mútuo entre os partícipes da comunidade processual-comunicacional, de forma a ocultar que os consensos são obtidos, como observa Rosemiro

<sup>166</sup> *Ibid.*, p. 96–98 passim.

<sup>167</sup> LEAL, **Teoria geral do processo: primeiros estudos**, p. 96–97.

<sup>168</sup> BOBBIO, Norberto, **Teoría general de la política**, 3. ed. Madrid: Trotta Editorial, 2009, p. 460.

<sup>169</sup> *Ibid.*, p. 459. Tradução do original em espanhol: “[...] pone el acento sobre las llamadas reglas del juego, el conjunto de reglas que deben servir para tomar decisiones colectivas, las decisiones que interesan a toda la colectividad, con el máximo de consenso y el mínimo de violencia.”

Pereira Leal, ‘nos trâmites da política de dominação’.<sup>170</sup> No bojo da democracia procedimental, o êxito do *método democrático* se assenta na aceitação fática da decisão (pacificação), sem indagação de sua legitimidade jurídica, inclusive, quanto aos graus de violência frequentemente implícitos ao consenso. Assim, embora os elementos trazidos por Bobbio sejam relevantes, é somente quando se organizam sob a racionalidade do devido processo coinstitucional que adquirem sua dimensão fundacional, permitindo a *estruturação* de procedimentos que encaminhem decisões democráticas. Nesses termos, contrapõe-se à democracia procedimental a *democracia processual*.

O sentido de *método democrático*, pode assim ser resgatado. Deixa de referir-se à redução da democracia propriamente dita a um método dentre outros para a definição de governantes<sup>171</sup> – menos ainda a um centrado na aquisição pelo indivíduo, em uma luta por votos, do poder de decidir<sup>172</sup> – para significar “vetor estruturante da democracia, o que envolve diretamente a atenção às instituições, caminhos e procedimentos relativos ao problema da decisão política”<sup>173</sup>.

Sob esse enfoque, eleições, plebiscito e referendo e iniciativa popular se apresentam como procedimentos coinstitucionalizados (instituídos no âmbito do devido processo coinstitucionalizante) pelos quais os cidadãos (titulares de direitos políticos) exercitam o controle-fundante, produzindo decisões sobre o vir-a-ser (juridificado) da comunidade política.

---

<sup>170</sup> GRESTA, **Introdução aos fundamentos da processualidade democrática**, p. 165.

<sup>171</sup> BOBBIO, **Teoría general de la política**, p. 459.

<sup>172</sup> É este o enfoque do *elitismo democrático* de Joseph Schumpeter, teoria que, para fugir ao problema da escolha racional do eleitor, propõe a inversão da relevância entre os papéis dos eleitores e dos representantes: não mais se consideraria que o sistema democrático tem por cerne atribuir ao eleitorado o poder político mas, sim, propiciar a cidadãos preparados disputar o mercado de votos, legitimando-se por sua maior aptidão em atrair a preferência dos eleitores. Confirma-se trecho elucidativo: “[...] nossas principais dificuldades no estudo da teoria clássica centralizavam-se na afirmação de que o povo tem uma opinião definida e racional a respeito de todas as questões e que manifesta essa opinião — numa democracia — pela escolha de representantes que se encarregam de sua execução. Por conseguinte, a seleção dos representantes é secundária ao principal objetivo do sistema democrático, que consiste em atribuir ao eleitorado o poder de decidir sobre assuntos políticos. Suponhamos agora que invertemos os papéis desses dois elementos e tornamos a decisão de questões pelo eleitorado secundária à eleição de representantes, que tomarão, neste caso, as decisões. Ou, em outras palavras, diremos agora que o papel do povo é formar um governo, ou corpo intermediário, que, por seu turno, formará o executivo nacional, ou governo. Nossa definição passa então a ter o seguinte fraseado: o *método democrático* é um sistema institucional, para a tomada de decisões políticas, no qual o indivíduo adquire o poder de decidir mediante uma luta competitiva pelos votos do eleitor.” (SCHUMPETER, Joseph A., **Capitalismo, socialismo e democracia**, Rio de Janeiro: Editora Fundo de Cultura, 1961, p. 327–328.).

<sup>173</sup> PEREIRA, **Direito Constitucional Democrático: controle e participação como elementos fundantes e garantidores da constitucionalidade**, p. 103.

Dentre tais procedimentos, as *eleições* constituem um *procedimento eleitoral*, enquanto plebiscito<sup>174</sup>, referendo e iniciativa popular<sup>175</sup> são *procedimentos legislativos*. Os três procedimentos legislativos compartilham princípios, premissas e pressupostos com o procedimento eleitoral – tais como o princípio democrático, a premissa da participação política e os pressupostos do direito ao sufrágio – e, ainda, plebiscito e referendo tomam de empréstimo do procedimento eleitoral diversas técnicas – como aquelas ligadas à votação, apuração e proclamação dos resultados. Todavia, somente as eleições estão inseridas no âmbito do processo eleitoral, como procedimento do qual resulta a produção da decisão eleitoral, a saber: a formação de mandatos.

Essa distinção deve ser clara, pois coloca em evidência premissa central desta pesquisa. As decisões legislativas não se produzem sem a atuação de órgãos legislativos, ainda que integrativa à dos cidadãos. Conforme regulamentado pela Lei 9.709/1998, arts. 2º, §§1º e 2º e 13, plebiscito e iniciativa popular se colocam como etapa prévia à deliberação legislativa e o

---

<sup>174</sup> No constitucionalismo europeu, *plebiscito* e *referendo* não se distinguem simplesmente por um critério temporal, mas pelas matérias tratadas. O plebiscito abrange decisões tipicamente políticas. Mas sua utilização tem forte viés carismático: o recurso ao plebiscito se consagra, historicamente, como estratégia para conferir legitimidade a decisões já tomadas, quando, concretamente, resta pouco a decidir, já que os cidadãos são chamados a optar entre “o conhecido e o vazio da opinião pública”. Por essa característica, foi varrido das constituições europeias. Conforme explica Enrique Arnaldo Alcubilla, : “[...] el plebiscito es la consulta al cuerpo electoral sobre un acto o decisión de naturaleza política, en el genuino sentido del término, mientras que el referéndum se reserva para el pronunciamiento sobre el acto normativo [...]. Se dice, en fin, que en el plebiscito domina el elemento ‘decisionista’ mientras que en el referéndum lo hace el elemento ‘racionalista’. El plebiscito está, en tales términos, desvalorizado como forma de democracia directa en cuanto la manipulación o conducción es dominante. [...] los plebiscitos únicamente valen para consagrar hechos consumados; en los plebiscitos la respuesta resulta siempre forzada porque la alternativa entre lo conocido y el vacío de la opinión pública se inclina por la realidad establecida de antemano en cuanto sería mayor el peligro de un salto en las tinieblas.” (ARNALDO ALCUBILLA, Enrique, Plebiscito, *in*: ALCUBILLA, Enrique Arnaldo; GARCÍA-CAMPERO, Manuel Delgado-Iribarren (Orgs.), **Diccionario electoral**, Madrid: El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados (La Ley), 2009, p. 382–384.)

<sup>175</sup> Apesar da previsão constitucional e da regulamentação legal da iniciativa popular, não há, no Brasil, ao contrário do que se alardeia, qualquer lei produzida no procedimento da iniciativa popular. Conforme explica Diogo Rais, a experiência concreta é de uma *iniciativa popular à brasileira*: as quatro leis aprovadas desde 1988 cujo trâmite se deu inicialmente pelo procedimento da iniciativa popular (Leis 8.930/94, 9.840/99 e 11.124/2005 e LC 135/2010) foram, em algum momento, “adotadas” por parlamentares ou pelo Poder Executivo e passaram a seguir o procedimento legislativo comum ou especial conforme o caso (lei ordinária ou complementar), ao argumento da grande dificuldade de conferência das assinaturas. (RAIS, Diogo, Iniciativa popular à brasileira, **Revista científica virtual da Escola Superior de Advocacia da OAB-SP**, n. 14, p. 98–107, 2013.). Pode-se observar que tal *iniciativa popular à brasileira* reproduz o apelo populista dos *plebiscitos carismáticos* a que se refere Arnaldo Alcubilla: uma vez abandonado o procedimento da iniciativa popular, abre-se a possibilidade de desconfiguração do projeto de lei, por ampliação da matéria e alterações substanciais, sem que se abdique do manejo ideológico da alegada gênese democrática do projeto. A LC 135/2010, Lei da Ficha Limpa, é exemplo contundente dessa dinâmica de *legitimação*.

referendo como etapa posterior a esta<sup>176</sup>. De modo diverso, a decisão eleitoral se produz exclusivamente pela atuação dos cidadãos, como será pormenorizado nas subseções seguintes.

### 1.2.3 *Voto: elemento caracterizador da decisão eleitoral como decisão de órgão colegiado (eleitorado)*

Nas subseções precedentes, situou-se o sufrágio em dimensão processual, uma vez que seus requisitos constituem pressupostos da participação no processo eleitoral, e argumentou-se que as eleições constituem procedimento eleitoral coinstitucionalizado, no qual se exercita aquela participação. Nesta seção, esclarece-se que, no código intradiscursivo que confere suporte à inserção sistêmica do *processo eleitoral* na CRFB, o sentido do *voto* não equivale a seu uso metonímico segundo o qual acaba por designar o sufrágio ativo.

Como observa Aragón Reyes, o voto, em si, não é uma exigência da democracia, mas, sim, da colegialidade. Nas palavras do autor, “a existência do direito de voto é necessária ali onde uma decisão há de ser adotada por um órgão ou entidade composto por uma pluralidade de pessoas”, ainda que se trate de instituições bem distantes do que se poderia designar por democráticas<sup>177</sup>.

A previsão do voto contrapõe-se ao “poder unipessoal” de decidir<sup>178</sup>. Nas palavras de Lewis Kornhauser e Lawrence Sager, o “empreendimento colegiado envolve uma alteração no órgão performativo, do indivíduo para o grupo”<sup>179</sup>. A decisão colegiada é um ato composto,

<sup>176</sup> “Art. 2º. Plebiscito e referendo são consultas formuladas ao povo para que delibere sobre matéria de acentuada relevância, de natureza constitucional, legislativa ou administrativa. § 1º O plebiscito é convocado com anterioridade a ato legislativo ou administrativo, cabendo ao povo, pelo voto, aprovar ou denegar o que lhe tenha sido submetido. § 2º O referendo é convocado com posterioridade a ato legislativo ou administrativo, cumprindo ao povo a respectiva ratificação ou rejeição. [...] Art. 13. A iniciativa popular consiste na apresentação de projeto de lei à Câmara dos Deputados, subscrito por, no mínimo, um por cento do eleitorado nacional, distribuído pelo menos por cinco Estados, com não menos de três décimos por cento dos eleitores de cada um deles.” (BRASIL. Lei 9.709, de 18 de novembro de 1998. Regulamenta a execução do disposto nos incisos I, II e III do art. 14 da Constituição Federal. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L9709.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9709.htm). Acesso em: 14 jul. 2018.).

<sup>177</sup> ARAGÓN REYES, Democracia y representación: dimensiones subjetiva y objetiva del derecho de sufragio, p. 40. Tradução do original em espanhol: “La existencia del derecho de voto es necesaria allí donde una decisión ha de ser adoptada por un órgano o entidad compuestos por una pluralidad de personas, ya sea el viejo Senado romano, la antigua Dieta Imperial alemana o el Colegio Cardenalicio, por poner ejemplos bien alejados de la democracia.”

<sup>178</sup> *Ibid.*

<sup>179</sup> KORNHAUSER, Lewis A; SAGER, Lawrence G, The one and the many: adjudication in collegial courts, **California Law Review**, v. 81, n. 1, p. 1–59, 1993, p. 5. Tradução do original em inglês: “[...] collegial enterprise involves a shift in the agency of performance from the individual to the group.”

pois, performado pelo grupo, o é por meio dos votos individualmente manifestados. O voto é, portanto, a manifestação individual do membro do colegiado, com a qual contribui para compor a decisão final.

Porém, o caráter composto do ato performativo não esgota o significado da colegialidade. Conforme tipologia quadripartite de *empreendimentos coletivos* apresentada por Kornhauser e Sager, é também elementar à colegialidade que a votação seja precedida de alguma deliberação prévia. Nas palavras dos autores, a “colaboração e deliberação são traços característicos do empreendimento colegiado, cujo objetivo frequentemente mira além da precisão, para outros indicadores de qualidade”<sup>180</sup>.

Há um contraste significativo com os demais tipos de empreendimento coletivo, pois: i) no tipo *distribuído*, o resultado final é predefinido, como pintar uma casa ou montar automóveis numa linha de produção, de modo que o esforço coletivo objetiva obtê-lo o mais rapidamente ou em maior quantidade; ii) no tipo *time*, a performance é o resultado único de ações coordenadas entre os membros do grupo, mas o objetivo comum é também predefinido, como vencer um jogo ou executar uma peça musical; iii) no tipo *redundante* não há colaboração, mas repetição de um mesmo ato por mais de uma pessoa, com função de checagem, definido o resultado a partir de critérios prévios, como o corte da menor e da maior nota em uma competição de ginástica.<sup>181</sup>

O comparativo demonstra que somente na colegialidade tem-se, para além de um esforço coletivo, um *modo de decidir coletivamente*. Isso porque nos tipos *distribuído* e *time* o resultado é um dado pré-definido – uma tarefa ou desafio –, enquanto no tipo *redundante*,

---

<sup>180</sup> *Ibid.*, p. 4. Tradução do original em inglês: “Collaboration and deliberation are the trademarks of collegial enterprise, and the objective of collegial enterprise often reaches beyond accuracy to other measures of quality.”

<sup>181</sup> Vale a transcrição de trechos da exposição de Kornhauser e Sager: “When some number of people join together in a coordinated effort to a common end, we can describe their effort abstractly as a collective enterprise. [...] In *distributed* enterprises, though individuals act in isolation, the prior structuring of their tasks assures the necessary coordination of effort. [...] Distributing the burden multiplies the performance, but the performance is essentially more of the same thing. [...] *Team* enterprises, by contrast, require members to coordinate their actions during the performance. Each participant must consider (and respond to) others in the group as she herself performs. [...] In team enterprises, the performance itself is redefined in a way that values the interaction of the team members intrinsically [...]. *Redundant* and *collegial* enterprises do not aim either to amplify performance as do distributed enterprises, or to reshape performance as do team enterprises. Instead, they aim to produce performances that could in principle represent the unenhanced effort of a single person, but to bring that performance closer to the ideal. [...] *Redundant* enterprises rely on an external structure of multiple independent efforts. Redundant enterprises are characterized by the independence of the actors who join in them. Mechanical process and rule, not collaboration, link the performances of the separate actors.” (*Ibid.*, p. 4–5.)

embora o resultado seja pós-definido, decorre este da sobreposição de decisões individuais, formadas preferencialmente ante a incomunicabilidade dos decisores. A nenhum desses tipos se amolda o *voto*, seja porque não há, efetivamente, decisão a ser tomada; seja porque o que há são decisões individuais conjugadas e, não, formação de um único ato decisório composto.

No tipo *colegiado* o resultado é pós-definido e a decisão demanda um procedimento deliberativo prévio, que possibilite a interlocução entre os membros do grupo e encaminhe a decisão única. Na síntese de Conrado Hübner Mendes, a colegialidade “pode ser decomposta em [...] um certo nível de respeito, um compromisso com a argumentação e a cooperação e uma disposição para empenhar-se por uma decisão supraindividual”<sup>182</sup>. É, portanto, adstrito a uma decisão *colegiada* que se concebe o ato do *voto*, como componente manifestado individualmente, mas que é duplamente conectado aos demais membros do grupo: pela interlocução prévia e pelo resultado enfim produzido.

Em dimensão procedimental, o *voto* é a manifestação da posição dos membros de um órgão colegiado a respeito da questão a ser decidida. O raciocínio se aplica tanto a órgãos judiciais – âmbito no qual é usualmente abordada a relação entre voto e colegialidade – quanto a quaisquer outros órgãos colegiados – no que aqui importa, o *órgão colegiado eleitoral*.

A composição desse órgão é definida com base nos pressupostos do sufrágio ativo, que franqueiam a participação no processo eleitoral. Mas o modo de exercício da competência decisória é informado não pelo direito ao sufrágio, mas pelo regramento do voto. A partir das características que a CRFB, em seus arts. 14, *caput* e §1º<sup>183</sup> e 60, §4º, II<sup>184</sup> atribui ao voto é possível apreender os contornos da *colegialidade* projetada para o processo eleitoral.

---

<sup>182</sup> MENDES, Conrado Hübner, **Constitutional courts and deliberative democracy**, Oxford: Oxford University Press, 2013, p. 129. Tradução do original em inglês: “Collegiality [...] could be decomposed into [...] a certain level of respect, a commitment to argue and to cooperate, and a disposition to strive for a supra-individual decision.”

<sup>183</sup> “A soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos [...]. § 1º O alistamento eleitoral e o voto são: I - obrigatórios para os maiores de dezoito anos; II - facultativos para: a) os analfabetos; b) os maiores de setenta anos; c) os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos.” (BRASIL, **Constituição (1988)**, art. 14, *caput*.)

<sup>184</sup> “Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: [...] II - o voto direto, secreto, universal e periódico;” (BRASIL, **Constituição (1988)**, art. 60, § 4º.)

### 1.2.3.1. Voto direto

Tem-se o voto direto “quando os eleitores nomeiam, sem participação de intermediários de classe alguma, os representantes que ocuparão os cargos públicos objeto de eleição”<sup>185</sup>. Opõe-se ao voto indireto, no qual “existe a interposição de uma (ou mais) categoria(s) de eleitor(es) entre o corpo eleitoral e a designação dos representantes públicos”, de modo que a formação dos mandatos eletivos fica incumbida a “eleitores de segundo (terceiro, quarto) grau(s) ou delegados [...] eleitos pelos cidadãos”<sup>186</sup>.

A adoção do voto direto indica que o órgão colegiado eleitoral, no Brasil, é o *eleitorado*, integrado, em igual nível, por todos os cidadãos que atendam aos pressupostos do sufrágio ativo. Infere-se daí uma regra de competência constitucional segundo a qual a produção da decisão no procedimento eleitoral incumbe a este *colégio uno de eleitores*.

A vedação a emenda constitucional tendente a abolir o voto direto, trazida no CRFB, art. 60, §4º, II, descarta qualquer possibilidade de fracionamento do procedimento eleitoral que implique a constrição da competência do eleitorado. Não há ensejo, portanto, para a adoção do voto indireto, com sua “série de colégios que se sobrepõem, alijando cada vez mais a decisão do corpo eleitoral”<sup>187</sup>.

Há uma relação entre voto indireto e sufrágio restringido, apontada por Arnaldo Alcubilla: “em virtude das sucessivas destilações ou filtragens se produz uma alteração progressiva da vontade dos eleitores, razão pela qual [...] o sufrágio indireto é um meio para introduzir um elemento censitário no sufrágio universal”<sup>188</sup>, não se descartando, outrossim, que nos sistemas de sufrágio restringido o voto indireto reforça a hierarquização entre cidadãos.

Essa dinâmica se fez presente no Brasil e contribuiu para o enraizamento do *coronelismo*, por reproduzir, na esfera eleitoral, a pirâmide socioeconômica de um país agrário, no qual a propriedade da terra era o principal fator estruturante das relações de poder

---

<sup>185</sup> PAIVA, Maria Arair Pinto, **Direito político do sufrágio no Brasil (1822-1982)**, Brasília: Thesaurus Editora, 1985, p. 54.

<sup>186</sup> *Ibid.*

<sup>187</sup> ARNALDO ALCUBILLA, Enrique, Sufragio indirecto, *in*: ARNALDO ALCUBILLA, Enrique; GARCÍA-CAMPERO, Manuel Delgado-Iribarren (Orgs.), **Diccionario electoral**, Madrid: El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados (La Ley), 2009, p. 472–473. Tradução do original em espanhol extraída do trecho: “En este modelo de pirámide se constituye mediante una serie de colegios que se superponen, alejando cada vez más la decisión del cuerpo electoral”.

<sup>188</sup> *Ibid.*, p. 472. Tradução do original em espanhol: “em virtud de las sucesivas destilaciones o filtraciones se produce una progresiva alteración de la voluntad de los electores, razón pela cual [...] el sufragio indirecto es un medio para introducir un elemento censitario em el sufragio universal”.

privadas<sup>189</sup>. O voto indireto vigorou até o final do Império, quando a Lei Saraiva (Lei 3.029/1881) introduziu no sistema o voto direto<sup>190</sup>. Esta alteração, porém, foi imediatamente compensada com outros critérios restritivos, como o aumento da renda exigida como pressuposto do sufrágio censitário<sup>191</sup> e a exigência de que o próprio eleitor preenchesse a cédula com o nome de seu candidato – o que redundou, na exclusão indireta da possibilidade de voto pelos analfabetos<sup>192</sup>. Desse modo, ao mesmo tempo em que unificado o órgão eleitoral colegiado, dificultou-se o acesso a este<sup>193</sup>.

Quando o sufrágio censitário foi expressamente extirpado pela Constituição republicana de 1891, em contrapartida se introduziu a inalistabilidade dos *mendigos*<sup>194</sup>, requisito de inegável viés censitário<sup>195</sup>. Considerando-se que estavam excluídos ainda as mulheres, os praças e parte dos religiosos, “a extinção do critério censitário não significou uma ampliação do eleitoral, e sim um aumento do número de marginalizados”<sup>196</sup>. Não satisfeitos, movimentos reformistas reivindicavam o retorno de institutos anteriores, dentre os quais o voto indireto<sup>197</sup>.

---

<sup>189</sup> O estudo mais célebre, no Brasil, sobre a temática, encontra-se em: LEAL, Victor Nunes, **Coronelismo, enxada e voto: o município e o regime representativo no Brasil**, 7. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2012.

<sup>190</sup> Detalha Maria Paiva: “o votante (agora eleitor) elegia os deputados (gerais e provinciais) e os senadores (lista tríplice)”. (PAIVA, **Direito político do sufrágio no Brasil (1822-1982)**, p. 126.).

<sup>191</sup> Segundo Victor Nunes Leal, “reduzindo o sufrágio a um só grau, a lei no 3.029, de 9 de janeiro de 1881, baseada em projeto de Rui Barbosa, exigiu renda anual mínima de 200\$000 como requisito para inclusão no alistamento, de onde também lhe adveio a denominação de Lei do Censo.” (LEAL, **Coronelismo, enxada e voto: o município e o regime representativo no Brasil**, p. 112.)

<sup>192</sup> SALGADO, Eneida Desiree, **Reforma política**, São Paulo: Contracorrente, 2018, p. 4.

<sup>193</sup> Conforme aponta Eneida Desiree Salgado, o impacto restritivo foi brutal: “Impulsionada pelo Imperador, a reforma também excluiu o voto dos analfabetos, o que implicou uma drástica redução do eleitorado: a proporção dos cidadãos alistados como eleitores caiu de 10% da população para 1,25% - cerca de 150 mil eleitores em uma população com mais de 12 milhões de pessoas”. (*Ibid.*)

<sup>194</sup> “Art. 70. São eleitores os cidadãos maiores de 21 anos que se alistarem na forma da lei. § 1º. Não podem alistar-se eleitores para as eleições federais ou para as dos Estados: 1º) os mendigos;” (BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil (1891)**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao91.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm)>. Acesso em: 15 jul. 2018.).

<sup>195</sup> No mesmo sentido, observa Maria Paiva: “Se, por um lado, a Constituição de 1891 não cuidou estatuir o sufrágio censitário, com base na renda líquida anual do cidadão, por outro, vetou a participação política aos mendigos [...]. Esta restrição pode ser considerada como um resquício do sufrágio censitário imperial.” (PAIVA, **Direito político do sufrágio no Brasil (1822-1982)**, p. 64.)

<sup>196</sup> SADEK, Maria Tereza, **A Justiça eleitoral e a consolidação da democracia no Brasil**, Rio de Janeiro: Centro Edelstein de Pesquisas Sociais, 1995, p. 22.

<sup>197</sup> Como relata Desiree Salgado: “Algumas propostas de reforma que surgiram queriam o retorno de instituições afastadas por reformas anteriores (e isso se repete muitas vezes na história política nacional, principalmente no tocante ao sistema eleitoral). Ao defender uma revisão constitucional em 1929, Augusto Cesar propunha a volta da eleição indireta, o fim do direito de voto para todos (que ainda não eram todos, pois os analfabetos e as mulheres estavam fora do eleitorado) e o voto facultativo, em que o eleitor decide se vai votar ou não.” (SALGADO, **Reforma política**, p. 5.)



O voto indireto voltou a vigorar durante o período da ditadura militar, imediatamente com o golpe de 1964, para o cargo de Presidente da República e, como reação à vitória da oposição nos estados nas eleições de 1974, também para governadores e para 1/3 dos senadores, a partir do Pacote de Abril de 1977<sup>198</sup>. Durante a redemocratização, o movimento “Diretas Já” se mobilizou em torno da “Emenda Dante de Oliveira” (PEC 5/1983), mas, a despeito da forte pressão popular, o projeto foi rejeitado em 25/04/1984<sup>199</sup>. O voto direto somente se consolida como norma fundamental e intangível com o advento da CRFB.

Esse histórico corrobora a afirmação de Fábio Konder Comparato, que identifica como “magno problema político brasileiro [...] a tentativa absurda de fazer funcionar uma democracia sem povo”<sup>200</sup>. A normatividade constitucional, porém, instaura um novo paradigma, jurídico-democrático, a partir do qual devem ser construídas as práticas políticas.

Desse modo, a previsão do voto direto assinala o protagonismo dos cidadãos no procedimento eleitoral, como membros autoinvestidos do órgão colegiado competente para formar os mandatos eletivos. Reflexamente, coloca-se como função dos órgãos estatais preservar essa competência, implementando, no que lhes cabe, condições favoráveis ao exercício desembaraçado dessa competência.

### 1.2.3.2. Voto secreto

A opção pelo voto secreto resguarda a liberdade de consciência dos membros do eleitorado, aos quais não se exige que identifiquem o conteúdo do voto, nem que declinem seus fundamentos. O conteúdo dos votos, globalmente considerados<sup>201</sup>, somente é aferido no

---

<sup>198</sup> *Ibid.*, p. 6. Menciona-se que nas capitais dos Estados, por força do Ato Institucional n. 3, e em Municípios considerados sensíveis para a segurança nacional, conforme Lei 5.449/1968, os prefeitos eram nomeados pelo Governador, em ato sujeito a aprovação do Presidente. Logo, esses cargos estavam simplesmente fora do âmbito da decisão eleitoral de formação de mandatos eletivos, sendo ocupados em decorrência de mera decisão administrativa.

<sup>199</sup> SENADO FEDERAL. **Proposta de Emenda à Constituição n. 5, de 1983**. Dispõe sobre a eleição direta para Presidente e Vice-Presidente da República. Atividade legislativa. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/18035>. Acesso em: 18 jul. 2018.

<sup>200</sup> COMPARATO, Fábio Konder, Sentido e alcance do processo eleitoral no regime democrático, **Estudos avançados**, v. 14, n. 38, p. 307–320, 2000, p. 315.

<sup>201</sup> Deve-se destacar que a possibilidade de aferição individualizada do conteúdo dos votos, prevista no art. 59-A da Lei 9.504/97, inserido pela Lei 13.165/2015, foi suspensa por medida cautelar concedida pelo Tribunal Pleno do STF, no bojo da ADI 5889/DF, em 6/6/2018. Segundo o Ministro Alexandre de Moraes, que conduziu a maioria decisora (vencido o Relator, Ministro Gilmar Mendes, e o Ministro Dias Toffoli), o registro impresso do voto “coloca em risco o sigilo da votação, e ao colocar em risco o sigilo, estamos colocando em risco a outra característica, o voto secreto, universal e livre”. (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, Liminar suspende regra da minirreforma eleitoral que prevê voto impresso,

momento da apuração. Já os fundamentos, que correspondem à valoração das alternativas “com base em características que são percebidas pelo indivíduo”<sup>202</sup>, seguem reservados à esfera pessoal do eleitor.

Decorre do voto secreto uma conformação própria da ideia de *autenticidade eleitoral*, que a impede de ser tomada de forma densa: “não há como mensurar os interesses dos cidadãos no momento de formação e manifestação do voto” e também “não se trata de investigar o significado do voto, se é opção política de assentimento a determinado programa partidário [...]”<sup>203</sup>.

A noção de autenticidade eleitoral aplicável é outra: a de neutralização, no momento em que o voto é performado, da influência de fatores anômalos – tais como coação, barganha e mesmo pressão familiar e social – eventualmente verificados na fase deliberativa da campanha eleitoral. Nesse sentido, afirma Maria Paiva que a proteção ao segredo do voto “livra o cidadão de possíveis represálias, pressões ou coações, proporcionando uma manifestação da vontade individual mais livre e independente”<sup>204</sup>.

Considere-se, por exemplo, o cenário, minuciosamente descrito por Paiva, das eleições de deputados brasileiros para as Cortes portuguesas, reguladas pelo Decreto de 7 de março de 1821: as votações ocorriam dentro dos templos católicos, o procedimento eleitoral era fracionado em 4 graus (para compromissário, eleitor da paróquia, eleitor da comarca e, finalmente, deputado) e tinha por atos integrantes a celebração de cerimônias religiosas (missa e *Te Deum*), após as quais o *voteante* proferia, em regra, voto *descoberto*<sup>205</sup>. Dificilmente se pode considerar que o voto, especialmente no órgão colegiado de 1º grau, resultasse de definição pessoal do eleitor quanto aos critérios que deveriam preponderar no momento da escolha.

---

**Notícias STF, 6 jun. 2018, Disponível em:** <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=380571>, Acesso em: 6 jan. 2019.). Na data desta consulta, o acórdão ainda não havia sido publicado.

<sup>202</sup> PEREIRA, Frederico Batista, O voto econômico no Brasil, *in*: BONIFÁCIO, Robert; CASALECCHI, Gabriel; DEUS, Cleber de (Orgs.), **O voto para presidente no Brasil (1989 a 2010): condicionantes e fatores explicativos**, Curitiba: Ithala, 2014, p. 128. O autor conceitua o voto como uma *escolha discreta*, “na medida em que os(as) candidatos(as) ou partidos entre os quais o(a) eleitor(a) deve escolher definem o conjunto de sua escolha”, cabendo ao indivíduo “atribuir valores a cada alternativa”. (*Ibid.*)

<sup>203</sup> SALGADO, Eneida Desiree, **Princípios constitucionais eleitorais**, 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2015, p. 30–31.

<sup>204</sup> PAIVA, **Direito político do sufrágio no Brasil (1822-1982)**, p. 54.

<sup>205</sup> *Ibid.*, p. 122–123.

Com o voto secreto, cria-se a possibilidade de o eleitor efetuar essa definição *pessoal* de critérios preponderantes, por meio de retenção, descarte e escalonamento voluntários dos argumentos aventados na fase deliberativa do procedimento eleitoral – ou seja, durante a campanha eleitoral. Franqueia-se ao eleitor até mesmo a consciente definição de critérios em sentido contrário a seu comportamento na fase deliberativa, o que, nos órgãos colegiados em que há voto aberto e dever de fundamentação, como nos tribunais, invalida a decisão. A diferença se justifica dado o modo como se legitima democraticamente uma e outra decisão: a judicial assenta sua legitimidade no controle argumentativo; a eleitoral, na autodeterminação dos cidadãos que integram a comunidade jurídica.

Não se deve inferir do voto secreto a conclusão de que as eleições constituem procedimento coletivo do tipo *redundante*. Como é próprio dos procedimentos *colegiados*, a fase de deliberação é indispensável para o tipo de legitimidade que se almeja para a decisão eleitoral. A qualidade dessa decisão se apoia fortemente no grau de liberdade de expressão política experimentado durante essa fase de deliberação – a campanha eleitoral – o que, aliás, desperta estudiosos para a crítica contundente à intensificação do controle da propaganda eleitoral. Impensável seria, em contexto democrático, adotar a premissa de que, tal como se passa entre pareceristas, peritos ou jurados de uma competição, a incomunicabilidade entre os eleitores incrementa a qualidade da decisão.

Vale dizer: o voto secreto não é estabelecido para impedir a influência da manifestação individual sobre o grupo, mas, sim, para permitir ao indivíduo fixar o grau de influência do grupo que quer assimilar.

### 1.2.3.3. Voto igual

Estabelece a CRFB o “voto de igual valor para todos”. Significa dizer que se confere o mesmo peso decisório à manifestação de todos os membros do eleitorado. Segundo Presno Linera, a igualdade do voto “tem relação direta com o pluralismo político, que se define com a garantia da existência de distintas maneiras de entender a organização do poder dentro da sociedade e a atribuição a todas elas de similares possibilidades de realização prática”<sup>206</sup>.

---

<sup>206</sup> PRESNO LINERA, Miguel Ángel, **El derecho de voto: un derecho político fundamental**, Mexico: Editorial Porrúa, 2012, p. 89. Tradução do original em espanhol extraída do trecho: “La igualdad significa en esta materia que debe atribuirse el mismo valor a todos los votos emitidos, como consecuencia del idéntico relieve de todas las opiniones, lo que a su vez tiene relación con el pluralismo político, que se define como la garantía de la existencia de distintas maneras de entender la organización

No sistema de voto *desigual*, alguns cidadãos, por características pessoais, são contemplados com votos suplementares. Cria-se “uma classe de privilegiados, ao admitir que indivíduos, por motivo de formação intelectual mais elevada (*voto de capacidade*) ou por serem do sexo masculino e chefes de família (*voto familiar*), possam dar mais de um voto em uma eleição”<sup>207</sup>.

Eufemisticamente chamado de *reforçado*<sup>208</sup>, esse sistema foi defendido por John Stuart Mill no contexto da expansão do sufrágio. Segundo sustentava, definir que *todos poderiam votar* não significava concluir que todos os votos deveriam ter o mesmo peso<sup>209</sup>: a superior “capacidade mental do indivíduo”, provada por um grau universitário ou pelo exercício exitoso de uma profissão liberal, fazia com que sua opinião tivesse “maior valor”<sup>210</sup>.

O próprio Stuart Mill reconhecia que, na prática, essa melhor formação intelectual era privilégio das classes abastadas<sup>211</sup>. Porém, sustentando o direito abstrato de pessoas pobres provarem que fazem jus ao privilégio do voto suplementar, não via problemas em que, a cada reforma que reduzisse a renda exigível para o voto censitário, fosse em contrapartida estabelecido um critério de concessão de voto suplementar vinculado à educação superior<sup>212</sup>. A adoção do voto *desigual* lhe parecia a única forma de contrabalancear a vantagem numérica da classe menos educada, já que o sufrágio universal *com voto igual* lhe parecia temerário<sup>213</sup>.

---

del poder dentro de la sociedad y la atribución a todas ellas de similares posibilidades de realización práctica.”

<sup>207</sup> PAIVA, **Direito político do sufrágio no Brasil (1822-1982)**, p. 55.

<sup>208</sup> PRESNO LINERA, **El derecho de voto: un derecho político fundamental**, p. 89.

<sup>209</sup> Nas exatas palavras do autor: “But though every one ought to have a voice – that every one should have an equal voice is a totally different proposition. [...]. Entire exclusion from a voice in the common concerns is one thing: the concession to others of a more potential voice, on the ground of greater capacity for the management of the joint interests, is another.” (MILL, John Stuart, **Representative Government**, Kitchener: Batoche Books, 2001, p. 109–110 passim.).

<sup>210</sup> *Ibid.*, p. 110.

<sup>211</sup> *Ibid.*, p. 112.

<sup>212</sup> *Ibid.*, p. 112–113.

<sup>213</sup> “Plural voting, though practiced in vestry elections and those of poor-law guardians, is so unfamiliar in elections to Parliament that it is not likely to be soon or willingly adopted: but as the time will certainly arrive when the only choice will be between this and equal universal suffrage, whoever does not desire the last, cannot too soon begin to reconcile himself to the former. [...] Until there shall have been devised, and until opinion is willing to accept, some mode of plural voting which may assign to education, as such, the degree of superior influence due to it, and sufficient as a counterpoise to the numerical weight of the least educated class; for so long the benefits of completely universal suffrage cannot be obtained with-out bringing with them, as it appears to me, a chance of more than equivalent evils.” (*Ibid.*, p. 112–113 passim.).

O voto desigual pode ser instituído de duas maneiras: atribuir votos suplementares a um eleitor em uma mesma eleição ou permitir àquele participar, simultaneamente, de mais de uma eleição. No primeiro caso, tem-se o *voto plural*. Um sistema assim vigorou na Bélgica na virada do século XIX, quando homens casados ou viúvos que pagavam impostos mais altos tinham, de partida, mais do que um voto<sup>214</sup>. No segundo, tem-se o *voto múltiplo*. Foi adotado na Irlanda do Norte, até 1968, em favor de eleitores britânicos que fossem universitários, proprietários de imóveis ou comerciantes, desde que essas atividades fossem conduzidas em circunscrição distinta da de residência<sup>215</sup>.

Mas a igualdade no cômputo do voto não significa a igualdade no êxito do voto. Esta é variável conforme regras do sistema eleitoral adotado. Por exemplo, em uma eleição proporcional, candidatos mais votados (e, portanto, preferidos por maior número de pessoas) podem não se eleger, em função das regras destinadas a possibilitar a representação de minorias. A igualdade está, portanto, em estabelecer-se que nenhum membro do eleitorado seja *a priori* detentor de voto de maior peso que outro<sup>216</sup>.

O voto igual, portanto, comanda que cada membro do eleitorado contribua na mesma proporção para a formação da decisão colegiada que resulte de um determinado procedimento eleitoral.

Há, contudo, uma questão que desafia a implementação dessa diretriz.

A CRFB, em seu art. 45, *caput* e §1º, estabeleceu que as vagas da Câmara do Deputados devem ser distribuídas proporcionalmente à população dos Estados e do Distrito Federal, circunscrições onde são disputados os cargos de deputado federal, mas, ao mesmo tempo, estabeleceu número mínimo (8) e máximo (70) de cargos por circunscrição<sup>217</sup>.

---

<sup>214</sup>BARTOLINI, Stefano, Franchise expansion, *in*: ROSE, Richard (Org.), **International encyclopedia of elections**, London: Macmillan, 2000, p. 128.

<sup>215</sup> PRESNO LINERA, **El derecho de voto: un derecho político fundamental**, p. 91.

<sup>216</sup> Nesse sentido: “Equality means that each voter has his vote weighed in the same way, i. e., each vote counts the same. (count value). This count value has to be distinguished from the success a voter may have in contributing effectively to the election of a person or a party (success value), which can vary due to electoral systems and voting behavior.” (NOHLEN, Dieter; STÖVER, Philip, Elections in Europe, *in*: NOHLEN, Dieter; STÖVER, Philip (Orgs.), **Elections in Europe: a data handbook**, Baden-Baden: Nomos, 2010, p. 10., p. 10.).

<sup>217</sup> “Art. 45. A Câmara dos Deputados compõe-se de representantes do povo, eleitos, pelo sistema proporcional, em cada estado, em cada território e no Distrito Federal. § 1º O número total de deputados, bem como a representação por estado e pelo Distrito Federal, será estabelecido por lei complementar, proporcionalmente à população, procedendo-se aos ajustes necessários, no ano anterior às eleições, para que nenhuma daquelas unidades da Federação tenha menos de oito ou mais de setenta deputados.” (BRASIL, **Constituição (1988)**, art. 45, *caput* e §1º.).

A primeira parte da disposição constitucional é compatível com a projeção do voto igual num plano supraindividual: almeja-se conter não a desigualdade que privilegia um indivíduo entre os demais (voto plural ou múltiplo), mas, sim, que privilegia uma coletividade entre as demais. Essa desigualdade se verifica quando, na composição da casa legislativa, há discrepância, entre as circunscrições, na relação representantes/representados.

Como esclarece Dieter Nohlen, “para que a igualdade quantitativa dos votos seja garantida, deve-se tomar cuidado na distribuição das circunscrições eleitorais, a fim de alcançar, por exemplo, uma relação equitativa entre a população (ou o eleitorado) e o número de deputados a serem eleitos de acordo com a proporção nacional (chave de representação).”<sup>218</sup> Uma vez que no Brasil as circunscrições da eleição para a Câmara dos Deputados coincide com a divisão político-administrativa (território dos Estados e do Distrito Federal), abarcando portanto populações variáveis, a igualdade do voto passa a depender da *magnitude*, isto é, do “número de assentos que se adjudicam na circunscrição”<sup>219</sup>.

Ocorre que, havendo piso e teto pré-estabelecidos para a magnitude das circunscrições para deputado federal, já não é possível que os votos dos eleitores brasileiros tenham igual peso na eleição para a Câmara dos Deputados. Mesmo se a relação representantes/representados calculada na circunscrição menos populosa (8/número de habitantes) fosse tomada como chave de representação, a observância do teto de 70 deputados não permitiria atribuir a todas as demais circunscrições tantos assentos quantos fossem necessários para manter constante a relação. Já se a chave de representação fosse dada pela circunscrição mais populosa (70/número de habitantes), o piso de 8 impediria sua aplicação a partir de um certo ponto. Em qualquer caso, nas circunscrições menos populosas, o voto do eleitor teria maior peso que nas circunscrições mais populosas.

Diante da inércia do Congresso Nacional em legislar a respeito, deputados paulistas impetraram o Mandado de Injunção 219<sup>220</sup>, a fim de que fosse imediatamente implementada a norma que, na prática, garantia ao Estado de São Paulo, o mais populoso do Brasil, passar de

---

<sup>218</sup> NOHLEN, Dieter, **Sistemas electorales y partidos políticos**, 3. ed. Mexico: FCE, 2004, p. 23. Tradução do original em espanhol: “[...] para que la igualdad cuantitativa de los votos permanezca garantida, se debe tener cuidado en la distribución de las circunscripciones electorales con el fin de lograr, por ejemplo, una relación igual entre la población (o el electorado) y el número de diputados que se den elegir de acuerdo con la proporción nacional (clave de representación).”

<sup>219</sup> NOHLEN, Dieter, **Gramática de los sistemas electorales: una introducción a la ingeniería de la representación**, Madrid: Tecnos, 2015, p. 23.

<sup>220</sup> BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Mandado de Injunção 219/DF, Relator: Ministro Octavio Gallotti, Julgado em: 22 ago. 1990, Tribunal Pleno, **DJ**, p. 13989, Publicado em: 19 maio 1995; **Ementário**: v. 1787-01, p. 74.

60 para 70 assentos na Câmara dos Deputados. O pedido foi julgado procedente por decisão publicada em 22/08/1990. Todavia, vencida a proposta de concretização imediata apresentada pelo Ministro Marco Aurélio, a ordem foi deferida apenas com reconhecimento da omissão legislativa e recomendação ao Congresso para que atuasse “em tempo útil”, isto é, até as eleições seguintes (1994). Na linha vencedora, o Ministro Moreira Alves observou que a CRFB não assegurava ao Estado mais populoso os 70 assentos, mas, sim, impunha esse número como teto, cabendo exclusivamente ao Congresso deliberar se o atingiria ou não.

Impetrou-se ainda o Mandado de Injunção 233<sup>221</sup>, que, sustentando a autoaplicabilidade do §1º do art. 45 da CRFB, pretendia a imediata convocação de suplentes eleitos em São Paulo para “preenchimento das vagas criadas”. A tese foi rechaçada pelo STF e ensejou, no acórdão de relatoria do Ministro Moreira Alves, interpretação extensiva do §2º do art. 4º do ADCT<sup>222</sup>. A literalidade desse dispositivo somente tratava da irredutibilidade da representação na Câmara dos Deputados existente na promulgação da CRFB, mas restou consignado no julgamento do MI 233 que a norma também vedava a majoração de cadeiras em qualquer legislatura que estivesse em curso quando da edição da lei complementar que viesse a tratar da matéria<sup>223</sup>.

O advento da LC 78, em 30/12/1993, ficou longe de equacionar a questão. Primeiro, não cuidou fixar o número de deputados federais, limitando-se a estabelecer um teto, de 513 assentos, como número que não poderia ser ultrapassado. Segundo, delegou ao TSE competência para efetuar os cálculos necessários à fixação das cadeiras atribuídas a cada Estado e ao Distrito Federal. Terceiro, estabeleceu que os cálculos seriam feitos com base em informações prestadas pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) no ano anterior às eleições, não obstante os censos demográficos ocorram a cada década. De concreto,

---

<sup>221</sup> BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Mandado de Injunção 233/DF, Relator: Ministro Moreira Alves, Julgado em: 02 ago. 1990, Tribunal Pleno, DJ, p. 742, Publicado em: 08 fev. 1991; **Ementário**: v. 1607-01. p. 25.

<sup>222</sup> “É assegurada a irredutibilidade da atual representação dos Estados e do Distrito Federal na Câmara dos Deputados.” (BRASIL. **Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (1988)**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm). Acesso em: 18 jul. 2018, art. 2º, §4º.).

<sup>223</sup> Transcreve-se trecho da ementa: “[...] quando o texto do parágrafo 1º do artigo 45 da Constituição manda proceder, no ano anterior as eleições, aos reajustes necessários nos números de deputados fixados na lei complementar de que ela cuida, não permite a conclusão de que essa alteração inicial na composição da Câmara dos Deputados atinja a legislatura em curso, com o preenchimento das vagas criadas, pela convocação de suplentes. Essa exegese, que emerge clara do texto do citado dispositivo, que só tem aplicação a eleições subsequentes a edição da lei complementar, é também confirmada pelo disposto no parágrafo 2º do artigo 4º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, que prevê a irredutibilidade do número atual de representantes das unidades federativas na Câmara Federal, na legislatura imediata.” (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Mandado de Injunção 233/DF.).

apenas fez uso da utilização do teto por circunscrição, fixando o número de 70 deputados para o Estado mais populoso<sup>224</sup>.

O TSE editou a Resolução TSE 14.235, publicada em 18/04/1994<sup>225</sup>. Expressamente, balizou-se pelas diretrizes do julgamento do MI 233. Mas, ao também destacar, na *consideranda*, que a LC 78/1993 somente fora publicada em 05/01/1994, deixou implícito o tangenciamento da regra da anualidade eleitoral (CRFB, art. 16). Contudo, o que fez foi uma aplicação seletiva dessa regra em relação ao pleito vindouro: majorou a bancada paulista na Câmara dos Deputados para 70 (aplicando, portanto, o art. 3º da LC 78/1993), mas deixou de efetuar os cálculos da proporcionalidade e estabeleceu que, quanto às demais unidades da Federação, a representação deveria ser mantida para a legislatura de 1995 (logo, deixando de aplicar o parágrafo único do art. 1º da LC 75/1993)<sup>226</sup>.

Em 2005, foi requerido ao TSE a atualização dos cálculos, por meio da PET 1.642/AM, que conduziu à edição da Resolução 22.134<sup>227</sup>. O requerimento foi indeferido com base no voto do Ministro Marco Aurélio, vencido o Relator Ministro Caputo Bastos, ante a inexistência de dados concretos atualizados pelo IBGE, refutada a utilização de estimativa apresentada por aquele Instituto. Fixou-se que a redistribuição somente poderia ocorrer a partir de 2010, utilizando-se os dados a serem obtidos no censo daquele ano.

Assim, em 2013, o TSE levou adiante o redimensionamento das bancadas da Câmara dos Deputados. Editada a Resolução 23.389, restou aprovada proposta de redistribuição de cadeiras com base no número de habitantes das unidades da Federação apurado no XII

---

<sup>224</sup> “Art. 1º Proporcional à população dos Estados e do Distrito Federal, o número de deputados federais não ultrapassará quinhentos e treze representantes, fornecida, pela Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, no ano anterior às eleições, a atualização estatística demográfica das unidades da Federação. Parágrafo único. Feitos os cálculos da representação dos Estados e do Distrito Federal, o Tribunal Superior Eleitoral fornecerá aos Tribunais Regionais Eleitorais e aos partidos políticos o número de vagas a serem disputadas. [...] Art. 3º O Estado mais populoso será representado por setenta deputados federais.” (BRASIL. Lei Complementar 78, de 30 de dezembro de 1993. Disciplina a fixação do número de Deputados, nos termos do art. 45, § 1º, da Constituição Federal. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/LCP/Lcp78.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/LCP/Lcp78.htm). Acesso em: 21 jul. 2018.).

<sup>225</sup> BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Resolução 14.235, de 18 de abril de 1993. Disponível em: <http://www.tse.jus.br/jurisprudencia/decisooes/jurisprudencia>. Acesso em: 21 jul. 2018.

<sup>226</sup> De se notar que fora elaborada proposta da assessoria técnica do TSE proposta “levando em consideração os dados populacionais atualizados”, que, além da majoração da bancada paulista, “acresce de três integrantes a bancada da Bahia, de dois as de Minas Gerais e do Pará, de um as do Rio Grande do Sul e Rio Grande do Norte, bem como diminui de um as do Rio de Janeiro, Paraná, Maranhão, Paraíba, Piauí e Espírito Santo e de três a de Goiás”. (BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Resolução 14.235, de 18 de abril de 1993. Relatório.).

<sup>227</sup> BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Resolução 22.134, de 19 de dezembro de 2005. Disponível em: <http://www.tse.jus.br/jurisprudencia/decisooes/jurisprudencia>. Acesso em: 21 jul. 2018.



Recenseamento Geral do Brasil, com os ajustes determinados pelo piso de 8 e o teto de 70 deputados federais<sup>228</sup>. Quanto às unidades da Federação intermediárias, adotou-se proposta da Relatora, Ministra Nancy Andrighi, de aplicação analógica dos arts. 106 e 109 do Código Eleitoral, relativo ao cálculo de distribuição de sobras nas eleições proporcionais, para equacionar a divisão de 17 assentos entre 18 possíveis contemplados.

Ocorre que em 4/12/2013, o Congresso Nacional editou o Decreto Legislativo 424, pelo qual sustou os efeitos da Resolução TSE 23.389/2013, a fim de que, para as eleições de 2014, fossem mantidas as bancadas que, à exceção de São Paulo, vigoravam desde 1986<sup>229</sup>.

Na esteira da edição desse ato normativo, aportaram no STF várias ações de controle concreto de constitucionalidade, as quais, em seu conjunto, discutiam a validade do Decreto Legislativo 424/2013, da Resolução TSE 23.389/2013 e da própria LC 78/1993<sup>230</sup>. Os pedidos nas ADIs foram julgados procedentes, declarando-se inconstitucional o parágrafo único do art. 45 da CRFB e, por arrastamento, da Resolução TSE 23.389/2013. Na ADC 33, por meio da qual a Mesa do Senado pretendia ver declarada a constitucionalidade do Decreto Legislativo 424/2013, o pedido foi julgado improcedente<sup>231</sup>.

Em síntese, prevaleceu o entendimento pela inconstitucionalidade por omissão do parágrafo único do art. 1º da citada lei, uma vez que, sem atribuir assentos às unidades da Federação situadas entre o piso e o teto do §1º do art. 45 da CRFB ou fornecer qualquer critério para atribuí-los, apenas delegou ao TSE a competência para “fazer cálculos”. Conforme voto da Ministra Rosa Weber, “a Lei Complementar aponta os valores a serem utilizados na equação (dados demográficos fornecidos pelo IBGE) e o encarregado de inserir os valores na equação e divulgar o resultado da operação (o Tribunal Superior Eleitoral)”, mas deixa de “formular a

---

<sup>228</sup> BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Resolução 23.389, de 9 de abril de 2013. Dispõe sobre o número de membros da Câmara dos Deputados e das Assembleias e Câmara Legislativa para as eleições de 2014. Disponível em: <http://www.tse.jus.br/legislacao-tse/res/2013/RES233892013.htm>. Acesso em: 21 jul. 2018.

<sup>229</sup> BRASIL. Decreto Legislativo 424, de 4 de dezembro de 2013. Susta os efeitos da Resolução nº 23.389, de 9 de abril de 2013, expedida pelo Tribunal Superior Eleitoral, que dispõe sobre o número de membros da Câmara dos Deputados e das Assembleias e Câmaras Legislativas para as eleições de 2014. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decleg/2013/decretolegislativo-424-4-dezembro-2013-777558-publicacaooriginal-142140-pl.html>. Acesso em> 21 jul. 2018.

<sup>230</sup> As ações são as seguintes: ADI 4947/DF, ADI 5020/DF, ADI 5028/DF, ADI 5130 MC/DF, ADC 33/DF, ADI 4963/PB, ADI 4965/PB. (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, **Informativo STF n. 751**, Brasília, 16 a 20 de junho de 2014, Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo751.htm>, Acesso em: 24 jul. 2018.).

<sup>231</sup> SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Informativo STF n. 751**.

própria equação, incumbência a ele [legislador] atribuída pela Constituição em caráter indelegável”<sup>232</sup> <sup>233</sup>.

O entendimento não foi unânime. Para os Ministros Gilmar Mendes, Luís Roberto Barroso e Dias Toffoli, a delegação ao TSE era constitucional, por não envolver atividade legislativa e, também, por prestigiar “prática institucional legítima, tradicional em nossa cultura constitucional”<sup>234</sup>. O Ministro Gilmar Mendes chegou a afirmar que, na Resolução TSE 23.389/2013, “a Min. Nancy Andrighi, longe de inventar método novo, procurou na própria legislação eleitoral regras aplicáveis por analogia à situação.”<sup>235</sup> Contudo, o caráter inovador da Resolução é inegável.

Não se pode tratar por aplicação de norma legislada, cuja hipótese de incidência é a distribuição de sobras na etapa de totalização do procedimento eleitoral, a utilização do critério como inspiração para definir quantos cargos de Deputado Federal estarão em disputa em cada unidade da Federação. Tem-se aqui decisão prévia ao processo eleitoral, própria do processo legislativo, tomada à margem deste. Como observa Rosemiro Pereira Leal, há um *dever-ser* que, “embora não esteja juridicamente pré-normado pelo sistema jurídico, torna-se deontológico por uma interpretação dita construtiva ou reconstrutiva (sistemático-analógico-ideológica) do operador superdotado ou autorizado (autoritário) do direito”<sup>236</sup>.

Apesar das divergências quanto ao mérito das ações, o debate foi perpassado por preocupação uníssona quanto ao problema da violação à igualdade do voto, decorrente da desequilibrada relação representantes/representados nas circunscrições onde disputadas as vagas da Câmara dos Deputados. O Ministro Luís destacou que “nas eleições de 2010, 233,6 mil eleitores de Roraima foram às urnas para eleger 8 Deputados Federais, enquanto, em São

---

<sup>232</sup> BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Ação Direta de Inconstitucionalidade 4947/DF, Relator: Ministro Gilmar Mendes, Redatora do acórdão: Ministra Rosa Weber, Julgado em 1 jul. 2014, Tribunal Pleno, **DJe**, n. 213, Publicado em: 30 out. 2014.

<sup>233</sup> Deve-se destacar que a questão da ausência de critérios legais para cálculo do número de deputados federais já havia sido posta perante o TSE, desde a audiência pública realizada em 28/05/2012, pela Deputada Estadual Margarete de Castro Coelho (PI). Contudo, não recebeu enfrentamento adequado antes da edição da Resolução TSE 23.389/2013, limitando-se o voto da Ministra Nancy Andrighi a assinalar que “a despeito, de fato, da ausência de critério específico na legislação constitucional e infraconstitucional, compete ao TSE expedir as instruções que julgar convenientes à execução da legislação eleitoral (a título exemplificativo, destaco os arts. 23, IX, do CE e 105 da Lei 9.504/97).” (BRASIL, Tribunal Superior Eleitoral, Resolução 23.389, de 9 de abril de 2013.).

<sup>234</sup> BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Ação Direta de Constitucionalidade 33/DF, Relator: Ministro Gilmar Mendes, Julgado em: 18 jun. 2014, Tribunal Pleno, Publicado no DJe em: 30 out. 2014.

<sup>235</sup> *Ibidem*.

<sup>236</sup> LEAL, **Teoria geral do processo: primeiros estudos**, p. 115.

Paulo, 25,3 milhões de votos elegeram 70 Deputados Federais”, o que “significa que o voto de um cidadão em Roraima vale quase 12 vezes mais que o voto de um paulista”<sup>237</sup>.

Se é objetivamente simples assegurar o voto igual em sua dimensão pessoal, bastando para tanto extirpar critérios de voto reforçado como o voto plural e o voto múltiplo, o mesmo não se passa na dimensão coletiva. A adoção de um sistema eleitoral proporcional é mais propensa a conformar o órgão eleitoral colegiado com igualdade entre os componentes da decisão colegiada. Contudo, como observa Presno Linera, “embora a dotação proporcional nos pareça ser o sistema mais democrático, é quase impossível alcançar a proporcionalidade exata, mesmo colocando todos os meios e a máxima vontade.”<sup>238</sup>

Por isso, alguma distorção deve ser comportada pelo sistema<sup>239</sup>. Mas, no caso brasileiro, o equilíbrio entre circunscrições que concorrem para a formação do parlamento comum é comprometido, de forma irremediável, pelo estabelecimento do piso (proporcionalmente alto) e do teto (proporcionalmente baixo) para acomodar a representação popular. A previsão “ultrapass[a] os limites toleráveis de desvio do princípio da igualdade, eliminando assim o sufrágio igual”<sup>240</sup> e, por tal motivo, reclama modificação por meio de emenda constitucional, que suprima o limite máximo de deputados federais e o teto por circunscrição, não se descartando a possibilidade de redução do piso.

A LC 78/1993 agrava o cenário ao fixar o número máximo de deputados federais em 513, o que suprime margem para acomodações intermediárias das unidades da Federação mais populosas. Portanto, é defensável a elaboração de nova lei complementar que, ao menos, não torne mais aguda a distorção decorrente do piso e do teto constitucionais estabelecidos para a Câmara dos Deputados.

Essa afirmação contraria o senso comum, que brada reiteradamente contra o número de parlamentares no Brasil, especialmente de Deputados Federais, e crê na redução desses cargos

---

<sup>237</sup> BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Ação Direta de Inconstitucionalidade 4947/DF.

<sup>238</sup> PRESNO LINERA, **El derecho de voto: un derecho político fundamental**, p. 95. Tradução do original em espanhol: “Aunque la asignación proporcional nos parece el sistema más democrático, es casi imposible lograr una proporcionalidad exacta, incluso poniendo todos los medios y la máxima voluntad.”

<sup>239</sup> A Suprema Corte dos Estados Unidos, desde 1973, deixou de exigir a proporcionalidade absoluta, admitindo um desvio de 16, 4% entre distritos da Virgínia (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, Supreme Court of the United States, Mahan v. Howell. (1973), Disponível em: [https://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/410/315#writing-USSC\\_CR\\_0410\\_0315\\_ZO](https://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/410/315#writing-USSC_CR_0410_0315_ZO), Acesso em: 22 jul. 2018.).

<sup>240</sup> NOHLEN, **Sistemas electorales y partidos políticos**, p. 53. Tradução do original em espanhol extraída do trecho: “Con frecuencia se traspasan los límites tolerables de desviación del principio de igualdad, eliminando así el sufragio igual.”

como (mais uma) miraculosa solução para moralizar a política. Esse clamor foi, aliás, acolhido na PEC 106/2015, que propôs reduzir de 513 para 385 os assentos na Câmara dos Deputados<sup>241</sup>. A proposta ainda agrava a distorção da representação da população, ao reduzir drasticamente o número máximo de Deputados por Estado para 53, enquanto o número mínimo cairia apenas ligeiramente, para 6.

Subscrevendo parecer contrário à PEC 106/2015, Fernando Gaspar Neisser observa que “parlamentos com maior número de cadeiras tendem a garantir maior grau de representatividade a grupos sociais minoritários” e que “a elevação do número de representantes implica na diminuição do peso individual de cada um deles no processo legislativo e no aumento da competição por cargos privilegiados (*‘mega-seats’*)”<sup>242</sup>. As críticas são pertinentes, pois a redução de cadeiras é evidente fator de concentração de poder individual para cada representante e de diminuição da almejada igualdade entre os representados. Segundo Neisser, há parâmetros para cálculo da correlação entre a população e o número de assentos nas denominadas *Câmaras Baixas*, a indicar que a melhor acomodação da representação proporcional no Brasil se daria com 590 Deputados Federais<sup>243</sup>.

Apesar do detectado problema decorrente da quebra da igualdade entre as circunscrições em que disputadas as eleições para a Câmara dos Deputados, o *voto igual* prevalece como diretriz coconstituente do procedimento eleitoral, funcionando como parâmetro de controle da formação da decisão colegiada. Com base nesse parâmetro, não se pode admitir regras infraconstitucionais ou práticas administrativas que reforcem a desigualdade do peso do voto entre os eleitores.

---

<sup>241</sup> SENADO FEDERAL, Senador Jorge Viana e outros, Proposta de Emenda à Constituição n. 106, de 2015, Dá nova redação aos arts. 45 e 46 da Constituição Federal para reduzir o número de membros da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/ecidania/visualizacaomateria?id=122432>, Acesso em: 21 jan. 2019. Confirmando o apelo da proposta ao senso comum, *consulta pública* na página de acesso da PEC 106/2015 indica que 1.859.116 pessoas acessaram o site para registrar o *sim* à aprovação da reforma, enquanto apenas 10.699 registram o *não*.

<sup>242</sup> NEISSER, Fernando Gaspar, Proposta de modificação do número de deputados federais e senadores em cada Estado, *in*: RIBEIRO, José Horácio Halfeld Rezende (Org.), **Reforma política**, 1. ed. São Paulo: Instituto dos Advogados de São Paulo, 2017, p. 602.

<sup>243</sup> NEISSER, Proposta de modificação do número de deputados federais e senadores em cada Estado. O autor se refere à *Lei do Cubo*, cunhada por James Parker Smith em 1910, que observou a tendência de “o número de assentos em uma assembleia representativa (S) [...] ser próximo à raiz cúbica do contingente populacional (P), o que pode ser visualizado através da seguinte fórmula:  $S = P^{1/3}$ .” O número de 590 Deputados Federais é obtido por Neisser com base em dados do IBGE acessados em agosto de 2016, que informam população brasileira de 206.302.977 habitantes. (*Ibid.*, p. 601–603 passim.).

#### 1.2.3.4. Voto obrigatório

O sufrágio ativo traz, anexo, o dever de comparecimento às eleições, aplicável às pessoas alfabetizadas, entre 18 e 70 anos, que não estejam prestando serviço militar obrigatório<sup>244</sup>. Para essas pessoas, a atuação como membro do órgão colegiado eleitoral é um *munus* público, adimplido pelo comparecimento à seção eleitoral e manifestação pessoal sobre os cargos em disputa, com a qual comporá a decisão colegiada de formação dos mandatos eletivos.

A compulsoriedade do comparecimento e da manifestação, contudo, não se estende à efetiva escolha de algum candidato. Pode o eleitor votar em branco (depositar o voto deixando de indicar qualquer candidato) ou nulo (indicando simultaneamente mais de um candidato, registrando dígitos que não corresponde a qualquer candidato ou, por qualquer outro meio, inutilizando o meio físico do registro do voto)<sup>245</sup>. Seriam tais votos, ainda assim, componentes da decisão eleitoral colegiada?

Essa questão traz profundas implicações para o debate sobre a validade e a eficácia da decisão do procedimento eleitoral<sup>246</sup>. Há uma correlação entre o sistema eleitoral, que contempla as regras pelas quais é possível converter votos em assentos parlamentares ou cargos de governo<sup>247</sup>, dentre as quais o modo como são computados os votos brancos e nulos, e a eficácia da manifestação individual do eleitor.

---

<sup>244</sup> É o que se extrai da CRFB: “Art. 14 [...] §1º O alistamento eleitoral e o voto são: I - obrigatórios para os maiores de dezoito anos; II - facultativos para: a) os analfabetos; b) os maiores de setenta anos; c) os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos.” (BRASIL, **Constituição (1988)**, art. 14, §1º.).

<sup>245</sup> O sistema eletrônico de votação reduziu as formas de registro do voto nulo, pois não possibilita o registro simultâneo de mais de um candidato para o mesmo cargo, a inserção de frases ou símbolos a externarem protesto ou qualquer outro meio de inutilização aplicável à cédula eleitoral. Deve-se, porém, considerar que, em caso de contingência da urna eletrônica, pode-se passar à votação em cédulas de papel.

<sup>246</sup> A dificuldade de separação conceitual da nulidade e ineficácia pode ser percebida na seguinte explanação: “se entiende por voto nulo el acto que, por carecer de eficacia, no produce los efectos que le son propios, porque el Derecho se lo niega. Es nulo, por tanto, el acto cuando no reúne las condiciones necesarias que el Derecho requiere. Cuando el titular del derecho de sufragio al emitir su voto no observa las formalidades que exige la legislación electoral, la sanción es su nulidad, con la consecuencia de que el mismo no cuenta, se tiene por no formulado. Su nulidad es radical, absoluta, in *racide*, de modo que se entiende que no está puesto.” (ARNALDO ALCUBILLA, Enrique, Voto nulo, *in*: ARNALDO ALCUBILLA, Enrique; GARCÍA-CAMPERO, Manuel Delgado-Iribarren (Orgs.), **Diccionario electoral**, Madrid: El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados (La Ley), 2009, p. 505.).

<sup>247</sup> NOHLEN, **Gramática de los sistemas electorales: una introducción a la ingeniería de la representación**, p. 19.

A CRFB, em seu art. 77, §2º, estabelece que, no cálculo da maioria absoluta de votos necessária para eleger o Presidente da República, não são computados os votos brancos e os nulos<sup>248</sup>. Conforme esclarece João Andrade Neto, para os “cargos eleitos pelo sistema majoritário, válidos são apenas os votos efetivamente atribuídos a candidatos, desprezados os brancos e originariamente nulos”, o mesmo se passando com o sistema proporcional desde o advento da Lei 9.504/1997, quando “os votos brancos deixaram de ser considerados para fins de apuração”<sup>249</sup>.

Dessa regra de descarte para o cômputo de votos válidos resulta a denominação *votos estéreis*, para designar o conjunto de votos emitidos, mas não atribuídos de modo eficaz a uma candidatura<sup>250</sup>. Contudo, dela não se extrai a ineficácia absoluta de tais votos. Isso porque o art. 224 do CE prevê que a nulidade de mais da metade dos votos para os cargos de chefia do Executivo acarreta a invalidade do procedimento eleitoral, que deve ser repetido<sup>251</sup>. Assim, os votos nulos, ainda que se somem aos votos em branco como votos *estéreis*, desconsiderados na fórmula para definição dos eleitos, poderiam ser considerados eficazes para fins de determinação da validade do pleito. Vale dizer: os votos nulos, se em seu conjunto ultrapassassem os votos válidos, seriam eficazes para determinar a repetição das eleições.

Essa interpretação esteve latente por quase duas décadas após a promulgação da Constituição. Julgados do TSE e do STF confirmavam a ausência de incompatibilidade entre o

---

<sup>248</sup> BRASIL, **Constituição (1988)**, art. 77, §2º: “Será considerado eleito presidente o candidato que, registrado por partido político, obtiver a maioria absoluta de votos, não computados os em branco e os nulos.”

<sup>249</sup> ANDRADE NETO, João, O voto nulo e seus efeitos : um ensaio sobre a (falta de) lucidez da jurisprudência do TSE, *in*: FUX, Luiz; PEREIRA, Luiz Fernando Casagrande; AGRA, Walber (Orgs.), **Direito constitucional eleitoral**, Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 212–213. Deve-se observar que, conforme explica Polianna Pereira dos Santos, “relativamente ao sistema proporcional, a Constituição é omissa quando se trata do efeito de votos em branco”, de modo que “na introdução do sistema proporcional com o Código Eleitoral de 1932, entendeu-se que os votos em branco deveriam ser considerados para definir o quociente eleitoral”. A autora aponta que a previsão constou do Código Eleitoral de 1965, foi confirmada pelo STF após o advento da CRFB no Recurso Ordinário em Mandado de Segurança 21.329-9 e somente cedeu em 1997, com a revogação do parágrafo único do art. 106 do CE pela Lei 9.504. (SANTOS, Polianna Pereira dos, **Voto e qualidade da democracia: as distorções do sistema proporcional brasileiro**, Belo Horizonte: D’Plácido, 2016, p. 79–80.).

<sup>250</sup> PORTO, Walter Costa, **Dicionário do voto**, Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2000, p. 445; BOBILLO, Francisco J., El voto estéril en las elecciones generales españolas, **Revista de estudios políticos (Nueva Época)**, n. 62 (out-dez), p. 69–88, 1988, p. 69.

<sup>251</sup> CE, art. 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.”

§2º do art. 77 da CRFB e o art. 224 do CE, citando-se, por todos, o acórdão proferido no RMS 23234, em 2/10/1998:

Eleições majoritárias: nulidade: maioria de votos nulos, como tais entendidos os dados a candidatos cujo registro fora indeferido: incidência do art. 224 C. El., recebido pela Constituição. O art. 77, § 2º, da Constituição Federal, ao definir a maioria absoluta, trata de estabelecer critério para a proclamação do eleito, no primeiro turno das eleições majoritárias a ela sujeitas; mas, é óbvio, não se cogita de proclamação de resultado eleitoral antes de verificada a validade das eleições; e sobre a validade da eleição - pressuposto da proclamação do seu resultado, é que versa o art. 224 do Código Eleitoral, ao reclamar, sob pena da renovação do pleito, que a maioria absoluta dos votos não seja de votos nulos; as duas normas - de cuja compatibilidade se questiona - regem, pois, dois momentos lógicos e juridicamente inconfundíveis da apuração do processo eleitoral; ora, pressuposto do conflito material de normas é a identidade ou a superposição, ainda que parcial, do seu objeto normativo: preceitos que regem matérias diversas não entram em conflito.<sup>252</sup>

Contudo, na leitura prevalecente desde o julgamento do PA 20.159/PI (anteriormente CTA 1657), o voto *natinulo* – aquele caracterizado pela assinalação de qualquer opção que não corresponde a um, e a apenas um, candidato – passou a ser tratado como *manifestação apolítica*. O TSE então fixou que “os votos dados a candidatos cujos registros encontravam-se *sub judice*, tendo sido confirmados como nulos, não se somam, para fins de novas eleições (art. 224, CE), aos votos nulos decorrentes de manifestação apolítica do eleitor”<sup>253</sup>. Desse modo, o voto *natinulo* passou a ser tratado como absolutamente ineficaz – no extremo, até mesmo como conduta antijurídica<sup>254</sup> ou, em outras sendas, patológica<sup>255</sup>.

<sup>252</sup> BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Recurso em Mandado de Segurança 23234, Relator: Ministro Sepúlveda Pertence, Julgado em: 2 out. 1998, Primeira Turma, **DJ**, p. 24, Publicado em: 20 nov. 1998; **Ementário**, v. 1932-01, p. 68. A respeito, conferir também: BRASIL, Tribunal Superior Eleitoral, Mandado de Segurança 3113, Relator: Min. Luiz Carlos Lopes Madeira, Julgado em: 6 maio 2003, **DJ**, p. 122, Publicado em: 27 jun. 2003; BRASIL, Tribunal Superior Eleitoral, Mandado de Segurança 2624, Relator: Ministro Eduardo Andrade Ribeiro de Oliveira, Julgado em: 5 maio 1998, **DJ**, p. 71, Publicado em 29 jun. 1998;

<sup>253</sup> BRASIL, Tribunal Superior Eleitoral, Processo Administrativo 20159/PI (Resolução n. 22.992), Relator: Ministro Felix Fischer, Relatora designada: Ministra Eliana Calmon, **Revista de jurisprudência do TSE**, v. 20, t. 3, p. 228, Publicado em: 19 dez. 2008.

<sup>254</sup> Em julgamento sobre o pedido de um eleitor para que se incluísse nas urnas eletrônicas uma tecla para o voto “nulo”, o TSE usou como argumento para indeferir o pedido o que segue: “A Justiça Eleitoral, como guardiã do democrático exercício do sufrágio e diante da determinação constitucional da obrigatoriedade do voto, constante do art. 14, §1º, da Constituição Federal, não poderia permitir, diante da antijuridicidade do voto nulo, na idealização da urna eletrônica, a criação de tecla que direcionasse o eleitor nesse sentido”. (BRASIL, Tribunal Superior Eleitoral, Petição 1869/DF, Relator: Ministro José Augusto Delgado, Julgado em: 25 set. 2006, **DJ**, p. 131, Publicado em: 28 set. 2006.).

<sup>255</sup> “El voto en blanco, por tanto, ya sea por atender la indicación de una o más formaciones políticas, ya sea por decisión personal del elector, sin que nadie se lo haya pedido, constituye, como hemos visto,

A impropriedade do rótulo *manifestação apolítica* é revelada pela leitura do voto do Ministro Carlos Ayres Britto, que dela se vale embora afirme que

O voto propriamente nulo revela, em geral (excepcionado o erro), uma dada vontade do eleitor em não sufragar nenhum dos candidatos, em vocalizar um protesto contra a política ou, até mesmo, contra o voto obrigatório. Trata-se, portanto, de legítima expressão da vontade soberana no eleitor. Vontade, contudo, que não é direcionada a nenhum dos postulantes a cargo eletivo e que, portanto, assim é de ser recebida e considerada. [...] De outro lado, o voto dado a candidato que concorreu, participou de atos de propaganda eleitoral e constou da urna eletrônica, é voto intencionalmente orientado para um específico candidato. [...] no primeiro caso, há uma propositada desvalia na vontade eletiva do eleitor soberano, que não é dirigida a nenhum dos concorrentes, ou que é contra todos eles. No segundo, há uma desvalia no destinatário, que não pode receber os votos que lhe foram conferidos. [...] Por tais fundamentos, tenho que o banco dos votos propriamente nulos (natinulos, entenda-se) não se soma ao banco dos votos que vieram a ser anulados por efeito de decisão negativa do registro de candidatura (§ 3º do art. 175 do CE).<sup>256</sup>

O entendimento estabelece uma correlação entre a invalidade do voto *natinulo* e sua ineficácia absoluta, como se aquela fosse irrecusável do ponto de vista lógico e normativo, embora, como visto, não o seja. Subjaz a tal entendimento uma pressuposição de que a decisão por votar nulo decorre de uma opção de completo alheamento do cidadão em relação ao procedimento eleitoral e total indiferença ao resultado, que comporta crítica.

Conforme aponta Andrade Neto, a posição adotada pelo TSE desconsidera “a decisão individual consciente que expressa um juízo do eleitor acerca de um sem-número de elementos da sua vida política, os quais são concorrentes, mas não reciprocamente excludentes”<sup>257</sup>. Explica o autor que essa decisão envolve a combinação de um tipo de juízo (crítico ou estratégico) com um objeto de direcionamento (a fatores externos ou autodirigido):

O juízo crítico, se direcionado a fatores externos, reflete o grau de insatisfação do indivíduo com os candidatos e partidos em disputa, as regras ou o funcionamento do sistema político, ou o próprio regime democrático, por exemplo. Mas o juízo crítico pode também ser autodirigido, quando, por exemplo, reflete a percepção do eleitor sobre seu nível de informação acerca da disputa ou o grau de envolvimento que ele próprio deve à comunidade política em que se insere pelo fato mesmo de ser cidadão. Já o juízo estratégico instrumentaliza o voto

---

una opción no siempre carente de reflexión y de lógica. El voto nulo, por el contrario, se considera primordialmente patológico.” (BOBILLO, El voto estéril en las elecciones generales españolas, p. 76.).

<sup>256</sup> BRASIL, Tribunal Superior Eleitoral. Processo Administrativo 20159/PI (Resolução n. 22.992), Voto do Ministro Carlos Ayres Britto.

<sup>257</sup> ANDRADE NETO, O voto nulo e seus efeitos : um ensaio sobre a (falta de) lucidez da jurisprudência do TSE, p. 215.



nulo: toma-o não como um fim em si mesmo, mas como um meio. É o que fazem, por exemplo, os *anulacionistas*, quando defendem a invalidação do próprio voto por acreditarem que, se a nulidade originária comprometer um número suficiente de votos, as eleições se renovarão. De todo modo, seja crítico ou estratégico, direcionado a fatores externos ou autodirigido, o juízo do eleitor é sempre político.<sup>258</sup>

Assim, é possível afirmar que o voto, válido ou não, é componente da decisão eleitoral, que é uma decisão política. Como não deflui da CRFB o necessário alijamento do cidadão que opte por invalidar seu voto – vale dizer, não se exclui tal cidadão do órgão colegiado eleitoral –, é possível questionar regras infraconstitucionais e interpretações judiciais que redundem na neutralização do impacto de manifestações *políticas* que não correspondam a um *ideal* de virtude cívica.

Não é outra a posição de Andrade Neto, que enxerga na posição do TSE a convergência de “uma visão excessivamente estreita sobre o objeto da decisão política, pois erroneamente reduz a esfera política à disputa político-partidária” com “uma visão pessimista sobre o sujeito que decide”, já que se duvida “da racionalidade da decisão negativa e da capacidade de os indivíduos refletirem sobre seu próprio papel no destino da comunidade política”<sup>259</sup>. Segundo o autor, chega-se ao ponto de conceber “cidadão como um órgão do Estado e [...] cidadania como uma função estatal, um “dever cívico” de participação, subordinado a ideais coletivos a serem alcançados, de modo que o exercício dos direitos políticos individuais só se justificaria se e quando estivesse a serviço desses fins”<sup>260</sup>.

O mero tracejar dessa leitura moralizante do exercício do voto é em si incompatível com o contexto democrático. Os votos brancos e nulos carregam “uma mensagem política – a de que um segmento da população não se sente representado pelos políticos –, o que não se conseguiria apurar apenas com as abstenções”<sup>261</sup>. Portanto, o ato de votar nulo ou em branco não desconfigura o órgão eleitoral colegiado projetado pelos contornos do voto obrigatório.

Diversa é a situação da abstenção às urnas, pois nesse caso não há exercício do voto – não há, portanto, emissão da manifestação componente da decisão eleitoral. A CRFB, porém, não tratou da situação do *eleitor faltoso*: a instituição da obrigatoriedade do voto não se fez acompanhar da previsão constitucional de qualquer forma de sancionamento pela abstenção.

---

<sup>258</sup> *Ibid.*

<sup>259</sup> *Ibid.*

<sup>260</sup> *Ibid.*, p. 215–216.

<sup>261</sup> SOARES, Elisiane Campos de Melo; SILVA, Luiz Victor Monteiro Silva, Voto obrigatório vs. voto facultativo: qual é o melhor modelo para o Brasil?, *Estudos Eleitorais*, v. 11, n. 2 (maio-ago), 2016, p. 86.

Logo, é possível afirmar que a faceta penalizadora do voto obrigatório *não* integra o código intradiscursivo do processo eleitoral.

Essa constatação autoriza um novo enfoque: o da dimensão garantística do voto obrigatório. Sob esse viés, a obrigatoriedade do voto não se destina precipuamente, no discurso constitucional, à punição de eleitores faltosos. Uma vez delimitado que o órgão colegiado eleitoral se compõe necessariamente de brasileiros entre 18 e 70 anos, erige-se ao Estado um comando, para que adote medidas aptas a viabilizar a atuação daquele órgão. Dito de outro modo, surge da obrigatoriedade do voto uma função específica para o Estado no processo eleitoral, de exercer suas atribuições legislativas, administrativas e judiciais com vistas a remover óbices jurídicos e factuais ao legítimo exercício do voto<sup>262</sup>.

#### 1.2.3.5. Voto facultativo

A CRFB permite aos analfabetos e às pessoas alfabetizadas entre 16 e 18 anos e acima de 70 anos integrar o órgão colegiado eleitoral. Para essas pessoas, o exercício do voto não constitui *munus* público, mas mera faculdade.

A facultatividade do voto, porém, tende a repercutir como desoneração para o Estado de promover as condições de efetivo comparecimento dos cidadãos às urnas. Exemplo disso é a adoção, por via de Resolução, de medida exoneradora da obrigação do voto para pessoas com deficiência “cuja natureza e situação impossibilitem ou tornem extremamente oneroso o exercício de suas obrigações eleitorais.” A partir de uma analogia com o voto facultativo para maiores de 70 anos, que considera previsto “certamente com a finalidade de não causar transtorno ao seu bem-estar”, a Resolução TSE 21.920/2004 instituiu a concessão de *certidão de quitação eleitoral por prazo indeterminado*<sup>263</sup>.

Se, por um lado, a concessão da certidão dispensa o comparecimento do eleitor a princípio alcançado pela obrigatoriedade do voto, por outro produz um efeito diversionista, já que favorece uma análise utilitarista segundo a qual deixa de ser prioritária a concentração de esforços para remover ou mitigar dificuldades de acesso à urna e de exercício do voto por parte de pessoas com deficiência.

---

<sup>262</sup> Esse argumento será aprofundado na Seção 3.4.3.

<sup>263</sup> BRASIL, Tribunal Superior Eleitoral, Resolução 21.920, de 19 de setembro de 2004, Dispõe sobre o alistamento eleitoral e o voto dos cidadãos portadores de deficiência, cuja natureza e situação impossibilitem ou tornem extremamente oneroso o exercício de suas obrigações eleitorais, Disponível em: <http://www.tse.jus.br/legislacao/codigo-eleitoral/normas-editadas-pelo-tse/resolucao-nb0-21.920-de-19-de-setembro-de-2004-vitoria-2013-es>, Acesso em: 4 ago. 2018.

Assim, a “liberação” do voto obrigatório não pode ser compreendida unidimensional e imediatamente sob a perspectiva na não imposição de multa e restrições de direitos à pessoa com deficiência – penalidades estas que, como visto, desafiam fundamento de legitimidade no atual contexto constitucional. Como posto por Joelson Dias e Ana Luísa Cellular Junqueira:

A acessibilidade eleitoral visa erradicar as barreiras que distanciam os indivíduos do exercício de seus direitos políticos. Não se traduz exclusivamente no direito de votar com facilidade, vai além. Tem como propósito a superação, dentre outros, dos obstáculos arquitetônicos das zonas e seções eleitorais; do preconceito e ignorância social que mitigam as chances de candidatos e candidatas com deficiência serem eleitos; da inacessibilidade das propagandas partidárias e eleitorais, dos informes oficiais e debates televisivos que não contam com audiodescrição, linguagem de sinais e legenda.<sup>264</sup>

Oriunda de 2004, a Resolução TSE 21.920 deve ser cotejada com a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Lei 13.146/2015), que superou em definitivo o parâmetro legal de tratamento preponderantemente tutelar e segregacionista da pessoa com deficiência. O parâmetro passa a ser o de máximo prestígio à autonomia e inclusividade<sup>265</sup>, o que se assinala a partir da extirpação, do Código Civil, da *incapacidade civil absoluta* decorrente de deficiência intelectual ou mental. A partir do momento em que se institui a capacidade política para essas pessoas, surge uma diretriz de ampliação da composição do órgão colegiado eleitoral, a impor “a eliminação dos obstáculos (atitudinais, físicos e socioeconômicos) impeditivos ou demasiadamente onerosos, que limitam principalmente os grupos mais vulneráveis de expressarem seu potencial político”<sup>266</sup>.

Desse modo, a facultatividade do voto, embora presente na CRFB, não pode ser instituída no plano infraconstitucional como escusa para o desatendimento do comando que a obrigatoriedade do voto dirige ao Estado. Não se pode olvidar que o voto se refere ao exercício de uma competência decisória (plano procedimental) no âmbito do sufrágio ativo (plano processual), o qual alcança todos os cidadãos e não apenas os obrigados a votar. Por isso, a

<sup>264</sup> DIAS, Joelson; JUNQUEIRA, Ana Luísa Cellular, O Direito à Participação Política das Pessoas com Deficiência, **Resenha eleitoral**, v. 21, n. 1 (nov), p. 159–180, 2017, p. 164.

<sup>265</sup> Nesse sentido, afirmam Dias e Junqueira que: “[...] a Lei Brasileira de Inclusão opera verdadeira mudança de paradigma, vista por Gagliano e Pamplona 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 incapaz, 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.’” (*Ibid.*, p. 171.).

<sup>266</sup> *Ibid.*, p. 164–165.

facilitação da atuação dos membros do órgão colegiado eleitoral deve se manter como norte do desempenho das funções estatais que circundam o processo eleitoral.

Adotada essa premissa, o que se deve fomentar é que o paradigma da inclusividade política se espraie, para comandar a redução de obstáculos ao exercício do voto não apenas por parte das pessoas com deficiência, mas, também, por parte dos cidadãos constitucionalmente alocados no âmbito do voto facultativo, em especial idosos e analfabetos.

Em suma, o voto facultativo revela a aptidão expansionista da colegialidade projetada para o processo eleitoral pela CRFB, o que transcende a lógica de pura e simples desoneração do eleitor faltoso. Por isso, medidas paliativas como a certidão de quitação eleitoral por tempo indeterminado não são aptas a equacionar, da perspectiva processual da formação de mandatos, o problema da exclusão de grupos socialmente vulneráveis como as pessoas com deficiência, os idosos e os analfabetos.

#### 1.2.3.6. Voto periódico

A adoção do voto periódico traduz o compromisso diacrônico das Constituições: a afirmação de que, em prazo pré-definido, o órgão colegiado eleitoral voltará a atuar para transferir democraticamente o poder. Esse prazo corresponde à duração dos mandatos que, fixada constitucionalmente, integra a dimensão do controle-fundante.

Em análise sobre “órgãos eletivos”, María Lourdes González utiliza a expressão *período eleitoral* para referir-se ao preceito político que indica a duração do exercício da função pública por um cidadão eleito para um cargo determinado. E afirma: “a possibilidade de delimitar a duração dos cargos públicos é uma característica própria dos sistemas democráticos, especialmente nos sistemas presidencialistas”<sup>267</sup>.

---

<sup>267</sup> GONZÁLEZ, María Lourdes, Órganos electivos: composición y periodos electorales, *in*: NOHLEN, Hans-Dieter *et al* (Orgs.), **Tratado de derecho electoral comparado de América Latina**, Mexico: FCE, 2007, p. 124. Tradução do original em espanhol extraída do trecho: “Uno de los factores esenciales de la democracia representativa es la realización de elecciones libres, periódicas y transparentes para llevar a los ciudadanos a ejercer un cargo público durante un periodo o término específico. En el derecho electoral, ese periodo electoral se define como el precepto político, estipulado por la Constitución y las leyes, que indica la duración del ejercicio de la función pública de un ciudadano elegido para un cargo determinado (Campillo Pérez, 1990). La posibilidad de delimitar la duración de los cargos públicos es una característica propia de los sistemas democráticos, especialmente dentro de los sistemas presidenciales.”

Frederico Alvim destaca que “a limitação temporal do poder não é senão um aspecto do princípio republicano, que cobra importância na função de legitimação do Estado”<sup>268</sup>. A mesma abordagem transparece em Alberto Borea Odría, que assim sintetiza a vinculação entre periodicidade do voto e democracia:

Entre as diferenças da democracia e da monarquia está a de limitação do poder, não só em relação às faculdades a que este se refere, mas também quanto ao tempo de sua duração. Os reis mantêm o poder para a vida, os ditadores enquanto podem e tudo o que podem; só na democracia se põe fim ao mandato.<sup>269</sup>

A periodicidade do voto se conecta, pois, à previsibilidade do término do mandato eletivo formado em um determinado procedimento eleitoral, o que pressupõe a vigência do processo eleitoral democrático. A dimensão garantística é tripla: para os eleitos, resguarda o mandato contra reduções indevidas; para os não eleitos, assegura a renovação da oportunidade de concorrerem aos cargos; para o eleitorado, reafirma que a legitimidade dos mandatos somente subsiste nos termos estritos, inclusive temporais, da decisão eleitoral. Todas as vertentes levam a afirmar que há um *término normal* de um mandato, que se dá quando coincide com a data prevista para o início do subsequente, o qual é necessariamente precedido de procedimento eleitoral próprio.

A questão que se apresenta é qual a relevância dada pelas Constituições quanto à observância da sucessão periódica dos mandatos e, portanto, da previsibilidade dos procedimentos eleitorais.

Um primeiro critério diferenciador é a adoção do parlamentarismo ou do presidencialismo, cujos desenhos institucionais são distintos. No aspecto que aqui importa<sup>270</sup>, a distinção está em que “nos regimes presidenciais, [...] a permanência do executivo não depende do parlamento”, enquanto, no parlamentarismo, “o chefe do executivo e seu gabinete provêm do parlamento e são designados por este”<sup>271</sup>. No presidencialismo, a formação de

---

<sup>268</sup> ALVIM, Frederico Franco, Integridade eleitoral: significado e critérios de qualificação, **Revista Ballot**, v. 1, n. 2, p. 213–228, 2015, p. 215–216.

<sup>269</sup> BOREA ODRÍA, Alberto, **La difícil democracia de América Latina: desafíos y respuesta**, San José, Costa Rica: I. C. E. P., 1994, p. 176–177. Tradução do original em espanhol: “Entre las diferencias de la democracia y la monarquía está la de la limitación del poder, no sólo en cuanto a sus facultades se refiere, sino también en cuanto al tiempo de la duración. Los reyes mantienen el poder de por vida, los dictadores mientras pueden y todo lo que puedan; sólo en la democracia se pone término al mandato”.

<sup>270</sup> O aprofundamento da distinção entre parlamentarismo e presidencialismo refoge ao objeto da presente pesquisa.

<sup>271</sup> VALENZUELA, Francisco Berlín, **Derecho parlamentario**, Mexico: FCE, 1993, p. 140–174 passim. Tradução do original em espanhol: “En los regímenes presidenciales, [...] la permanencia del

governos é ato ínsito ao procedimento eleitoral, cabendo ao eleitorado a escolha dos governantes. Já no parlamentarismo, o procedimento eleitoral a cargo do eleitorado se esgota na escolha de representantes, aos quais incumbe deliberar sobre a formação dos governos.

No parlamentarismo, alguma intercorrência que leve à destituição do chefe do executivo e à dissolução do gabinete é compreendida, *a priori*, dentro da normalidade política. Embora se trate de controle extraordinário, é próprio do funcionamento parlamentar, pois trata da “responsabilidade política do poder executivo ante o poder legislativo, [...] um traço diferenciador da forma de governo parlamentar, frente aos sistemas presidencialistas, que se caracterizam pela independência de ambos os poderes entre si”<sup>272</sup>.

O contraponto a esse controle, no parlamentarismo, é dado pela possibilidade de convocação antecipada, pelo chefe do executivo, de eleições para o parlamento. Nas palavras de Paulo Brossard, “à responsabilidade política do govêrno corresponde a responsabilidade política o parlamento. A dissolução da Câmara é o contrapêso necessário da moção de desconfiança.”<sup>273</sup>

O modelo espanhol bem ilustra essa dinâmica.

Conforme previsto na Constituição Espanhola (1978), pode o Presidente do Governo apresentar ao Congresso de Deputados uma *questão de confiança*, pelo qual provoca a este manifestar-se sobre a manutenção do apoio que possibilite a continuidade do governo<sup>274</sup>. A debilidade deste também pode ser aventada diretamente pelo Congresso de Deputados, por

---

ejecutivo no depende del parlamento [...]”; “en los sistemas parlamentarios, [...] el jefe del ejecutivo y su gabinete provienen del parlamento y son designados por el mismo [...]”.

<sup>272</sup> DÍAZ DE TERÁN, Mercedes Araújo, Moción de censura, *in*: ARNALDO ALCUBILLA, Enrique; GARCÍA-CAMPERO, Manuel Delgado-Iribarren (Orgs.), **Diccionario electoral**, Madrid: El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados (La Ley), 2009, p. 334. Tradução do original em espanhol: “La existencia de responsabilidad política del poder ejecutivo ante el poder legislativo es un rasgo diferenciador de la forma de gobierno parlamentaria, frene a los sistemas presidencialistas que se caracterizan por la independencia de ambos poderes entre sí, sin perjuicio de las relaciones y controles recíprocos que puedan mantener.”

<sup>273</sup> PINTO, Paulo Brossard de Souza, **O impeachment: aspectos da responsabilidade política do Presidente da República**, Porto Alegre: Oficinas Gráficas da Livraria do Globo, 1965, p. 36.

<sup>274</sup> “Art. 112. El Presidente del Gobierno, previa deliberación del Consejo de Ministros, puede plantear ante el Congreso de los Diputados la cuestión de confianza sobre su programa o sobre una declaración de política general. La confianza se entenderá otorgada cuando vote a favor de la misma la mayoría simple de los Diputados.” (ESPANHA, **Constituição Espanhola (1978)**, Constitución Española, de 6 de diciembre de 1978, BOE n. 311.1, de 29 dez. 1978, *In*: AGUIAR DE LUQUE, Luis; PÉREZ TREMP, Pablo, **Normas políticas**, 19. ed., Madrid: Tecnos, 2017, art. 112.).

meio de *moção de censura*<sup>275</sup>. Em ambos os casos, confirmada a ausência de condições de governabilidade, o Presidente apresenta sua demissão ao Rei e é substituído<sup>276</sup>.

Por outro lado, pode o Presidente do Governo, após deliberação do Conselho de Ministros, mas sob sua exclusiva responsabilidade, propor ao Rei a dissolução do Congresso, do Senado e das Cortes Gerais, o que será feito por decreto<sup>277</sup>. O Decreto Real de dissolução fixará a data das eleições<sup>278</sup>, conterà a *convocatória eleitoral*<sup>279</sup> e deve ser referendado pelo Presidente do Governo<sup>280</sup>.

Assim, a duração dos mandatos dos representantes, no parlamentarismo, é fixada por um período *máximo*, cuja redução eventual não é, por si, disfuncional. Menos anômala ainda é a destituição do chefe do executivo por comprometimento da governabilidade, já que seu procedimento de escolha sequer compete ao eleitorado.

Diversamente, no presidencialismo, a estabilidade democrática se apoia fortemente na duração normal dos mandatos, especialmente o dos governantes. A extinção precoce de mandatos, ainda quando não exija nova atuação do eleitorado, incide sobre a decisão eleitoral

---

<sup>275</sup> “Art. 113, 1. El Congreso de los Diputados puede exigir la responsabilidad política del Gobierno mediante la adopción por mayoría absoluta de la moción de censura.” (ESPAÑA, **Constituição Espanhola (1978)**, art. 113, 1.).

<sup>276</sup> “Art. 114, 1. Si el Congreso niega su confianza al Gobierno, éste presentará su dimisión al Rey, procediéndose a continuación a la designación de Presidente del Gobierno, según lo dispuesto en el artículo 99. 2. Si el Congreso adopta una moción de censura, el Gobierno presentará su dimisión al Rey y el candidato incluido en aquella se entenderá investido a los efectos previstos en el artículo 99. El Rey le nombrará Presidente del Gobierno.” (ESPAÑA, **Constituição Espanhola (1978)**, art. 114, 1 e 2.).

<sup>277</sup> “Artículo 115. 1.El Presidente del Gobierno, previa deliberación del Consejo de Ministros, y bajo su exclusiva responsabilidad, podrá proponer la disolución del Congreso, del Senado o de las Cortes Generales, que será decretada por el Rey. El decreto de disolución fijará la fecha de las elecciones.” (ESPAÑA, **Constituição Espanhola (1978)**, art. 115, 1.).

<sup>278</sup> A data das eleições deve recair no 54º dia seguinte à convocatória eleitoral: “[...] Los decretos de convocatoria señalan la fecha de las elecciones que habrán de celebrarse el día quincuagésimo cuarto posterior a la convocatoria.” (ESPAÑA, **Ley Orgánica del Régimen Electoral General**, Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, BOE n. 147, de 20 jun. 1985, In: AGUIAR DE LUQUE, Luis; PÉREZ TREMP, Pablo. **Normas políticas**. 19. Ed. Madrid: Tecnos, 2017, art. 42, 1.).

<sup>279</sup> “La convocatoria electoral es el acto que pone en marcha o por el que se inicia un proceso electoral, [...] se inicia el período electoral y se pone en marcha todo el procedimiento electoral, que está caracterizado por la sucesión de actos temporalmente tasados dentro de los cincuenta y cuatro días que han de transcurrir entre aquella, la convocatoria, y la celebración de las elecciones.” (ARNALDO ALCUBILLA, Enrique, Convocatoria electoral, in: ARNALDO ALCUBILLA, Enrique; GARCÍA-CAMPERO, Manuel Delgado-Iribarren (Orgs.), **Diccionario electoral**, Madrid: El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados (La Ley), 2009, p. 116–119 passim.).

<sup>280</sup> “Art. 167. [...] 4. El Presidente del Congreso de los Diputados refrenda el Decreto de disolución de las Cortes Generales y de convocatoria de nuevas elecciones en el supuesto previsto en el artículo 99.5, de la Constitución.” (ESPAÑA, **Constituição Espanhola (1978)**, art. 167, 4.).

por este tomada e é inesperada, razão pela qual não deixa de ser sentida, em algum nível, como ruptura da normalidade política.

Na América Latina, em que prepondera o presidencialismo, María Lourdes González observa certa uniformidade no tratamento cuidadoso da periodicidade do voto. Dezoito Constituições analisadas em 2007 fixavam o mandato presidencial, fazendo-o entre 4 e 6 anos, e preponderava a simultaneidade das eleições presidenciais e parlamentares<sup>281</sup>. À exceção de Honduras, Chile e México, o substituto do Presidente é o Vice-Presidente com aquele eleito<sup>282</sup>, o que denota a preocupação em viabilizar – ao menos em tese – a continuidade do governo em caso de impossibilidade de que o titular o faça pessoalmente.

As causas de extinção precoce dos mandatos presidenciais são elencadas no texto constitucional e versam em geral sobre: morte ou incapacidade permanente; renúncia; destituição do cargo pelo Congresso (*impeachment*); abandono do cargo por ausência ao país sem autorização do Congresso ou por tempo superior ao permitido<sup>283</sup>. Entre as causas elencadas por González não está o *recall* – a revocatória de mandato.

A autora salienta que, na América Latina, o *recall* é raramente adotado, ficando amiúde restrito ao âmbito municipal, como no caso do Peru e da Argentina, ou ao poder legislativo, como ocorre no Panamá<sup>284</sup>. Mesmo nos Estados Unidos, essa modalidade de destituição não ultrapassa o âmbito estadual<sup>285</sup>. Acrescenta Jorge Octávio Galvão que, em 2016<sup>286</sup>, “a única notícia no direito comparado de *recall* no âmbito federal vem da Constituição da Venezuela, que prevê, em seu art. 72, o *recall* para todos os cargos eletivos, inclusive o de Presidente da República” – procedimento intentado contra Hugo Chávez, em 2004, sem êxito<sup>287</sup>.

---

<sup>281</sup> GONZÁLEZ, Órganos electivos: composición y periodos electorales, p. 125.

<sup>282</sup> *Ibid.*, p. 129.

<sup>283</sup> *Ibid.*

<sup>284</sup> *Ibid.*, p. 131–132.

<sup>285</sup> GALVÃO, Jorge Octávio Lavocat, Reflexões sobre o recall presidencial: solução para a democracia brasileira?, in: CARVALHO NETO, Tarcísio Vieira; FERREIRA, Telson Luís Cavalcante (Orgs.), **Direito eleitoral: aspectos materiais e processuais**, São Paulo: Migalhas, 216AD, p. 302.

<sup>286</sup> Deve-se destacar a anormalidade normativa em que se encontra a Constituição Venezuelana, eis que vigente porém submetida a reforma por uma Assembleia Nacional Constituinte (ANC), contexto no qual as eleições de dezembro de 2018 se viram antecipadas para maio, resultando na reeleição de Nicolás Maduro, seguida de juramento perante a ANC, ainda que o novo mandato somente tenha início, em observância ao texto constitucional vigente, em 10/01/2019. O cenário, no qual uma Constituição em vigor convive com um Assembleia Constituinte que daquela cumpre o que lhe convém, ilustra o sem-sentido de se pretender utilizar a linguagem normativa para além de seus limites, a que aduz Genaro Carrió. (CARRÍO, **Sobre los límites del lenguaje normativo**.)

<sup>287</sup> GALVÃO, Reflexões sobre o recall presidencial: solução para a democracia brasileira?, p. 302–303.



O *recall* tem em comum com a moção de censura do parlamentarismo possibilitar “a destituição de governante sem apoio político”, pois “não demanda qualquer motivo específico para ser deflagrado, bastando que o político caia em descrédito”<sup>288</sup>. Mas, ao contrário daquela, dá-se por decisão de competência do eleitorado. Conforme explica González, o procedimento geralmente se inicia por uma petição revocatória subscrita por eleitores ou outros legitimados, pela qual se concretiza a ideia de que “os eleitores devem manter mecanismos de responsabilização dos representantes, compreendidos como funcionários eleitos em processos democráticos”<sup>289</sup>.

Tal lógica não se acomoda facilmente no presidencialismo latino-americano, que deposita alta carga simbólica na figura do Presidente da República e convive historicamente com golpes de Estado em face dos quais ainda se procura consolidar a institucionalidade comandada por Constituições democráticas<sup>290</sup>. A princípio, soa pertinente a advertência de que a incerteza que o *recall* insere no sistema é apta a produzir “efeito perverso, ensejando crises institucionais ainda mais agudas”<sup>291</sup>. Ainda assim, é preciso testar a aderência da proposta ao discurso constitucional.

No contexto constitucional brasileiro, identifica-se que a rigidez da periodicidade do voto integra o código intradiscursivo pelo qual deve ser compreendido o processo eleitoral. A uma, o voto periódico é resguardado contra emendas tendentes a aboli-lo<sup>292</sup>. A duas, o *recall* não consta como previsão originária da Constituição.

Esse desenho não se mostra favorável à adoção do *recall*, indicando a potencial inconstitucionalidade de propostas de emenda constitucional que facilitem a revocatória. Como aponta González, o *recall* vulnera a periodicidade do voto, porque elimina a possibilidade de que seja a eleição seguinte o fator determinante da extinção do mandato<sup>293</sup>. Reconhece-se,

---

<sup>288</sup> *Ibid.*, p. 301.

<sup>289</sup> GONZÁLEZ, Órganos electivos: composición y periodos electorales, p. 131. Tradução do original em espanhol extraída do trecho: “El derecho de revocatoria es un instrumento de participación democrática de la ciudadanía que se basa en la teoría de que los electores deben mantener mecanismos de rendición de cuentas sobre los representantes percibidos como funcionarios electos en procesos democráticos. Las razones de revocatoria son diversas y conllevan casi siempre un proceso de petición de firmas, seguida de una elección especial en la que se decide sobre la sustitución del funcionario electo.”

<sup>290</sup> María Lourdes González destaca: “Entre los factores expuestos no se ha mencionado uno muy común en la historia política de varios países de la región: el golpe de Estado, ya que tratamos sólo aquellos factores contemplados en los textos constitucionales.” (*Ibid.*, p. 129.).

<sup>291</sup> GALVÃO, Reflexões sobre o recall presidencial: solução para a democracia brasileira?, p. 303.

<sup>292</sup> BRASIL, **Constituição (1988)**, art. 60, §4º, II.

<sup>293</sup> GONZÁLEZ, Órganos electivos: composición y periodos electorales, p. 132.

todavia, que a definição do que venha a ser “tendente a abolir” deve ocorrer argumentativamente, testando-se propostas apresentadas em face das normas coinstitucionalizante do processo eleitoral.

A análise da PEC 21/2015<sup>294</sup>, em trâmite no Senado Federal, redundante, com facilidade, na conclusão pela completa falta de aderência ao discurso constitucional<sup>295</sup>. Em um modelo absolutamente desconfigurado de um instituto cujo fundamento de legitimidade é assegurar a responsividade dos eleitos frente aos eleitores, a proposta aprovada na CCJ do Senado Federal, com Substitutivo do Senador Antônio Anastasia<sup>296</sup>, contempla os seguintes pontos: i) aplicação apenas ao mandato de Presidente da República – o que, conforme posto, somente encontra precedente na Venezuela; ii) subscrição da proposta de revogação do mandato por 10% dos eleitores que compareceram na última eleição – metade do exigido na Venezuela<sup>297</sup>; iii) aprovação pelo Congresso, seguindo-se procedimento por via do referendo – o que implica admitir a *revogação* por maioria *simples*<sup>298</sup>, enquanto a *eleição* de Presidente exige a maioria *absoluta*, se necessário em dois turnos de votação<sup>299</sup>; iv) a sucessão direta pelo Vice-Presidente, sem convocação de novas eleições – o que é contrastante com a premissa de que tal cargo existe para *dar continuidade* ao governo, em caso de impossibilidade do Presidente, daí se extraindo que ou se daria continuidade a um governo *débil*, ou o Vice-Presidente daria início a *um novo governo* que não foi sufragado nas urnas. Como únicos freios, estão a proibição de instauração

---

<sup>294</sup> SENADO FEDERAL, Senador Antônio Carlos Valadares, Proposta de Emenda à Constituição n. 21, de 2015, Altera a redação do art. 14 da Constituição Federal, inserindo incisos que criam dois novos institutos da democracia participativa, o Direito de Revogação e o Veto Popular, Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/120006>, Acesso em: 11 ago. 2018.

<sup>295</sup> À mesma conclusão chega Fernando Gaspar Neisser, para quem, pela PEC 21/2015, longe de criar-se um procedimento “pelo qual o povo pudesse realizar diretamente o controle do exercício do poder, instrumentaliza-se esse mesmo povo para que Câmara e Senado coloquem os presidentes contra a parede de tempos em tempos”. (NEISSER, Fernando Gaspar. Porque a “PEC do recall” não garante soberania popular. In: **Huffpost**, 22 jun. 2017. Disponível em: [https://www.huffpostbrasil.com/fernando-neisser/porque-a-pec-do-recall-nao-garante-a-soberania-popular\\_a\\_22583182/](https://www.huffpostbrasil.com/fernando-neisser/porque-a-pec-do-recall-nao-garante-a-soberania-popular_a_22583182/). Acesso em: 22 jan. 2019.).

<sup>296</sup> SENADO FEDERAL, Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania, Parecer (SF) n. 64, de 2017, Disponível em: <http://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=5366309&disposition=inline>, Acesso em: 11 ago. 2018.

<sup>297</sup> GALVÃO, Reflexões sobre o recall presidencial: solução para a democracia brasileira?, p. 303.

<sup>298</sup> “Art. 10. O plebiscito ou referendo, convocado nos termos da presente Lei, será considerado aprovado ou rejeitado por maioria simples, de acordo com o resultado homologado pelo Tribunal Superior Eleitoral.” (BRASIL, **Lei 9.709, de 18 de novembro de 1998**, art. 10.).

<sup>299</sup> “Art. 77. [...] § 2º Será considerado eleito Presidente o candidato que, registrado por partido político, obtiver a maioria absoluta de votos, não computados os em branco e os nulos. § 3º Se nenhum candidato alcançar maioria absoluta na primeira votação, far-se-á nova eleição em até vinte dias após a proclamação do resultado, concorrendo os dois candidatos mais votados e considerando-se eleito aquele que obtiver a maioria dos votos válidos.” (BRASIL, **Constituição (1988)**, art. 77, §§2º e 3º.).

do procedimento no primeiro e no último ano do mandato e a limitação do manejo do *recall* a um por mandato<sup>300</sup>.

A revogação do mandato por procedimento mais simples que o exigido para a formação do mandato presidencial vulnera não apenas a periodicidade do voto, mas, também, o devido processo legal. Toda a complexidade do procedimento eleitoral, no qual as opções políticas são submetidas a variados testes até a proclamação de um eleito, é subitamente reduzida a uma indagação binária, na qual a resposta *sim* pode ser dada sem qualquer consideração aos efeitos políticos da interrupção do mandato.

Para deter-se apenas sobre o aspecto do quórum de aprovação, o caminho, se vier a ser percorrido, deve ser o inverso: “com a eleição presidencial é decidida por maioria absoluta de votos válidos, seria razoável exigir um quórum um pouco mais elevado para essa medida excepcional”<sup>301</sup>. Seria um componente mínimo para, *no presidencialismo*, em que o mandato de Presidente da República tem sua legitimidade extraída diretamente do processo eleitoral, falar-se em “governo débil”: aquele que deixa de ser respaldado por número de eleitores maior do que os exigidos para a decisão de formação do mandato.

Elizabeth Garrett, em percuciente análise do *recall* da Califórnia (2003), alerta quanto à iniciativa popular, referendo e o *recall*: “o desenho da democracia direta deve ser consistente com o objetivo de empoderar a maioria relativamente desorganizada no combate à influência da minoria organizada, mas exaltada na arena legislativa”<sup>302</sup>. Porém, a PEC 21/2015 obedece a lógica diversa, de favorecer a atuação estratégica de parlamentares e grupos insatisfeitos, quiçá inconformados com a derrota nas urnas. O que se constata é a simples legitimação plebiscitária da destituição política do Presidente da República pelo Congresso. Isso, longe de superar as usuais dificuldades do “presidencialismo de coalização”, torna o governante eleito refém dos interesses de ocasião de uma maioria parlamentar que lhe seja contrária.

As vias constitucionalmente previstas como exceção ao término normal do mandato presidencial são: i) ação de impugnação do mandato eletivo (AIME)<sup>303</sup>; ii) não assunção do

---

300

<sup>301</sup> GALVÃO, Reflexões sobre o recall presidencial: solução para a democracia brasileira?, p. 303.

<sup>302</sup> GARRETT, Elizabeth, Democracy in the Wake of the California Recall, **University of Pennsylvania Law Review**, v. 98, n. 2000, p. 239–284, 2004, p. 243.

<sup>303</sup> “Art. 14. [...] §10. O mandato eletivo poderá ser impugnado ante a Justiça Eleitoral no prazo de quinze dias contados da diplomação, instruída a ação com provas de abuso do poder econômico, corrupção ou fraude.” (BRASIL, **Constituição (1988)**, art. 14, §10.).

cargo nos dez dias seguintes à data marcada para a posse, salvo motivo de força maior<sup>304</sup>; iii) condenação por crime de responsabilidade (*impeachment*)<sup>305</sup>.

Para os membros do Congresso Nacional, as causas específicas são<sup>306</sup>: i) infringência às vedações dos cargos respectivos, previstas no art. 54 da CRFB<sup>307</sup>; ii) incompatibilidade com o decoro parlamentar<sup>308</sup>; iii) ausência injustificada a um terço ou mais das sessões ordinárias da Casa respectiva, em cada sessão legislativa; iv) perda ou suspensão dos direitos políticos; v) decisão da Justiça Eleitoral, nas hipóteses constitucionalmente previstas; vi) trânsito em julgado da sentença criminal condenatória. Aos parlamentares também se aplica a AIME.

Há que se considerar no rol, também, a renúncia e a morte. Mas, porque a primeira é ato potestativo do titular do mandato e a segunda fato incontornável, não há como lhes opor a incidência da periodicidade das eleições. Situação diversa se tem nos casos em que se divisa a extinção antecipada do mandato como consequência jurídica negativa imposta à conduta do eleito.

Em relação à AIME, o próprio TSE já se pronunciou no sentido de que “a Constituição Federal de 1988 estabeleceu, no art. 14, § 10, qual é o único veículo pelo qual é possível impugnar o mandato já reconhecido pela Justiça Eleitoral”<sup>309</sup>. Não obstante, existem outras

---

<sup>304</sup> “Art. 78. [...] Parágrafo único. Se, decorridos dez dias da data fixada para a posse, o Presidente ou o Vice-Presidente, salvo motivo de força maior, não tiver assumido o cargo, este será declarado vago.” (BRASIL, **Constituição (1988)**, art. 78, parágrafo único.).

<sup>305</sup> “Art. 52. Compete privativamente ao Senado Federal: I - processar e julgar o Presidente e o Vice-Presidente da República nos crimes de responsabilidade [...] Parágrafo único. Nos casos previstos nos incisos I e II, funcionará como Presidente o do Supremo Tribunal Federal, limitando-se a condenação, que somente será proferida por dois terços dos votos do Senado Federal, à perda do cargo, com inabilitação, por oito anos, para o exercício de função pública, sem prejuízo das demais sanções judiciais cabíveis.” (BRASIL, **Constituição (1988)**, art. 52, I e parágrafo único).

<sup>306</sup> BRASIL, **Constituição (1988)**, art. 55.

<sup>307</sup> “Art. 54. Os Deputados e Senadores não poderão: I - desde a expedição do diploma: a) firmar ou manter contrato com pessoa jurídica de direito público, autarquia, empresa pública, sociedade de economia mista ou empresa concessionária de serviço público, salvo quando o contrato obedecer a cláusulas uniformes; b) aceitar ou exercer cargo, função ou emprego remunerado, inclusive os de que sejam demissíveis "ad nutum", nas entidades constantes da alínea anterior; II - desde a posse: a) ser proprietários, controladores ou diretores de empresa que goze de favor decorrente de contrato com pessoa jurídica de direito público, ou nela exercer função remunerada; b) ocupar cargo ou função de que sejam demissíveis "ad nutum", nas entidades referidas no inciso I, "a"; c) patrocinar causa em que seja interessada qualquer das entidades a que se refere o inciso I, "a"; d) ser titulares de mais de um cargo ou mandato público eletivo. (BRASIL, **Constituição (1988)**, art. 54.).

<sup>308</sup> “Art. 55. [...] § 1º - É incompatível com o decoro parlamentar, além dos casos definidos no regimento interno, o abuso das prerrogativas asseguradas a membro do Congresso Nacional ou a percepção de vantagens indevidas.” (BRASIL, **Constituição (1988)**, art. 55, §1º.).

<sup>309</sup> BRASIL, Tribunal Superior Eleitoral, Recurso Contra a Expedição de Diploma 8-84 PI, Relator: Min. José Antônio Dias Toffoli, Julgado em: 17 set. 2013, **DJe**, t. 216, p. 54-55, Publicado em: 12 nov. 2013.

ações eleitorais sancionatórias que, sob denominações diversas – cassação do registro de candidatura e cassação do diploma – conduzem à extinção antecipada do mandato. Ainda, decorre de criação pela Resolução TSE 22.610/2007, posteriormente positivada no art. 22-B da Lei 9.096/1995, a ação de perda de mandato por infidelidade partidária.

Quanto ao *impeachment*, embora inserido no processo político-sancionatório e, como tal, não constituir objeto da presente pesquisa, é pertinente situá-lo, como excepcional forma de extinção antecipada do mandato eletivo.

O *impeachment* se distingue do *recall* e da *moção de desconfiança* por ter como “requisito de procedibilidade o cometimento de algum ilícito por parte do governante”<sup>310</sup>. Embora de contornos políticos, é um procedimento para apuração de crime de responsabilidade e, não, de destituição do governante, em decorrência seja da insatisfação popular, seja da percepção de sua debilidade por parte da maioria parlamentar.

Paulo Brossard de Souza Pinto, em 1965, situou com precisão o *impeachment* no regime presidencialista.

Primeiro, destaca que, no parlamentarismo, descabe falar em responsabilidade política do Chefe de Governo perante o parlamento, tanto porque não é este quem governa, mas, sim, o gabinete, como órgão colegiado; quanto porque “o govêrno é a expressão visível da maioria parlamentar, [...] o gabinete não passa de uma comissão da Câmara, a primeira e mais importante de suas comissões”<sup>311</sup>.

Segundo, explica que, mesmo em relação ao gabinete, a “expressão responsabilidade política ou ministerial” não tem conotação de infração jurídica e somente pode ser compreendida como “dever, legal ou consuetudinário, de exonerar-se coletivamente o govêrno, [...] ou um de seus membros individualmente, quando deixa de contar com a confiança da maioria parlamentar, o que se verifica de modo direto ou indireto, segundo critérios puramente políticos [...]”<sup>312</sup>.

---

<sup>310</sup> GALVÃO, Reflexões sobre o recall presidencial: solução para a democracia brasileira?, p. 301.

<sup>311</sup> PINTO, **O impeachment: aspectos da responsabilidade política do Presidente da República**, p. 36. O autor deixa claro seu ponto: “No sistema parlamentar, porque não governa, o Presidente é politicamente irresponsável. O govêrno cabe ao ministério, gabinete ou conselho de ministros, órgão colegiado, com unidade política, homogeneidade, solidariedade coletiva e co-responsabilidade na política do govêrno [...] Politicamente responsável é o gabinete, porque o gabinete governa. O Presidente, que preside e não governa, não tem responsabilidade política; só é responsável em casos de alta traição.” (*Ibid.*, p. 36–37.).

<sup>312</sup> PINTO, **O impeachment: aspectos da responsabilidade política do Presidente da República**, p. 35–36.

Há, portanto, uma continuidade entre o parlamento e o governo, em razão da qual, uma vez rompida a confiança, cai desde logo o governo. Daí não haver ensejo para a adoção de um procedimento acusatório que, ao final, objetivasse a destituição do gabinete.

Brossard conclui então que o *impeachment* se amolda à noção de responsabilidade política própria do presidencialismo e delinea o objeto do procedimento: “com fases e formas que o assemelham ao processo judicial, não se apura senão a responsabilidade política, através da destituição da autoridade e sua eventual desqualificação para o exercício de outro cargo”<sup>313</sup>. Não se almeja a punição pessoal do agente, mas tampouco se abre ao Senado Federal, no julgamento, discricionariedade equivalente à que tem o parlamento no parlamentarismo.

É com esses contornos que deve ser compreendida a possibilidade de manejo do *impeachment* como exceção ao término normal do mandato. Não é ínsito à coinstitucionalidade da CRFB que seja ele adotado como sucedâneo do *recall* ou da *moção de desconfiança*. Nesse particular, contando o Brasil com 2 Presidentes destituídos direta ou indiretamente em decorrência de *impeachment* ainda controversos (Fernando Collor de Mello, em 1992, e Dilma Vana Rousseff, em 2016)<sup>314</sup>, o instituto fica a demandar não apenas teorização adequada ao princípio democrático como, também, lei que estruture seu procedimento no contexto do devido processo legal.

Por fim, tem-se a possibilidade de extinção antecipada dos mandatos parlamentares por causas majoritariamente afetas ao processo político-sancionatório. Como exceção, está a previsão de decisões da Justiça Eleitoral, constando da CRFB, art. 55, V a remissão expressa a “hipóteses constitucionalmente previstas”. Como visto, a AIME é a única modalidade de perda de mandato atribuída à competência da Justiça Eleitoral, mas seguem aplicadas, com base na legislação infraconstitucional, sanções equivalentes à perda de mandato.

Em arremate, o que se tem, quanto à inserção constitucional do voto periódico, é a premência pela observância do término normal dos mandatos eletivos. A CRFB erige por premissa a rigidez da temporalidade dos procedimentos eleitorais. Poucas são as situações excepcionantes e, dada a proteção como *cláusula pétrea*, a aplicação dessas hipóteses deve ser interpretada restritivamente.

---

<sup>313</sup> *Ibid.*, p. 37.

<sup>314</sup> Para uma análise do *impeachment* da Presidenta Dilma Rousseff, permeada por contrapontos e com comparativo com o *impeachment* de Fernando Collor, cf.: FALCÃO, Joaquim; ARGUELLHES, Diego Werneck; PEREIRA, Thomaz (Orgs.), **Impeachment de Dilma Rousseff: entre o Congresso e o Supremo**, Belo Horizonte: Letramento (Casa do Direito); FGV Direito Rio, 2017.

### 1.2.3.7. Voto universal: uma impropriedade terminológica

O inciso II do §4º do art. 60 da CRFB faz referência ao “voto universal” dentre as denominadas cláusulas pétreas<sup>315</sup>.

Uma vez apontada a distinção entre sufrágio e voto, simples concluir que se está diante de uma impropriedade terminológica. Afinal, não se concebe de que modo a universalidade possa qualificar o exercício da competência decisória do órgão colegiado eleitoral. *Universal* é o termo pelo qual se coinstucionaliza a amplitude da comunidade jurídica a que corresponde a Cidadania. A referência ao “voto universal” constitui uma metonímia, em que “voto”, aspecto intrínseco do procedimento eleitoral, quer significar “sufrágio”, premissa de participação no processo eleitoral.

Por conseguinte, resta, por inviabilidade lógica da terminologia “voto universal”, desconsiderá-la nessa etapa de elucidação do sentido de *voto*.

### 1.2.4 *Partidos políticos: organizações políticas não estatais com participação ad coadjuvandum em relação aos cidadãos*

Uma revisão histórica dos partidos políticos pode contrapor concepções tradicionais, que privilegiam o enfoque em seu aspecto organizativo e na estratégia eleitoral, e as concepções orgânicas, em que prepondera a preocupação com a conscientização política, especialmente a de classe<sup>316</sup>. Do ponto de vista normativo constitucional, o art. 17 da CRFB traz o reconhecimento da liberdade de criação e da autonomia partidária no *caput* e no §1º do art. 17 da CRFB, princípios que moldam sua forma de participação no processo eleitoral, especialmente referida: a) na liberdade de formação de coligações (a partir de 2020, apenas majoritárias); b) na inexigência de verticalização das coligações<sup>317</sup>.

<sup>315</sup> BRASIL, **Constituição (1988)**, art. 60, §4º, II.

<sup>316</sup> Essas concepções são cotejadas em: MEZZARROBA, Orides, **O partido político no Brasil: teoria, história e legislação**, Joaçaba: UNOESC, 1995. A concepção tradicional tem seu delineamento fundamental em: MICHELS, Robert, **Sociologia dos partidos políticos**, Brasília: UNB, 1982; CHARLOT, Jean, **Curso de introdução à ciência política**, Brasília: UNB, 1984; DUVERGER, Maurice, **Os partidos políticos**, Rio de Janeiro: Guanabara, 1987. Para uma abordagem detalhada da concepção orgânica, conferir: ROSSANDA, Rosana *et al* (Orgs.), **Teoria marxista do partido político**, Mexico: Ediciones Passado e Presente, 1987.

<sup>317</sup> “Art. 17. É livre a criação, fusão, incorporação e extinção de partidos políticos, resguardados a soberania nacional, o regime democrático, o pluripartidarismo, os direitos fundamentais da pessoa humana e observados os seguintes preceitos: I - caráter nacional; II - proibição de recebimento de recursos financeiros de entidade ou governo estrangeiros ou de subordinação a estes; III - prestação de

Essa conformação inaugura um novo paradigma, em que os partidos políticos são inseridos, integralmente, no âmbito da *Cidadania* e, não mais, da *estatalidade*, a significar a impossibilidade de ingerência ideológica do Estado nos partidos políticos. Contudo, observa-se, no âmbito legislativo e judicial, embaraços à implementação desse paradigma. Dos diversos fatores que concorrem para esse problema, cumpre destacar a renitente desvinculação do *devido processo legal* do processo de formação dos mandatos, que o torna cooptável por discursos moralizantes de viés teleológico.

O retrospecto histórico da legislação brasileira permite constatar que a formulação do conceito *legal* de partido político abriga, desde sua origem, uma conformação ideológica. Duas foram as Leis Orgânicas produzidas no período da Ditadura, a impor uma *destinação pública* aos partidos políticos: “assegurar, no interesse do regime democrático, a autenticidade do sistema representativo” e “defender os direitos humanos fundamentais, definidos na Constituição”<sup>318</sup>.

Como pessoas jurídicas de *direito público interno*, os partidos eram considerados, precipuamente, entes corresponsáveis pela salvaguarda do ordenamento jurídico – colaboradores do Estado, portanto, e, não, organizações voltadas para a conquista do poder político<sup>319</sup>. A incorporação, pelo Estado, dos partidos políticos representa a apropriação orgânica e jurídica desses entes, como estratégia de amortização do propósito social de sua organização. O único projeto político então reputado legítimo é o do próprio Estado. A noção de que os partidos políticos são portadores de uma racionalidade autônoma voltada para o bem comum presta-se a diluir as ambições dos indivíduos que os formam.

---

contas à Justiça Eleitoral; IV - funcionamento parlamentar de acordo com a lei. § 1º É assegurada aos partidos políticos autonomia para definir sua estrutura interna e estabelecer regras sobre escolha, formação e duração de seus órgãos permanentes e provisórios e sobre sua organização e funcionamento e para adotar os critérios de escolha e o regime de suas coligações nas eleições majoritárias, vedada a sua celebração nas eleições proporcionais, sem obrigatoriedade de vinculação entre as candidaturas em âmbito nacional, estadual, distrital ou municipal, devendo seus estatutos estabelecer normas de disciplina e fidelidade partidária.” (BRASIL, **Constituição (1988)**, art. 17, *caput* e §1º).

<sup>318</sup> A primeira finalidade é prevista desde 1965, no art. 2º da primeira Lei Orgânica dos Partidos Políticos. (BRASIL, **Lei Orgânica dos Partidos Políticos (1965)**, Lei 4.740, de 15 de julho de 1965. Lei Orgânica dos Partidos Políticos, **DOU**, 19 jul. 1965, Seção 1, p. 6.764, art. 2º.). Posteriormente, a segunda Lei Orgânica dos Partidos Políticos, publicada em 1971, incorpora ao conceito legal a segunda finalidade, com a redação alterada pela Lei 6.767/1979, ainda em contexto ditatorial. (BRASIL, **Lei Orgânica dos Partidos Políticos (1971)**, Lei 5.682, de 21 de julho de 1971, Lei Orgânica dos Partidos Políticos, **DOU**, 21 jul. 1971, Seção 1, p. 5.673, art. 2º.).

<sup>319</sup> Esse argumento é desenvolvido e aprofundado em GRESTA, Roberta Maia; FERREIRA, Lara Marina; BRACARENSE, Mariana Sousa, Parâmetros de legitimidade da atuação dos partidos políticos no processo jurisdicional eleitoral, *in*: GUERRA, Arthur Magno e Silva; BARACHO JÚNIOR, José Alfredo; BERNARDES, Flávio Couto (Orgs.), **Direito eleitoral: 30 anos de democracia**, Belo Horizonte: [s.n.], 2018, p. 213–245.



Havia, portanto, a pretensão de submeter a organização política dos cidadãos a desígnios estabelecidos pelo Estado. Tratava-se, então, de uma construção que, compatível com o paradigma constitucional autoritário, destinava-se a inibir o papel político que justifica a própria opção pela organização sob a forma de partidos políticos.

Essa estratégia, contudo, encontraria resistência. A complexidade dos partidos políticos está em que, ao se apresentarem como “o lugar onde se opera a mediação política”<sup>320</sup>, canalizam interesses voltados à conquista de *poder* – seja através das eleições, do alargamento do espaço de participação popular ou do direcionamento para o alcance de poder simbólico<sup>321</sup> –, mas não o fazem de maneira unidirecionada. Colocam-se como instrumentos multifrontes, de eleitores, filiados, dirigentes partidários, candidatos e, mesmo, representantes eleitos. Há uma ambivalência na potencialidade dos partidos políticos que não pode ser dissipada por força de lei<sup>322</sup>.

Essa ambivalência dos partidos políticos, contudo, jamais foi acolhida por Estados autoritários, exatamente porque estes buscam repelir forças sociais contrárias à pretensão de homogeneização social. Havendo, no caso brasileiro, sucessivas ocasiões de implantação daquele modelo estatal, observou-se também uma dinâmica de juridicização dos partidos políticos que, ao contrário do que podem sugerir algumas obras, não pode ser analisada com base no ocorrido na Europa, marcada por um crescimento no prestígio das agremiações<sup>323</sup>. Assim, em estudo prévio a respeito do tema, realizado em coautoria com Lara Marina Ferreira e Mariana Sousa Bracarense, sustentou-se que, no Brasil, após uma etapa de *assimilação*, na qual há “o reconhecimento jurídico da existência dos partidos, com a consequente atribuição de faculdades jurídicas a eles, sem que, no entanto, lhes fosse exigida a constituição sob forma

---

<sup>320</sup> BERSTEIN, Serge, Os partidos, *in*: REMÓND, René (Org.), **Por uma história política**, Rio de Janeiro: FGV, 2003, p. 61.

<sup>321</sup> BOURDIEU, Pierre, **A economia das trocas simbólicas**, São Paulo: Perspectiva, 2009.

<sup>322</sup> Desse modo, “[...] há limites para o que o Direito, como sistema de normas, é capaz de alterar no fenômeno social. O estabelecimento, pelo Direito, de requisitos de existência, validade e eficácia jurídica para os fatos que apanha não interfere na motivação dos indivíduos que se valem das formas institucionais previstas na lei. Grupos de pessoas continuarão a formar e integrar partidos porque almejam o poder, porque consideram suas ideias melhores ou porque decidem lutar por seus próprios interesses (ainda que estes tenham feição altruísta). Mas, dificilmente, requererão registro ao TSE movidos pelas finalidades legalmente estipuladas de assegurar a autenticidade do sistema representativo e defender direitos fundamentais. Se estes forem os objetivos de um determinado grupo, provavelmente preferirá outro caminho, como a organização não governamental ou a fundação privada”. (GRETA; FERREIRA; BRACARENSE, Parâmetros de legitimidade da atuação dos partidos políticos no processo jurisdicional eleitoral, p. 224–225.).

<sup>323</sup> É o que faz Fávila Ribeiro, ao tomar a clássica concepção de Triepel, assumindo como premissa que os partidos passaram por três fases: ignorância, legalização e institucionalização. (RIBEIRO, Fávila, **Direito Eleitoral**, 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996, p. 287.).

propriamente jurídica”, atinge-se a fase da *apropriação*, “em que o Direito assume, com exclusividade, a função de regular a existência dos partidos políticos”<sup>324</sup>.

Ao contrário do ocorrido na Europa logo ao início da fase de *institucionalização*, a etapa de *apropriação* não se caracteriza pela atribuição de prestígio legal ou constitucional aos partidos: o Decreto-Lei n. 37/1937, que “dispõe sobre os partidos políticos”, cuida de dissolvê-los, medida que alcança tanto as “arregimentações partidárias” registradas perante a – também extinta – Justiça Eleitoral quanto as “milícias cívicas e organizações auxiliares”<sup>325</sup>. A *consideranda* que antecede a disposição legal imputa aos partidos então existentes a criação de uma atmosfera de “excitação e desassossego permanentes” e afirma que as aspirações e necessidades da Nação sobrepõem-se às lutas partidárias de conquista do poder público, que ameaçam as “tradições do povo brasileiro”<sup>326</sup>.

Desse modo, a primeira vez em que o conceito *partido político* foi adotado pela legislação brasileira, o foi com o propósito de proibi-los, em nome de supostos valores patrióticos a serem preservados. O deliberado propósito de controle estatal é confirmado pela proibição de constituição, “até a promulgação de lei eleitoral”, de qualquer organização com “propósito próximo ou remoto de transformá-la em instrumento de propaganda de ideias políticas”<sup>327</sup>.

Tal receio de *desassossego permanente* a que fez menção o Decreto-lei n. 37/1937 atravessou, latente, o breve período democrático instaurado com a Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1946. A pioneira referência constitucional expressa à “representação proporcional dos partidos políticos nacionais, na forma que a lei prescrever”<sup>328</sup> ficou sem concretização até 1965, quando, então, editada a lei de feições autoritárias. Nela, a cassação do registro paira como ameaça a qualquer organização partidária que, na interpretação do governo militar, contrarie o *regime democrático*<sup>329</sup>.

---

<sup>324</sup> GRESTA; FERREIRA; BRACARENSE, Parâmetros de legitimidade da atuação dos partidos políticos no processo jurisdicional eleitoral, p. 219–220.

<sup>325</sup> BRASIL, Decreto-lei n. 37, de 2 de dezembro de 1937, Dispõe sobre partidos políticos, **DOU**, 4 dez. 1937, seção 1, p. 23.961, art. 1º, §§1º e 2º.

<sup>326</sup> *Ibid.*

<sup>327</sup> *Ibid.*, art. 3º.

<sup>328</sup> BRASIL, **Constituição (1934)**, art. 134. Relata Afonso Arinos de Melo Franco que essa redação se sagrou vitoriosa após ter sido aventada, nos debates da Constituinte a possibilidade de resgatar o termo *correntes de opinião*. (FRANCO, Afonso Arinos de Melo, **História e teoria do partido político no direito constitucional brasileiro**, [s.l.: s.n.], 1948.)

<sup>329</sup> “Terá cancelado, por extinção, o seu registro, o partido que, por sua ação, vier a contrariar o regime democrático e os princípios referidos no art. 5º.” (BRASIL, **Lei Orgânica dos Partidos Políticos (1965)**, art. 46.).

Já na vigência da Constituição de 1988, a Lei n. 9.096/1995 (LPP) replica a inadequada pretensão diretiva das leis ditatoriais<sup>330</sup>. O vigente conceito legal absorve da Constituição apenas a alteração da forma jurídica dos partidos políticos (pessoa jurídica de *direito privado*), em colisão com a liberdade e autonomia partidárias inscritas no paradigma do Estado Democrático de Direito. A persistência na estipulação legal de *finalidades institucionais* dos partidos políticos ignora que estes constituem *locus* de exercício dos direitos fundamentais de associação e participação política dos cidadãos, *inclusive* para o questionamento do direcionamento estatal.

A CRFB não buscou, em seu texto, inibir a ambivalência dos partidos políticos. Estabeleceu princípios em que se circunscrevem os partidos políticos, ao determinar que sejam “resguardados a soberania nacional, o regime democrático, o pluripartidarismo, os direitos fundamentais da pessoa humana”. Delineou, com isso, o que Eneida Desiree Salgado denomina *autonomia mitigada*: não poderá ser criado partido político cujo estatuto contemple “como objetivos a afronta à soberania nacional, a volta do bipartidarismo ou a instalação de um regime de partido único, a instituição de um regime autoritário ou a discriminação de um determinado grupo social”<sup>331</sup>.

Mas, conforme observa Desiree Salgado, “distinta é a questão de sua prática política”<sup>332</sup>. Parece, por isso, adequado remeter a ideia de *mitigação* ao âmbito da *liberdade partidária* – de criação, a abranger a estipulação de seus objetivos – exatamente para distinguir do âmbito da *autonomia partidária* – que abrange sua organização funcionamento, inclusive eleitoral –, que mais interessa à elucidação do significado dos partidos políticos na normatividade coconstituente do processo eleitoral.

Nesse segundo âmbito, não se pode sustentar o direcionamento *legal* da *atividade* partidária, que é sugerido pela LPP na afirmação de que os partidos políticos *se destinam a assegurar* autenticidade do sistema representativo e a *defender* direitos fundamentais. Nesse caso, o suposto prestígio ao sistema representativo e aos direitos fundamentais oculta a possibilidade de que o Estado, especialmente por meio de sua atividade judicial, interfira no

---

<sup>330</sup> “O partido político, pessoa jurídica de direito privado, destina-se a assegurar, no interesse do regime democrático, a autenticidade do sistema representativo e a defender os direitos fundamentais definidos na Constituição Federal.” (BRASIL, **Lei dos Partidos Políticos (1995)**, Lei 9.096, de 19 de setembro de 1995, Dispõe sobre partidos políticos, regulamenta os arts. 17 e 14, § 3º, inciso V, da Constituição Federal, **DOU**, 20 set. 1995, Seção 1, p. 14.545, art. 1º.).

<sup>331</sup> SALGADO, Eneida Desiree, Os partidos políticos e o estado Democrático: a tensão entre a autonomia partidária e a exigência de democracia interna, *in*: SALGADO, Eneida Desiree; DANTAS, Ivo (Orgs.), **Partidos políticos e seu regime jurídico**, Curitiba: Juruá, 2013, p. 145.

<sup>332</sup> *Ibid.*

funcionamento partidário com o objetivo de conformá-lo a uma específica compreensão do desenho do sistema representativo e obstar atividades que, puramente estratégicas, podem não ter relação com a *defesa* de direitos humanos. Esse o sentido da crítica já apresentada em texto de coautoria com Lara Marina Ferreira e Mariana Bracarense:

*A autenticidade do sistema representativo não é uma missão a ser desempenhada pelos partidos – os quais podem licitamente almejar todos os cargos em disputa – mas pelo legislador, que, ao dispor sobre as regras do sistema eleitoral, deve pautar-se por assegurar a representatividade (por que não dizer?) das diversas correntes de opinião sociais. Outrossim, desde que não integram a estrutura estatal, não parece adequado que a *defesa de direitos fundamentais* seja atribuída aos partidos como algo semelhante a uma função institucional, até porque as liberdades de associação e participação políticas são, em si, direitos fundamentais dos cidadãos, exercidos pelos indivíduos *por meio* dos partidos políticos.<sup>333</sup>*

Assim, a CRFB deixou aos cidadãos o espaço de livre conformação de suas agremiações políticas, no que concerne à estrutura interna, organização, funcionamento, formação de coligações majoritárias e estipulação de regras sobre disciplina e fidelidade partidária. Nesse campo, devem ser observados preceitos relativos ao caráter nacional, à vedação de subsídios governamentais e de organização paramilitar, ao dever de prestar contas e à observância de regras sobre o funcionamento parlamentar.

É com esse desenho que aportam os partidos políticos na normatividade coconstitucionalizante do processo eleitoral, especialmente para exercer uma prerrogativa central e controversa: delimitar o universo de potenciais candidatos, o que decorre da exigência de filiação partidária como requisito para a candidatura<sup>334</sup>. Trata-se de traço único na América Latina<sup>335</sup>. Na crítica de Aragón Reyes, é ainda mais restritivo à elegibilidade que o monopólio

---

<sup>333</sup> GRESTA; FERREIRA; BRACARENSE, Parâmetros de legitimidade da atuação dos partidos políticos no processo jurisdicional eleitoral, p. 224.

<sup>334</sup> “Art. 14, §3º. São condições de elegibilidade, na forma da lei: [...] V - a filiação partidária.” (BRASIL, **Constituição (1988)**, art. 14, §3º, V.).

<sup>335</sup> O Equador, que até 2008 também continha a exigência, passou a prever: “Los partidos y movimientos políticos o sus alianzas podrán presentar a militantes, simpatizantes o personas no afiliadas como candidatas de elección popular. Los movimientos políticos requerirán el respaldo de personas inscritas en el registro electoral de la correspondiente jurisdicción en un número no inferior al uno punto cinco por ciento.” (EQUADOR, Constitución de la República del Ecuador, de 20 de octubre de 2008, Disponível em: [http://www.asambleanacional.gov.ec/documentos/constitucion\\_de\\_bolsillo.pdf](http://www.asambleanacional.gov.ec/documentos/constitucion_de_bolsillo.pdf), Acesso em: 11 jan. 2018, art. 112.).

de lançamento das candidaturas pelos partidos políticos, pois exige que o candidato, além de indicado, também seja dos quadros partidários<sup>336</sup>.

Pode-se considerar, por outro lado, que não há relação de grandeza entre os requisitos. O monopólio das candidaturas pelos partidos políticos não é decorrência necessária da exigência de filiação. Tanto assim que se chegou a debater, na Assembleia Nacional Constituinte de 1987, que a indicação em convenção partidária fosse acrescida como requisito de candidatura para cidadãos filiados, o que, por fim, não constou do texto constitucional<sup>337</sup>. Mas a CRFB remeteu à lei a regulamentação das condições de elegibilidade e, atualmente, a exclusividade de candidaturas partidárias resulta da conjugação de previsões da Lei 9.504/97, que outorgam aos partidos a escolha interna de candidatos e o requerimento do registro destes, além de, mais recentemente, vedar o registro de candidatura avulsa mesmo de quem ostentar filiação partidária<sup>338</sup>.

---

<sup>336</sup> ARAGÓN REYES, Democracia y representación: dimensiones subjetiva y objetiva del derecho de sufragio, p. 51.

<sup>337</sup> Conforme sustentou-se em outra oportunidade: “Haveria razões para se manter a filiação partidária como condição de elegibilidade sem que se condicionasse a candidatura à indicação por partidos políticos? Sim. A exigência pode ser considerada como indicativo, para o eleitor, da posição política do candidato. Ademais, nada impede que, amealhado o cargo, a filiação seja tomada para fins de aferição do funcionamento parlamentar e distribuição de fundo partidário, por exemplo. A ele também se imporiam as normas de disciplina e fidelidade partidárias fixadas no estatuto do partido. Assim, o que a exigência de filiação partidária como condição de elegibilidade efetivamente traduz é a rejeição à proposta de candidatura avulsa (candidato não filiado), que chegou a ser debatida na Assembleia Nacional Constituinte (1986-1987) por sua Subcomissão de Nacionalidade, Direitos Políticos, Direitos Coletivos e Garantias. Consta da ata da 13ª reunião ordinária, realizada em 14/05/1987: ‘Além de outras, previstas nesta Constituição, são condições de elegibilidade: [...] II – para filiados a partidos políticos: a) a filiação pelo prazo que a lei complementar o exigir; b) a escolha em convenção partidária, para cada pleito. Inovação que sugerimos aqui, a uma proposta de Afonso Arinos. III – para os não filiados a partidos políticos, apoio por número mínimo de eleitores, na forma fixado por lei complementar, ou seja, a candidaturas avulsas. Não somos, ainda, um País com tradição de partidos políticos estabilizados. Isto aparentemente enfraquecerá, mas nessa fase entendemos que a candidatura avulsa deva ser deferida, quando um número enorme de cidadãos por ela se manifestar.’ (ASSEMBLEIA NACIONAL CONSTITUINTE. Atas de comissões. Disponível em: [www.senado.leg.br/publicacoes/anais/constituente](http://www.senado.leg.br/publicacoes/anais/constituente). Acesso em: 17 jan. 2018, p. 74)”. (PEREIRA, Rodolfo Viana; GRESTA, Roberta Maia, Antecipação do registro de candidatura: uma reflexão em favor da estabilidade do processo eleitoral, *in*: FUX, Luiz; PEREIRA, Luiz Fernando Casagrande; AGRA, Walber de Moura (Orgs.), **Elegibilidade e inelegibilidades**, Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 517–549.).

<sup>338</sup> “Art. 7º. As normas para a escolha e substituição dos candidatos e para a formação de coligações serão estabelecidas no estatuto do partido, observadas as disposições desta Lei.”; “Art. 8º. A escolha dos candidatos pelos partidos e a deliberação sobre coligações deverão ser feitas no período de 20 de julho a 5 de agosto do ano em que se realizarem as eleições.”; “Art. 11. Os partidos e coligações solicitarão à Justiça Eleitoral o registro de seus candidatos até as dezenove horas do dia 15 de agosto do ano em que se realizarem as eleições. [...] § 14. É vedado o registro de candidatura avulsa, ainda que o requerente tenha filiação partidária.”. (BRASIL, **Lei das Eleições**, Lei n. 9.504, de 30 de setembro de

Logo, não há como recusar que o papel dos partidos políticos delimita constitucionalmente o direito ao sufrágio. Especificamente, impõe aos pretensos candidatos a filiação partidária e, aos eleitores, a redução dos nomes disponibilizados para a ocupação dos cargos eletivos. Mas esse efeito restritivo não pode ser interpretado como atribuição de *centralidade* aos partidos políticos no processo eleitoral.

Coaduna-se, nesse ponto, com Desiree Salgado: “o Brasil não é um Estado de partidos, a não ser que se compreenda essa expressão, simplesmente, como o reconhecimento constitucional das agremiações partidárias que monopolizam a apresentação de candidaturas”<sup>339</sup>. Da perspectiva *procedimental*, há uma precedência *legal* conferida ao partido político para requerer o registro de candidatura. Esta equivale à estipulação de *substituição processual* em relação ao cidadão lançado candidato, que somente pode requerer o registro, em nome próprio, em caso de inércia do partido até as 19h00 do dia 15/08 do ano eleitoral. É uma situação anômala, na qual a legitimação *ordinária* é prevista em caráter *subsidiário*. Mas essa precedência procedimental dos partidos, para apresentar a relação de postulantes à candidatura, não projeta para o plano *processual*.

Isso porque o processo de formação dos mandatos eletivos não é partidário, mas de produção da decisão política pelos cidadãos. É o exercício do sufrágio – ativo e passivo – que performa a decisão eleitoral. Aquela *substituição processual* não se espraia sequer por todo o procedimento eleitoral, cabendo aos partidos, ao longo deste, atuar em caráter *ad coadjuvandum* em relação aos seus candidatos, o que mais se assemelha à *assistência*. Assim, o encaixe dos partidos políticos no processo eleitoral se faz como um dos *pressupostos* do direito ao sufrágio, os quais, de acordo com o que se expôs na seção 1.2.1, devem observar o eixo do *princípio* democrático e da *premissa* da participação política.

A despeito dessa configuração constitucional, a atuação dos partidos políticos tem sofrido ingerência por parte do STF e do TSE. Fazendo o que, à toda evidência, *não fez* a Constituição, os tribunais se prontificaram a dissipar a ambivalência do perfil dos partidos, por meio da *criação* de regras interventivas na dinâmica partidária. Contudo, as decisões são ambíguas: ora estimulam o agigantamento dos partidos políticos, ora engessam seu campo de autonomia.

---

1997, Estabelece normas para as eleições, **D.O.**, 20 set. 1995, p. 21.801, arts. 7º, *caput*, 8º, *caput* e 11, *caput* e §14º.).

<sup>339</sup> SALGADO, **Princípios constitucionais eleitorais**, p. 106.

O pêndulo oscila para atender ao que uma visão moralizante da política sugere ser recomendável – resposta esta que, com frequência, significa inibir a produção de efeitos de leis presuntivamente aprovadas para atender interesses estratégicos. São exemplos notáveis dessa jurisprudência: a criação da perda de mandato por infidelidade partidária<sup>340</sup>, a imposição de verticalização das coligações<sup>341</sup>, a restrição à estruturação dos partidos sob a forma de comissões provisórias<sup>342</sup>.

Essas regras buscam moldar um comportamento dos partidos políticos de acordo com uma *visão perfeccionista*, que “busca tornar o texto constitucional o melhor possível a partir da interpretação, da eleição de valores que os ministros consideram mais elevados”<sup>343</sup>. Impele-se os partidos políticos a assumir uma espécie *protagonismo condicional*, porquanto atrelado a um compromisso cívico idealizado que, sempre que frustrado (do ponto de vista dos órgãos judiciários), redundará em represálias.

Essa dinâmica merece crítica sob a ótica da conformação constitucional dada aos partidos políticos no marco do Estado Democrático de Direito Brasileiro. Se CRFB concebeu um sistema de liberdade e autonomia partidárias, tais características não podem ser restringidas por conveniência estatal (administrativa, legislativa ou judicial). As investidas judiciárias pelas quais pretensamente se tutela o eleitor e seu voto, ao custo da imposição de um código moral à classe política, colidem com o art. 17 da CRFB.

Não se argumenta aqui em favor de uma idealização reversa, que pretenda ignorar os desvios oligárquicos e outros fatores que comprometem o funcionamento democrático dos partidos políticos, desde a perspectiva interna até a parlamentar, passando pela eleitoral. Mas esses desvios devem estar sujeitos a controle parametrizado pela constitucionalidade. E, ínsita

<sup>340</sup> Resolução TSE 22.610/2007, declarada constitucional pelo STF na ADI 3.999/DF (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.999/DF, Relator: Min. Joaquim Barbosa, Julgado em: 12 nov. 2008, Tribunal Pleno, **DJe**, n. 71, Publicado em: 17 abr. 2009, **Ementário**: v. 2356-01, p. 99.). Sobre o tema, conferir: *Ibid.*, cap. 2.

<sup>341</sup> Resoluções TSE 21.002/2002 e 22.156/2006, que foram suplantadas pela EC 52/2006, mas que, ainda, prevaleceram no ano de 2006 em decorrência do julgamento da ADI 3685/DF (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Ação Direta de Inconstitucionalidade 3685/DF, Relatora: Ministra Ellen Gracie, Julgado em: 22 mar. 2006, Tribunal Pleno, **DJ**, Publicado em: 10 ago. 2006, **Ementário**, v. 2241-02, p. 193-368.). A aplicação da regra da anualidade eleitoral no caso será objeto de análise na seção 2.3.5.

<sup>342</sup> Resolução TSE 23.465/2015. A edição da Resolução, que caso aplicada como previsto ao pleito de 2016 inviabilizaria participação de diversos partidos políticos nas eleições de 2016, foi objeto de crítica em: ALARCON, Anderson; GRESTA, Roberta Maia, **Proibir comissões provisórias é remédio pior que a doença**, Revista consultor jurídico, disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-fev-16/proibir-comissoes-provisorias-quando-remedio-pior-doenca>>, acesso em: 20 jan. 2018. A aplicação da regra restritiva às Comissões Provisórias acabou sendo diferida e alterada algumas vezes, somente vindo a entrar em vigor, efetivamente, em 01/01/2019.

<sup>343</sup> SALGADO, **Princípios constitucionais eleitorais**, p. 149–150.

a esta, está o reconhecimento de que os partidos políticos são organizações políticas gestadas no âmbito da Cidadania e cuja configuração é pautada pelo estatuto dos direitos políticos.

Decorre daí que os partidos políticos, não podem ser instrumentalizados *contra* os cidadãos para a persecução de um aperfeiçoamento *moral* do processo eleitoral. Em suma: a posição dos partidos políticos no código intradiscursivo composto pelo estatuto constitucional dos direitos políticos é dependente não de concepções jurisprudenciais moralizantes, mas, sim, do direito ao sufrágio ativo e passivo, amplificado pela perenização da atuação política no âmbito das agremiações.

### 1.2.5 *Justiça Eleitoral: órgão estatal para a racionalização e a veredicação do procedimento eleitoral*

A Justiça Eleitoral é instituída na CRFB como especialização de órgãos do Poder Judiciário. Mas sua compreensão teórica é desafiadora, uma vez que, embora inferido que o critério determinante dessa especialização seja a matéria eleitoral, pouco avança o texto constitucional em discorrer a respeito.

Os dispositivos constitucionais da Seção VI do Capítulo III (Poder Judiciário), dedicada aos tribunais e juízos eleitorais, tratam: i) da estrutura orgânica da Justiça Eleitoral: TSE, TREs, juízes eleitorais e juntas eleitorais<sup>344</sup>; ii) da composição do TSE e dos TREs<sup>345</sup>; iii) da delegação à lei complementar para dispor sobre organização e competência dos órgãos eleitorais<sup>346</sup>; iv) da duração do exercício da função eleitoral e das garantias dos magistrados eleitorais<sup>347</sup>; v) da recorribilidade estrita das decisões proferidas pelo TSE e pelos TREs<sup>348</sup>.

Existem, porém, dispersas na CRFB, outras menções que devem ser consideradas para o desenho do papel institucional que aquela atribui à Justiça Eleitoral.

Ainda no Título II da CRFB (Dos Direitos e Garantias Fundamentais), a Justiça Eleitoral é referida ao se tratar dos direitos políticos, como competente para a impugnação do mandato eletivo<sup>349</sup>, e dos partidos políticos, como competente para registro dos estatutos (no TSE, após

<sup>344</sup> BRASIL, **Constituição (1988)**, art. 118.

<sup>345</sup> BRASIL, **Constituição (1988)**, arts. 119 e 120.

<sup>346</sup> BRASIL, **Constituição (1988)**, art. 121, *caput*.

<sup>347</sup> BRASIL, **Constituição (1988)**, art. 121, §§1º e 2º.

<sup>348</sup> BRASIL, **Constituição (1988)**, art. 121, §§3º e 4º.

<sup>349</sup> “§ 10. O mandato eletivo poderá ser impugnado ante a Justiça Eleitoral no prazo de quinze dias contados da diplomação, instruída a ação com provas de abuso do poder econômico, corrupção ou fraude.” (BRASIL, **Constituição (1988)**, art. 14, §10.).



a aquisição da personalidade jurídica) e exame das prestações de contas dos partidos políticos<sup>350</sup>.

Prevê a CRFB a possibilidade de intervenção federal “no caso de desobediência a ordem ou decisão judiciária” do TSE, ao lado do STF e do STJ, não havendo referência aos demais tribunais superiores especializados (TST e STM)<sup>351</sup>.

A competência da Justiça Eleitoral para desconstituir mandatos volta a ser feita, com referência específica aos Deputados e Senadores, no bojo do estatuto constitucional dos congressistas. Indica-se expressamente que essa competência é exercida “nos casos previstos nesta Constituição”<sup>352</sup>.

A atribuição de competência material especial é sugerida por dispositivos que delineiam a competência de outros órgãos judiciários com ressalva à “competência da Justiça Eleitoral”<sup>353</sup>.

A Justiça Eleitoral e seus órgãos são intensamente mencionados no ADCT, que elenca competências tão específicas quando determinantes para a organização política do Estado Democrático de Direito coinstituído pela CRFB.

Constam dos dispositivos: i) competência do TSE para expedir “normas regulamentadoras” do plebiscito sobre forma e sistema de governo, realizado em 21/04/1993<sup>354</sup>; ii) competência da Justiça Eleitoral para processar os registros de candidatura relativos às eleições de 15/11/1988, competência do TSE para editar as normas “necessárias” à realização desse pleito, na ausência de “norma legal específica”<sup>355</sup> e competência dos TREs para fixar o número de vereadores por município; iii) competência do TSE para conceder registro provisório de partidos políticos, nos 6 meses posteriores à promulgação da CRFB, com vistas a assegurar, antes do registro definitivo e mesmo da constituição como pessoa jurídica, “todos os direitos, deveres e prerrogativas dos atuais, entre eles o de participar, sob legenda própria, das eleições que vierem a ser realizadas nos doze meses seguintes a sua formação”<sup>356</sup>; iv) competência da

<sup>350</sup> BRASIL, **Constituição (1988)**, art. 17, III e §2º.

<sup>351</sup> BRASIL, **Constituição (1988)**, art. 36, II.

<sup>352</sup> BRASIL, **Constituição (1988)**, art. 55, V.

<sup>353</sup> BRASIL, **Constituição (1988)**, arts. 96, III; 105, I, *c* e *h*; 108, I, *a*; e 109, I e IV, que versam respectivamente sobre a competência dos TJs, do STJ e dos juízes federais.

<sup>354</sup> BRASIL, **ADCT (1988)**, art. 2º, §2º. A data do plebiscito, originariamente previsto para 7/9/1993, foi alterada, pela EC 2/1992, para 21/04/1993.

<sup>355</sup> BRASIL, **ADCT (1988)**, art. 5º, §§1º, 2º e §4º.

<sup>356</sup> Tratou o ADCT de interessante tutela provisória da isonomia do processo eleitoral, com previsão, inclusive, de caducidade da medida, em caso da não obtenção do registro definitivo. Vale transcrever o dispositivo: “Art. 6º. Nos seis meses posteriores à promulgação da Constituição, parlamentares federais, reunidos em número não inferior a trinta, poderão requerer ao Tribunal Superior Eleitoral o registro de novo partido político, juntando ao requerimento o manifesto, o estatuto e o programa devidamente

Justiça Eleitoral para apresentar “calendário especial” relativo à eleição do novo Estado do Tocantins, com fixação das datas do pleito, das convenções partidárias, da apresentação de registro de candidatura e “dos demais procedimentos legais”<sup>357</sup>.

Ainda, no ADCT, há a previsão de limites individualizados para despesas primárias de cada ramo do Poder Judiciário, excluído de tais limites as “despesas não recorrentes da Justiça Eleitoral com a realização de eleições”.<sup>358</sup>

A presente seção se propõe a compreender esses elementos normativos no contexto constitucional, de modo a que convirjam para a demarcação do papel da Justiça Eleitoral na ordem democrática instituída a partir de 1988.

#### 1.2.5.1. Balizamento teórico: controle-garantia como princípio de realização diferida da constitucionalidade

Novamente, é Rodolfo Viana Pereira quem fornece o esquema teórico apto a conduzir a investigação. O autor, ao lado do *controle-fundante*, apresenta a dimensão do *controle-garantia*, como construção teórica “abrangente e situada” apta a revelar “uma engenharia constitucional que preveja o argumento democrático como elemento a ser insculpido no ‘patrimônio genético’” de quaisquer técnicas de controle vigentes<sup>359</sup>. Trata-se de princípio constitucional<sup>360</sup> voltado para a “realização diferida da constitucionalidade [...] pois, muito embora não atue na fundação dos pressupostos normativos de uma determinada comunidade, age, posteriormente, para garantir a observação desse momento fundacional no tempo”<sup>361</sup>.

---

assinados pelos requerentes. § 1º O registro provisório, que será concedido de plano pelo Tribunal Superior Eleitoral, nos termos deste artigo, defere ao novo partido todos os direitos, deveres e prerrogativas dos atuais, entre eles o de participar, sob legenda própria, das eleições que vierem a ser realizadas nos doze meses seguintes a sua formação. § 2º O novo partido perderá automaticamente seu registro provisório se, no prazo de vinte e quatro meses, contados de sua formação, não obtiver registro definitivo no Tribunal Superior Eleitoral, na forma que a lei dispuser.” (BRASIL, **ADCT (1988)**, art. 6º, *caput* e §§1º e 2º.)

<sup>357</sup> BRASIL, **ADCT (1988)**, art. 13, §3º e II.

<sup>358</sup> BRASIL, **ADCT (1988)**, art. 107, II e §6º, III.

<sup>359</sup> PEREIRA, **Direito Constitucional Democrático: controle e participação como elementos fundantes e garantidores da constitucionalidade**, p. 196.

<sup>360</sup> Segundo Pereira: “Ser considerado princípio significa, antes de tudo, ser dotado de força normativa, ser portador de uma dimensão de validade e obrigação de aplicabilidade hábil a dirigir a ação política e integrar diversos discursos jurídicos [...]” (*Ibid.*, p. 203.).

<sup>361</sup> *Ibid.*, p. 204.

Pereira afirma que “a definição do controle deve ser ajustada à compreensão do Estado constitucional da qual se parte”<sup>362</sup>. Para situar o controle-garantia no constitucionalismo democrático, aponta a necessidade de superação da compreensão liberal de controle como “mecanismo de contrapoder representativo de um dos tradicionais componentes da função legislativa, qual seja, o papel de fiscalização do governo”<sup>363</sup>. Essa clássica forma de controle ainda vigora, como visto, no parlamentarismo, como ilustrado pela *moção de censura*.

O conceito de controle ganha contornos jurídico-constitucionais com Serio Galeotti, que, segundo Pereira, “definiu a finalidade do controle como a salvaguarda imediata dos princípios, normas, interesses e valores institucionalmente encarnados na atividade controlada”<sup>364</sup>. Distinguem-se então dois momentos do controle – *juízo* e *cominação* –, destinados respectivamente a aferir a conformidade institucional do objeto controlado e a aplicar a medida de correção, quando constatada a desconformidade.

A partir daí, surge a possibilidade de investigação de formas de controle em arranjos institucionais específicos, como o já referido controle parlamentar sobre o gabinete no parlamentarismo e o controle de constitucionalidade das leis. O controle, encarado como princípio constitucional, instaura um “patamar de legitimidade duplicada”: o exercício do poder é constitucionalmente instituído e constitucionalmente controlado<sup>365</sup>. Como esse controle é incumbido a órgãos e agentes cujo exercício do poder é também constitucionalmente instituído, aquele patamar é continuamente incrementado na interação entre as instituições constitucionais.

Dois são, segundo Pereira, os objetivos do controle: a *racionalização* e a *relegitimação* do poder. O controle *racionaliza*, porque a Constituição, “sustentada pelos princípios da legalidade, da democracia e dos direitos fundamentais, impõe uma disciplina racional de poder”<sup>366</sup>. O controle, também, *relegitima*, porque há para o poder, no constitucionalismo democrático, “a necessidade de constante adequação constitucional” e por meio do controle é que se viabiliza “o resgate da normalidade constitucional”<sup>367</sup>.

Em ambos os casos, deve-se ter em vista que a imposição de sanção jurídica por uma conduta efetivamente desviante não é imprescindível para que se possa falar em controle. O

---

<sup>362</sup> *Ibid.*, p. 195–196.

<sup>363</sup> *Ibid.*, p. 197.

<sup>364</sup> *Ibid.*, p. 198.

<sup>365</sup> *Ibid.*, p. 201.

<sup>366</sup> *Ibid.*, p. 308.

<sup>367</sup> *Ibid.*, p. 208.

que importa é que haja, “no mínimo, a pretensão de ajustamento”<sup>368</sup> – a “capacidade de desprender efeitos sancionadores”<sup>369</sup>. Ademais, “a função garantística do controle”, porque voltada para a “salvaguarda da normatividade constitucional”, “implica atividades de controle que não apenas contenham o poder, mas que também o promovam”<sup>370</sup>. Diante dessas características, Pereira afirma que não há fundamento para descartar a ideia geral da *separação de poderes* de Montesquieu, desde que se perceba a passagem de uma acepção orgânica para uma funcional, já que o que se partilha são “funções e [...] controles mútuos ([...] interações recíprocas)”<sup>371</sup>.

No plano da técnica, as características atribuídas por Pereira ao conceito de controle-garantia são: i) imprescindibilidade da “institucionalização de um núcleo procedimental [...] e das próprias características definidoras da sanção passível de ser aplicada”<sup>372</sup>, o que é corolário do princípio da legalidade e do devido processo legal; ii) máxima diversidade dos agentes de controle, a saber, dos sujeitos “legitimados a movimentarem a engrenagem político-normativa com vistas à provocação das instâncias decisórias” incumbidas da “gestão do poder institucional”<sup>373</sup>; iii) cumulação de controles prévios, concomitantes e posteriores ao momento do exercício do poder<sup>374</sup>; iv) produção de efeitos tanto constritivos quanto promotores<sup>375</sup>.

Apresentado esse desenho, Pereira conjectura a relação entre democracia e controle-garantia. Citando Jan-Erik Lane, afirma que a Constituição é uma *metainstituição* – “uma instituição para a criação e a interpretação de instituições”<sup>376</sup>. Há um teste de legitimidade referente ao *momento constitutivo* do poder, mas outro relativo a seu *momento performático*, que “só pode ser suprido se o exercício dessas ações delegadas for adequado aos requisitos constitucionais”<sup>377</sup>. O “poder sem instâncias de fiscalização, correção e condução” resvala para

---

<sup>368</sup> *Ibid.*, p. 213.

<sup>369</sup> *Ibid.*, p. 216.

<sup>370</sup> *Ibid.*

<sup>371</sup> *Ibid.*, p. 224. Nesse ponto, Pereira analisa os conceitos de *shared power* e *mutual control of power*, de Karl Loewenstein, para concluir que este autor, embora afirme distanciar-se da concepção clássica de separação de poderes, é por ela claramente influenciado.

<sup>372</sup> *Ibid.*, p. 237.

<sup>373</sup> *Ibid.*, p. 239–240, *passim*.

<sup>374</sup> *Ibid.*, p. 241.

<sup>375</sup> *Ibid.*, p. 242.

<sup>376</sup> LANE, Jan-Erik, **Constitutions and political theory**, 2. ed. Manchester: Manchester University Press, 2011, p. 166, apud PEREIRA, *Direito constitucional democrático*, p. 244, tradução feita pelo autor.

<sup>377</sup> PEREIRA, **Direito Constitucional Democrático: controle e participação como elementos fundantes e garantidores da constitucionalidade**, p. 244.

“distúrbios funcionais”<sup>378</sup>. Em outras palavras, somente há licitude no espaço *constituído* pela Constituição.

A rica construção teórica proposta por Pereira permite afirmar: a legitimidade democrática dos atos estatais tem por pressuposto o desempenho de *competências constitucionais*.

O enfoque de Pereira recai sobre a interação dos poderes constituídos e pavimenta a defesa da abertura dos procedimentos judiciais eleitorais para exercício do controle-garantia por parte de associações<sup>379</sup>. Essa tese já conferiu suporte à dissertação na qual se propôs a estruturação daqueles procedimentos como ações coletivas temáticas, abertas aos cidadãos<sup>380</sup>. Na atual pesquisa, almeja-se ir além: aplicar o arcabouço teórico do controle-garantia para elucidar o papel da Justiça Eleitoral como elemento da inserção sistêmica do processo eleitoral.

Isso demanda dois aportes argumentativos à noção de *controle-garantia*, a seguir apresentados.

#### 1.2.5.2. A veredicação como objetivo do controle-garantia

Primeiro, cabe promover um ajuste terminológico.

Rodolfo Viana Pereira utiliza o termo *relegitimação* com inequívoco sentido de constante reafirmação das exigências de legitimidade dos atos de poder. Vale transcrever o trecho em que o conceito é claramente exposto:

O controle também implica a pós-legitimação do poder, a relegitimação posterior ao momento fundante. A conquista da legitimidade de origem por meio de um processo constituinte que se presume democrático – já que não há mais como dissociar ordem constitucional e democracia – não esgota para o poder todas as exigências de legitimidade. Ultrapassado tal momento originário, exsurge para o mesmo a necessidade de constante adequação constitucional, pelo que toda correção de sua exteriorização e/ou inação significa a retomada de parcelas de legitimidade perdida. Os processos

---

<sup>378</sup> *Ibid.*, p. 244–245.

<sup>379</sup> Essa tese é apresentada em PEREIRA, **Tutela coletiva no direito eleitoral: controle social e fiscalização das eleições**.

<sup>380</sup> GRESTA, Roberta Maia, **Ação temática eleitoral: proposta para a democratização dos procedimentos judiciais eleitorais coletivos**, Dissertação (Mestrado em Direito Processual). PUC Minas (Belo Horizonte), 2014.

de controle são, assim, processos de legitimação tardia que implicam o resgate da normalidade constitucional<sup>381</sup>.

Desse modo, resta evidenciado que, com o termo *relegitimação*, Pereira combate a degeneração da Constituição em *simulacro*. Quer refutar que a legitimidade originária do processo constituinte possa servir de subterfúgio para o inadimplemento do dever, perene, de fundamentação democrática do exercício do poder.

Ocorre que a presente pesquisa de doutoramento se desenvolve em continuidade a estudos efetuados no mestrado, que abrangeram a investigação dos fundamentos da processualidade democrática. Em parte já publicada da dissertação defendida<sup>382</sup>, construiu-se uma distinção conceitual entre *legitimidade* e *legitimação*, a fim de demonstrar que: i) em contextos autoritários, o êxito fático da dominação pode ser tomado como parâmetro de legitimidade; ii) em contextos democráticos, a adesão da população ao comando da autoridade pode decorrer não apenas da violência explícita, mas daquela dissimulada no manejo estratégico de formas legais reduzidas a *ritos*, quando se tem mera *aparência de legitimidade*.

Como exemplos de concepções de legitimidade que não podem ser invocadas *normativamente* no contexto democrático, examinou-se os conceitos de Weber, Luhmann, Bourdieu e Kelsen, nos quais: “a) o exercício do poder estatal é legítimo enquanto a dominação for bem sucedida; b) as alterações na dominação se legitimam por seu êxito em se fazer obedecer; c) a prevalência do fato social sobre a ordem jurídica obriga a reformulação desta”<sup>383</sup>. Não se descarta que seguem essas proposições *descritivamente* adequadas a situações fáticas que se mostram resistentes à normatividade democrática.

O problema é que essas concepções embasam, ainda, proposições jurídicas que se pretendem adequadas à normatividade vigente. Assim se passa com a dinâmica de *imunização* dos atos estatais que, para Tércio Sampaio Ferraz Júnior, é inerente ao sistema jurídico: a autoridade é como tal reconhecida exatamente porque está “de antemão imunizada”<sup>384</sup> contra a desconfirmação dos comandos que exara. Para assegurar a preservação do sistema, a autoridade, segundo Ferraz Júnior, pode transitar entre legalidade, legitimidade e efetividade

---

<sup>381</sup> PEREIRA, **Direito Constitucional Democrático: controle e participação como elementos fundantes e garantidores da constitucionalidade**, p. 208.

<sup>382</sup> GRESTA, **Introdução aos fundamentos da processualidade democrática**, cap. 2.

<sup>383</sup> *Ibid.*, p. 74.

<sup>384</sup> FERRAZ JÚNIOR, **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**, cap. 184.

conforme necessário, valendo-se do repertório jurídico resultante da produção autopoietica de normas (leis e, segundo Ferraz Júnior, também as sentenças)<sup>385</sup>.

A dinâmica descrita é, porém, incompatível com o contexto democrático. Por meio dela, logra o Estado coordenar o exercício de suas funções (legislativa, administrativa e judicial) com o objetivo de *blindagem recíproca* de seus atos.

Dessa crítica surge a distinção proposta: “enquanto a *legitimidade* do exercício das funções estatais é aferida por seu balizamento constitucional, [...], a *legitimação* envolve um esforço estatal estratégico de estabilização de práticas” ilegítimas<sup>386</sup>. Dito de outro modo, a legitimidade conecta o ato a sua matriz constitucional; a legitimação busca dar aparência de legitimidade àquilo que não a ostenta.

A fim de não incorrer em imprecisão terminológica é que, desse ponto em diante, não será utilizado o termo *relegitimação* para indicar função do controle-garantia. Não se trata de censura ao vocábulo em si, pois, como visto, encontra ele inequívoca conceituação na teoria do controle formulada por Pereira.

Trata-se de rigor acadêmico, já que a supracitada distinção entre *legitimidade* e *legitimação* integra o arcabouço teórico adotado na presente pesquisa. É a partir dela que há ensejo para propor o teste de *veredicação*, como técnica para exposição e controle da estratégia de *legitimação*: precisamente, sustenta-se a necessidade de retorno da interpretação ao discurso que se quis interpretar, com o objetivo de aferir, por meio do código intradiscursivo, a legitimidade dos sentidos produzidos.

Constata-se, mesmo, que a ideia da *relegitimação* de Pereira aproxima-se significativamente da noção de *veredicação* adotada nesta pesquisa. Ambas indicam a necessidade de constante retorno ao discurso constitucional, dentro do qual devem ser testados os sentidos produzidos no âmbito da atuação estatal; ambas operacionalizam a *fiscalidade democrática* de atos estatais. São caminhos diversos, não excludentes e, sim, de mútuo reforço, para equacionamento da tensão entre autoridade e legitimidade no Estado Democrático de Direito. Por isso, opta-se pela substituição do vocábulo *relegitimação* pelo de *veredicação*, como ajuste destinado a manter a coerência intrínseca da pesquisa.

Desse modo, os objetivos do controle-garantia, deste ponto em diante, serão enunciados como *racionalização* e *veredicação*.

---

<sup>385</sup> *Ibid.*, cap. 191–197 passim.

<sup>386</sup> GRESTA, **Introdução aos fundamentos da processualidade democrática**, cap. 81.

### 1.2.5.3. A adequação do controle-garantia à particularidade do processo eleitoral

O segundo aporte argumentativo se destina a defender a possibilidade de que o arcabouço do *controle-garantia* possa ser aplicado ao processo eleitoral.

No âmbito do processo legislativo, administrativo e judicial, a decisão é um ato performativo estatal. Decorre de competências constitucionalmente instituídas que, submetidas ao *patamar de legitimidade duplicada*, são objeto das interações recíprocas, resultantes dos arranjos institucionais, destinados a promover a racionalização (como ocorre no controle contábil das contas de governo) e a veredicação (como ocorre no controle de constitucionalidade) do exercício do poder.

Segundo propõe Pereira, no contexto democrático, o cidadão deve ter sua atuação integrada a esses arranjos institucionais de dois modos: pelo acesso à instância de controle estatal (democratização dos instrumentos de controle) e, também, pela instituição de meios de controle diretos (democracia participativa)<sup>387</sup>. Tem-se, então, um argumento consistente em favor da permeabilidade das funções estatais à fiscalidade dos cidadãos.

Seria possível transportar esse argumento para o âmbito do *processo eleitoral*?

A questão surge porque a decisão eleitoral não é um ato estatal. É um ato performedo por cidadãos que integram o órgão colegiado eleitoral – o eleitorado. Pode o *controle-garantia* se apresentar para promover a racionalização e a veredicação no âmbito do espaço eleitoral, elevando a decisão eleitoral a um *patamar de legitimidade duplicada*?

O desenvolvimento das seções precedentes vem pavimentando a resposta afirmativa a essas questões. Desde que se sustenta que a CRFB elenca o *processo eleitoral* ao lado do processo legislativo, administrativo e judicial, invoca-se a coinstitucionalização do devido processo como espaço para exercício do poder. A diferença é que, no caso do processo eleitoral, a instituição constitucional à qual se atribui precipuamente a competência decisória não se encontra no âmbito da estatalidade, mas, sim, da cidadania. A formação de mandatos eletivos, na democracia, é o modo pelo qual o eleitorado adjudica a cidadãos específicos o *status* de agentes públicos, incumbindo-lhes do desempenho das funções estatais de governo e representação. Constitui, portanto, ato de exercício coletivo do poder político-jurídico.

Assim, se não se pode descartar a pretensão normativa da expressão *processo eleitoral*, tampouco se pode negar que o exercício do poder em seu âmbito esteja sujeito ao patamar de

---

<sup>387</sup> PEREIRA, **Direito Constitucional Democrático: controle e participação como elementos fundantes e garantidores da constitucionalidade**, p. 252–257.



legitimidade duplicada. Arranjos institucionais são previstos para que se possa promover a racionalização e a veredicação dos atos praticados no âmbito do processo eleitoral. Dentre esses arranjos, destaca-se a competência constitucional da Justiça Eleitoral, como órgão estatal cuja especialização se justifica em razão do desempenho dessa dimensão específica do controle-garantia.

Ocorre que há uma tensão na interação institucional entre a cidadania e a estatalidade. Esta dispõe da possibilidade – como visto, ilegítima – de recorrer a dinâmicas de imunização de atos arbitrários que pratique, o que, em dimensão mais singela, se consuma quando o órgão de controle, em lugar de reconduzir a seus limites o poder estatal exercido fora deles, o *legítima*, por meio de outro ato estatal. Não há um meio direto para que a cidadania promova a desconstituição desse outro ato. Resta-lhe buscar acessar a instância de controle estatal. Mas há, aí, como preconizado por Pereira, um déficit de democratização dos instrumentos de controle. Assim, a interação entre a cidadania e a estatalidade, no processo eleitoral, pode redundar em desequilíbrio institucional: a segunda encontra meios para atuar com veemência sobre a primeira, enquanto a recíproca não ocorre.

Em razão dessa particularidade, a delimitação da competência da Justiça Eleitoral torna-se uma questão sensível. Os limites do controle-garantia sobre o processo de formação de mandatos eletivos demarcam mais que a esfera de interação recíproca entre órgãos estatais; demarcam as fronteiras entre a cidadania e a estatalidade. Para que não ocorra um avanço, ilegítimo, sobre o espaço de atuação da cidadania, os órgãos de controle do processo eleitoral não podem praticar ato para o qual não são competentes ou tampouco ato em desconformidade com o traçado formal e contudístico da competência recebida.

Como aponta Pedro Martínez Ruano, “a única finalidade admissível, em qualquer Estado democrático, para toda organização encarregada do controle do processo eleitoral é velar pela pureza deste”, tarefa que se concretiza “na igualdade entre os candidatos, o respeito aos direitos de participação política dos cidadãos, assim como no estabelecimento de uma normatividade eleitoral baseada no princípio democrático e no princípio da igualdade”<sup>388</sup>. Corroborando a crítica feita na seção precedente à blindagem jurídica de atos ilegítimos, o autor afirma que sequer pode ser denominada *atividade de controle* aquele incidente sobre eleições

---

<sup>388</sup> MARTÍNEZ RUANO, Pedro, **El control electoral**, Madrid: Congreso de los Diputados, 2003, p. 34–35. Tradução do original em espanhol: “[...] la única finalidad admisible, en cualquier Estado democrático, para toda organización encargada del control del proceso electoral es velar por la pureza del mismo, la cual se concreta en la igualdad entre los candidatos, el respeto a los derechos de participación política de los ciudadanos, así como en el establecimiento de una normativa electoral basada en el principio democrático y en el de igualdad.”

convocadas como “meio de legitimação de uma situação que não se fundamenta sobre o princípio democrático e a soberania popular”<sup>389</sup>.

Portanto, para conceber o processo eleitoral como submetido a um *patamar de legitimidade duplicada* é preciso atentar para a particularidade da interação entre a Justiça Eleitoral e seu objeto de controle.

A racionalização e a veredicação do processo eleitoral pressupõem a preservação dos espaços de atuação legítima dos cidadãos, como participantes e decisores. A atividade de controle, que é, em qualquer caso, logicamente coadjuvante, porque incidental em relação ao procedimento ou ato controlado, não pode redundar em supressão de competência legítima dos cidadãos.

Ademais, o exercício do controle-garantia deve se abrir à fiscalidade: em um segundo nível, os atos da Justiça Eleitoral devem ser submetidos à veredicação, pelo teste de conformidade ao discurso constitucional, com atenção específica para refutar que outros atos estatais, inclusive de competência da própria Justiça Eleitoral, sejam manejados como mecanismos de legitimação (blindagem).

O problema do qual deve dar conta essa premissa é o equacionamento do descompasso entre a alta exigência de demarcação de competências para a legitimidade do controle-garantia do processo eleitoral e a ausência de sistematização do texto constitucional a respeito. Para enfrenta-lo, é preciso assentar a aptidão coinstitucionalizante das normas constitucionais que remetem à Justiça Eleitoral, uma vez que, dentro do código discursivo ora em construção, são elas que fornecem o desenho institucional que legitima o exercício do controle-garantia.

#### 1.2.6 *Regra da anualidade eleitoral: regra de estabilização da normatividade aplicável a um determinado procedimento eleitoral*

O presente Capítulo disparou a discussão da pesquisa por uma asserção singela: o art. 16 da CRFB se vale da expressão *processo eleitoral* e não há fundamento *a priori* para que se descarte a pretensão normativa da terminologia empregada.

Em arremate a esse percurso, nada mais adequado à proposta epistemológica da pesquisa que promover o retorno da análise ao mesmo art. 16 da CRFB. Nesse estágio do

---

<sup>389</sup> *Ibid.*, p. 35. Tradução do original em espanhol extraída do trecho: “[...] em ningún caso se podría denominar, en puridad, actividad de control, aquella que, por ejemplo, tuviese como objetivo primario la perpetuación en el poder de aquellos que han convocado las elecciones como medio de legitimación de una situación que no se fundamenta sobre el principio democrático y la soberanía popular.”

desenvolvimento argumentativo, torna-se possível uma leitura contextualizada do dispositivo, para compreender o alcance da *anualidade eleitoral*.

Segundo Flávio Cheim Jorge, Ludgero Liberato e Marcelo Abelha Rodrigues, a anualidade eleitoral, como desdobramento do princípio da segurança jurídica, assegura “a preservação das regras do jogo eleitoral no período em que se avizinham as eleições”, evitando-se “com um ano de antecedência, casuísmos e surpresas” que possam atingir o “conjunto de atos jurídicos eleitorais realizados em sequência e segundo uma ordem cronológica tendo como alvo a realização do sufrágio”<sup>390</sup>.

O conceito ilustra a visão prevalecente de que a anualidade se preordena a resguardar uma sucessão de etapas que *culmina* no ato de votar. As eleições são, assim, identificadas como o momento da votação, a data do pleito, devendo-se sempre em relação a tal data aferir a normatividade eleitoral vigente há pelo menos um ano, a fim de aplicá-la.

Seguindo essa lógica, o TSE, ao confirmar a cassação da chapa vencedora do pleito de 2014 para governador do Amazonas, convocou novas eleições diretas, “na forma do art. 224, §§ 3º e 4º, do Código Eleitoral e dos precedentes desta Corte (ED-REspe 139-25)”<sup>391</sup>. A decisão foi proferida em 04/05/2017, já havendo então transcorrido mais de um ano desde 29/09/2015, data em que entrara em vigor a Lei 13.165, que introduziu aqueles dispositivos no Código Eleitoral.

O acórdão afastou, expressamente, a aplicação das regras anteriormente vigentes – segundo as quais se a invalidação dos votos, decorrente da cassação, não atingisse mais de 50% dos votos válidos, o segundo colocado no pleito deveria ser considerado eleito – “a despeito de a eleição anulada (eleição de 2014) ser anterior à promulgação da lei”<sup>392</sup>. Para tanto, invocou entendimento encampado nas ADIs 3345 e 3346, no âmbito das quais o STF afirmou que a “função inibitória” do art. 16 da CRFB se dirige a

[...] texto normativo que altere o microprocesso eleitoral, ou seja, a sequência de atos relacionados à realização do pleito (as regras do jogo eleitoral), que abarca desde a fase de escolha dos candidatos (a fase pré-eleitoral), passando pelo período de campanhas e pela votação (a fase

<sup>390</sup> JORGE, Flávio Cheim; LIBERATO, Ludgero; RODRIGUES, Marcelo Abelha, **Curso de direito eleitoral**, 2. ed. Salvador: Jus Podivm, 2017, p. 44–45.

<sup>391</sup> BRASIL, Tribunal Superior Eleitoral, Recurso Ordinário 2246-61.2014.6.04.0000, Relator: Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Julgado em: 04 maio 2017, **DJe**, Publicado em: 01 jun. 2017.

<sup>392</sup> *Ibid.*

eleitoral), até a apuração e a totalização dos votos e a diplomação dos eleitos (a fase pós-eleitoral).<sup>393</sup>

Além disso, a fundamentação da decisão levou em conta que a convocação de novas eleições “não atinge o processo eleitoral, nem tem a potencialidade de romper a igualdade entre os candidatos, afetar a normalidade ou introduzir perturbação no pleito”; “tampouco há suspeitas de que sua introdução [dos §§3º e 4º do art. 224 do CE] tenha sido motivada por finalidade casuística”; não havia para os “segundos colocados [...] legítimas expectativas em assumir o cargo, até mesmo porque, no presente caso, ao tempo da condenação em 1º grau já estava em vigor a nova redação do art. 224 do Código Eleitoral”<sup>394</sup>. Ainda se cogitou da ausência de justa expectativa de os segundos colocados virem a assumir os cargos, considerando-se que, *apesar de não estar vigente na data da eleição de 2014*, a norma aplicada o estava *quando proferida a cassação dos eleitos em 1º grau*.

Nesse ponto, o acórdão do TSE invocou o julgamento, pelo STF, da ADI 3741, no qual se estabeleceu que a anualidade eleitoral não incide sobre “mero aperfeiçoamento dos procedimentos eleitorais”, somente podendo falar-se em alteração do processo eleitoral quando se verificar: i) “rompimento da igualdade de participação dos partidos políticos e dos respectivos candidatos no processo eleitoral; ii) “deformação de modo a afetar a normalidade das eleições”; iii) “fator de perturbação da disputa eleitoral”; ou iv) “alteração motivada por propósito casuístico.”<sup>395</sup>

Mas de que modo é possível considerar que tais ilações sejam suficientes para criar uma exceção à incidência do art. 16 da CRFB – ou seja, para que possa ser aplicada imediatamente uma lei que altere o processo eleitoral, mesmo que seja publicada a menos de um ano antes da eleição?

A resposta está no tratamento da anualidade eleitoral como *princípio* e, não, como *regra*. Ignorada a locução *que alterar o processo eleitoral* e a objetividade da determinação de não aplicação da lei, a anualidade eleitoral é tomada como conceito aberto, que permitiria conjecturar critérios teleológicos para estabelecer se a lei *deve ou não* ter sua aplicação afastada. Esses critérios são tópicos, atuando como balizas para que o julgador aprecie o risco à isonomia

---

<sup>393</sup> BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Ação Direta de Inconstitucionalidade 3345/DF, Relator: Ministro Celso de Mello, Julgado em: 25 ago. 2005, Tribunal Pleno, **DJe**, Publicado em: 20 ago. 2010.

<sup>394</sup> *Ibid.*

<sup>395</sup> BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Ação Direta de Inconstitucionalidade 3741/DF, Relator: Ministro Ricardo Lewandowski, Julgado em: 06 ago. 2006, Tribunal Pleno, **DJ**, Publicado em: 23 fev. 2007, p. 16; **Ementário**, v. 02265-01, p.171.

entre candidatos e à normalidade das eleições. Cumpre, então, delimitar a carga normativa da anualidade eleitoral, a fim de ser possível aferir os desbordos em sua aplicação.

Há, subjacente à regra da anualidade eleitoral, um desdobramento do princípio da segurança jurídica, que é a neutralização de alterações legais casuísticas. Para implementar essa diretriz, o art. 16 da CRFB estabeleceu um recorte objetivo: suspensão da eficácia de leis eleitorais que entrarem em vigor a menos de um ano antes da eleição.

Conforme afirma Fávila Ribeiro, o dispositivo “tocou no ponto nevrálgico do casuismo legal, não impedindo que a lei seja editada, apenas ficando desprovida de eficácia, vale dizer, sem aplicabilidade, aguardando o transcurso de um ano”<sup>396</sup>. Há uma presunção de desvio de finalidade, que pode ser traduzida na observação de Celso Ribeiro Bastos: “se a lei for aprovada já dentro do contexto de um pleito, com uma configuração mais ou menos delineada, é quase inevitável que ela será atraída no sentido dos diversos interesses em jogo, nessa altura já articulados em candidaturas e coligações”, deixando aquela de ser um “conjunto de regras isentas” para “se transformar num elemento da batalha eleitoral”<sup>397</sup>.

Não há, portanto, estipulação de que a ocorrência ou não de casuismo seja aferida pelos tribunais – vale dizer, o casuismo é *presumido* pela CRFB. A vedação ao casuismo não pode ser aferida *casuisticamente*, a partir de tópicos prestigiados pela jurisprudência, pois não foi reservado aos órgãos judiciários ponderar em que medida é conveniente obedecer a diretriz de estabilização da normatividade que será aplicada a uma determinada eleição.

Observe-se que, dada a alteração do art. 16 da CRFB pela EC 4/1993, não se pode ter dúvidas de que seu comando, se antes se dirigia ao legislador, impedindo-lhe de prever vigência imediata da lei amoldada a seu enunciado, atualmente se dirige aos órgãos aos quais incumbe a aplicação desta, obstando que seja a ela conferida eficácia. Por isso, a criação de critérios jurisprudenciais para afastar a incidência da anualidade eleitoral é, estritamente, o descumprimento da regra por seus destinatários.

Essa asserção provoca a indagação quanto ao alcance das expressões “lei que *alterar* o processo eleitoral” e “eleição que *ocorra* até um ano da data de sua vigência”, pois são essas as locuções que demandam interpretação para que se conclua pela aplicação ou não da nova lei em vigor.

---

<sup>396</sup> RIBEIRO, **Pressupostos constitucionais do direito eleitoral: no caminho da sociedade participativa**, p. 94.

<sup>397</sup> BASTOS, Celso Ribeiro, **Comentários à Constituição do Brasil**, São Paulo: Saraiva, 1989, p. 596.

Conforme se estabeleceu na subseção 1.1.1.1, a CRFB permite compreender o *processo eleitoral* como dimensão de produção da *decisão eleitoral* cujo conteúdo é a *formação dos mandatos eletivos* – uma decisão pública *performada* pelos cidadãos (eleitores).

Posteriormente, na seção 1.2.2, a *eleição* foi apresentada como procedimento coinstitucionalizado (instituídos no âmbito do devido processo coinstitucionalizante) pelo qual os cidadãos (titulares de direitos políticos) exercitam o controle-fundante, produzindo decisões sobre o vir-a-ser (juridificado) da comunidade política. Destacou-se ser este o *procedimento eleitoral* nuclear do processo eleitoral, exatamente por culminar na decisão de formação dos mandatos, havendo outros, afetos ao exercício do controle-garantia a cargo da Justiça Eleitoral, que incidem sobre as etapas daquele.

Tomado esse arcabouço conceitual, é possível afirmar que uma *lei que altera o processo eleitoral* é aquela que modifica a normatividade que repercute sobre a formação dos mandatos eletivos. O que propugna o art. 16 da CRFB é que se estabilizem não apenas as normas coinstitucionalizantes (princípios, premissas e pressupostos que compõem o estatuto dos direitos políticos), mas, também, as regras e procedimentos coinstitucionalizados que regulamentem o procedimento eleitoral.

Ademais, o termo final da temporalidade dessa estabilização não pode ser fixado em data certa, de antemão<sup>398</sup>. O momento da votação, ou mesmo a diplomação, na abordagem da presente pesquisa, não esgotam o sentido de “eleição”. O dia da eleição é a data designada para que os membros do órgão colegiado eleitoral (eleitorado) *pronunciem, coletivamente*, o enunciado performativo. Neste momento, tem-se formados os mandatos, ainda que sua proclamação seja feita posteriormente. Tem-se, portanto, criada a *realidade* pelo ato performativo. A diplomação, por sua vez, é o ato constativo que formaliza o reconhecimento dos efeitos da decisão eleitoral.

Ocorre que, se, por decisões supervenientes proferidas em procedimentos judiciais eleitorais, essa *realidade* vem a ser *desconstituída*, o que se observa é que não se tem concluído aquele específico procedimento eleitoral, uma vez que não subsistirá decisão eleitoral válida ou

---

<sup>398</sup> Deve-se observar que o *termo*, evento futuro e certo, pode ou não ter data certa. Esta ocorre quando é possível desde logo estabelecer, com certeza, a data em que o evento ocorrer. Mas o termo pode ter data incerta – tem-se a certeza do evento, mas não do dia em que se verificará. No caso da formação dos mandatos, *estima-se* que este evento ocorra na data da eleição ordinária, mas somente após a confirmação da validade da decisão eleitoral, com preclusão das ações impugnativas e julgamento final das eventualmente propostas é que se pode, retrospectivamente, considerar o termo final verificado. Se a decisão eleitoral for invalidada e nova eleição houver de ser convocada, o termo não se verificou na data estimada e, portanto, a estabilidade normativa perdura.

eficaz apta a formar mandatos. Ou seja, a votação não cumpriu sua finalidade e a diplomação é insubsistente. Tem-se procedimento eleitoral não validamente concluído.

Por isso, a conclusão é que a estabilização da normatividade aplicável a um determinado procedimento eleitoral se inicia um ano antes da data estimada para a prática do ato performativo, mas subsiste não apenas até esta data e, sim, até que se tenha decisão eleitoral válida, que concretize a formação dos mandatos eletivos especificados. A estabilização não pode, sob pena de ruptura da racionalidade procedimental, excluir as decisões proferidas em processos judiciais eleitorais que incidam em determinado procedimento eleitoral, tampouco os procedimentos suplementares adotados, ocorram estes sob a forma de eleições diretas ou indiretas.

Aplicado esse parâmetro, ao contrário do que decidiu o TSE no RO 2246-61, a incidência da anualidade comandava que se tivesse declarado a ineficácia dos §§3º e 4º do art. 224 do CE, preservando-se a aplicação da normatividade eleitoral vigente até 05/10/2013, um ano antes da data designada para a realização do 1º turno das eleições de 2014. Assim, considerando-se a jurisprudência formada a respeito da anterior redação do art. 224 do CE, o caso não seria de considerar a decisão eleitoral formada pelos votos não invalidados, de modo que a chapa segunda colocada deveria ter sido proclamada eleita.

Constata-se, por essa exposição, que o art. 16 da CRFB contém todos os elementos textuais que permitem demarcar, no plano teórico, o âmbito de incidência da regra da anualidade eleitoral. Há um elemento temporal, que remete à *vigência* da lei cuja aplicação se discute; e um elemento material, pelo qual se deve aferir se tal lei produz *impacto* sobre o processo de formação dos mandatos eletivos. *Não* há um elemento teleológico, pelo qual se deva avaliar a conveniência, para eleitores, candidatos ou a sociedade em geral, da aplicação da lei àquele específico procedimento eleitoral.

Assim, no fechamento do código intradiscursivo cuja apresentação ora se conclui, a anualidade eleitoral deve ser considerada *regra*, que, incidindo sobre toda a normatividade do processo eleitoral, suprime a eficácia, em relação a um determinado procedimento eleitoral, das leis vigentes a menos de um ano da data designada para as eleições respectivas, perdurando até produção de decisão eleitoral válida. Sua finalidade é estabilizar a normatividade do processo eleitoral aplicável a um determinado procedimento eleitoral, o qual somente se conclui com a formação válida dos mandatos disputados.

### 1.3 Conclusões parciais do capítulo

O presente capítulo da tese desenvolve a premissa de que *a utilização da expressão processo eleitoral no texto constitucional não é vã ou acidental, mas, sim, encerra pretensão normativa e epistemológica*. Essa pretensão normativa é demonstrada pelas inserções linguística e sistêmica daquela expressão, que refutam interpretações descoladas do contexto constitucional.

A inserção linguística da expressão *processo eleitoral* é apresentada com base na teoria de interpretante de Edward Lopes, cuja nota distintiva no campo da Linguística é reivindicar que toda interpretação de um discurso, com a produção de sentidos, deve ser submetida a um teste de *veredicação*, que promove o retorno do texto ao discurso interpretado para confirmar a interpretação com base no *código intradiscursivo*. O principal desafio para a *veredicação* é o apelo do *código heterodiscursivo*, que é oriundo de discurso diverso do interpretado, mas que logra dissimular-se como tal, produzindo interpretações ideologizadas (*discurso mítico*) comodamente recepcionadas na hermenêutica dogmática.

Aplicadas essas proposições ao discurso constitucional, tem-se que os sentidos produzidos na atividade de interpretação de normas constitucionais devem ser confirmados por aquele discurso, com base no código intradiscursivo por ele fornecido. Trata-se de uma inovadora *teoria do discurso constitucional*, propugnada por Rosemiro Pereira Leal, que permite desvelar a interferência do *código heterodiscursivo* na atividade legislativa e judicial, de modo a refutar o *discurso mítico* resultante da interpretação moral, não juridificada, da Constituição.

No âmbito de uma pesquisa crítico-teórica, a normatividade constitucional passa a ser concebida como desdobramento epistemológico dos conceitos jurídicos fundamentais inscritos no contexto do discurso, que é a Constituição. É por isso que se pode falar em uma dimensão *coinstitucionalizante*, que baliza a produção de sentidos indispensáveis para a institucionalização do Estado Democrático de Direito. No que concerne especificamente à presente pesquisa, tem-se respaldo para reivindicar que o *processo eleitoral* seja compreendido no contexto constitucional, a fim de que a estabilização de seu sentido *preceda e oriente* a produção de leis, atos administrativos e decisões judiciais.

O esquema teórico que permite a estabilização de sentidos do *processo eleitoral* foi construído em duas etapas.

Na primeira, apresentou-se a inserção linguística do *processo eleitoral* na CRFB. Examinados os limites internos e externos da linguagem normativa, reivindicou-se a inscrição



do *processo eleitoral* no eixo do *devido processo legal*. Nesse ponto, iniciou-se a crítica à naturalização da *instrumentalidade do processo*, que, na ausência de uma *função eleitoral* estatal autônoma a atuar por meio do *processo*, infere inexistente um *processo eleitoral* em sentido técnico, como o admitido quanto aos *processos legislativo, administrativo e judicial*.

O *processo eleitoral* subsiste, superada essa compreensão de processo construída a partir da noção da autoridade estatal, como *processo de produção da decisão pública consistente na formação de mandatos eletivos*. Reconhece-se que em seu âmbito é produzido um ato *performativo*, único e *suirreferenciado*, que, contudo, não é praticado por uma autoridade, mas pelo eleitorado. O *processo eleitoral* comporta, assim, possibilidade de teorização por teorias processuais, respeitada sua conformação ao devido processo legal.

Avança-se, ainda nesse campo, para contextualizar o próprio *devido processo legal*, que, no Brasil, é o *devido processo*: i) *coinstitucionalizado*, que, como conquista teórica, não decorre da construção historicista da fidúcia entre *pares*, tal qual o *due process* na tradição do *common law*, mas se instaura dentro de um novo marco normativo, a Constituição do Estado Democrático de Direito; ii) *coinstitucionalizante*, que, como interpretante jurídico compartilhado, comanda a estruturação de procedimentos e a produção de decisões públicas conformes à normatividade fornecida pelo discurso constitucional.

Na segunda etapa da construção do esquema teórico para estabilização de sentidos do *processo eleitoral*, promoveu-se sua inserção sistêmica no estatuto constitucional dos direitos políticos. Refutando-se concepções de Saussure, Luhmann e Kelsen, sustentou-se uma concepção de sistema como *agrupamento de elementos demarcado por um discurso*. A demarcação do discurso corresponde ao *fechamento sistêmico* e, com base no referencial teórico oferecido por Edward Lopes, a questão central é elucidar o *código intradiscursivo* pelo qual, possibilitado o teste de veredicação, possa-se produzir sentidos *contextualizados*, isto é, de modo *dinâmico* e com conteúdo *controlável*.

Sustenta-se que o estatuto constitucional dos direitos políticos é o *código intradiscursivo* do discurso constitucional que permite estabilizar o sentido de *processo eleitoral* de forma contextualizada. Para serem enunciados como elementos componentes desse código, os direitos políticos foram integrados ao devido processo coinstitucionalizante, como componentes do *eixo paradigmático* do processo eleitoral democrático, a fim de se estabelecer de que modo direcionam a estruturação de procedimentos e a produção de decisões no âmbito do *processo eleitoral*.

Sob essa ótica, é possível enunciar: i) o *direito ao sufrágio (ativo e passivo)* como elemento de delimitação do corpo político, feita a partir de *pressupostos* para a participação no

processo eleitoral; ii) as *eleições*, dentro do conjunto de procedimentos coinstitucionalizados para exercício da participação política democrática, como procedimento *eleitoral* – enquanto plebiscito, referendo e iniciativa popular constituem procedimentos *legislativos* – do qual resulta a produção da decisão eleitoral, a saber, a formação de mandatos, por atuação exclusiva dos cidadãos; iii) o *voto* como elemento apto a caracterizar a decisão eleitoral como decisão colegiada, de competência do *eleitorado*; iv) as características do voto – *direito, secreto, igual, obrigatório/facultativo* e *periódico* – como regras procedimentais para a tomada da decisão pelo órgão colegiado eleitoral; v) os *partidos políticos* como organizações políticas não estatais, que, a despeito do efeito restritivo da filiação partidária sobre o direito ao sufrágio, participam do processo eleitoral em caráter *ad coadjuvandum* em relação aos cidadãos; vi) a *Justiça Eleitoral* como órgão estatal destinado ao controle-garantia do processo eleitoral, pelas atividades de *racionalização* e *veredicação* do procedimento eleitoral, as quais pressupõem a preservação dos espaços de atuação legítima dos cidadãos, como participantes e decisores; vii) a *regra da anualidade eleitoral* como regra de estabilização da normatividade aplicável a um determinado procedimento eleitoral, que perdura até a válida formação dos mandatos eletivos.

Tomado esse esquema teórico, passa-se a buscar a estabilização de sentidos do *processo eleitoral*. No Capítulo 2, examina-se como a literatura e a jurisprudência têm abordado o tema, o que sustentará a premissa de que subsistem aporias significativas, a demandar enfrentamento adequado. No Capítulo 3, serão propostas conjecturas para a teorização do *processo eleitoral* reputada adequada a sua inserção linguística e sistêmica no discurso constitucional.

## 2 O PROBLEMA DA DEMARCAÇÃO TEÓRICA DO PROCESSO ELEITORAL NA LITERATURA E NA JURISPRUDÊNCIA

A segunda premissa da presente pesquisa é a de que *a pretensão epistemológica e normativa da expressão “processo eleitoral” não vem sendo adequadamente abordada pela literatura e pelas decisões dos tribunais, o que é problemático de um ponto de vista democrático*. Prevalecem conceituações tópicas do processo eleitoral, que contribuem para a instabilidade dos sentidos atribuídos judicialmente às leis eleitorais e resultam na incerteza quanto à efetividade dos direitos fundamentais de participação política.

No desenvolvimento dessa premissa, promove-se, inicialmente, revisão bibliográfica do conceito de processo eleitoral. O recorte escolhido para realizar essa tarefa parte da observação de que, no Brasil, na vigência da CRFB, o Direito Político declina como disciplina curricular encarregada do estudo das instituições político-jurídicas, ascendendo, em seu lugar, o Direito Constitucional. Ocorre que a abordagem prevalente no contexto da redemocratização centrou-se nos “direitos individuais e coletivos” e nos “direitos sociais” dos arts. 5º a 9º, CRFB, como motes da visão liberal e social da defesa do indivíduo frente ao Estado. O estudo dos direitos políticos migra majoritariamente para o Direito Eleitoral.

No entanto, nessa disciplina, predomina a abordagem técnica, destinada a operacionalizar as regras, cada vez mais complexas, aplicáveis às eleições. Nesse âmbito, o processo eleitoral se vê compreendido preponderantemente como uma sequência de atos temporalmente fixados entre o registro de candidatos e a diplomação. Em um apêndice, o Direito Processual Eleitoral se dedica ao estudo procedimental das ações eleitorais, denominado “contencioso eleitoral”. Sob influência não problematizada da teoria da relação jurídica do processo, o processo eleitoral é instrumentalizado para a atuação de uma jurisdição eleitoral *célere*, perante a qual os direitos políticos deixam de ser percebidos como direitos fundamentais.

O comparativo com a literatura espanhola demonstra que, em um país no qual a tradição constitucionalista manteve prestigiado o tema dos direitos políticos, o processo eleitoral é abordado sob a ótica da fundamentalidade da participação política. É o que desperta para a necessidade de se encontrar, no caso brasileiro de intensa e conturbada atividade legiferante e jurisprudencial, vias para implementar o comando coconstitucionalizante do art. 16 da CRFB. Sustenta-se a imprescindibilidade da pesquisa em Direito Processual para alcançar esse objetivo.

Na sequência, promove-se estudo crítico da jurisprudência do STF relativa ao processo

eleitoral. O objetivo é demonstrar a ausência de demarcação teórica do conceito nas decisões fundamentadas na regra da anualidade eleitoral (art. 16 da CRFB), o que gera a imprevisibilidade do resultado dos julgamentos e compromete a formação de uma tradição argumentativa consistente sobre a matéria. Adotando-se o modelo de *Case Brief*, é efetuada uma análise qualitativa das decisões, da qual será extraído o panorama da oscilação do conceito de processo eleitoral e avaliados os reflexos sobre o favorecimento/restrrição da participação dos cidadãos neste.

## 2.1 O lugar do Direito Político como objeto da ciência jurídica

Em definição ligeira, o Direito Político corresponde ao “conjunto de normas de Direito Público que regulam a organização e ao funcionamento das instituições políticas, dispõem sobre os poderes do Estado e disciplinam as ações dos representantes desses poderes”<sup>399</sup>. Isso diz pouco, porém, sobre os conteúdos priorizados e a metodologia de abordagem destes.

O Direito Político trata do poder instituído, o qual, conforme aponta Simone Goyard-Fabre, traz implícito tensão entre poder estatal e liberdade política, a ser equacionada por arranjos institucionais:

[...] A existência do direito político significa que a política não se reduz a simples relações de forças e que “potência” não é poder. A potência é apenas um dado factual que se expressa de maneira empírica e contingente. O Poder político – *Potestas* e não *potentia* – é uma construção jurídica, tanto que seu exercício obedece a princípios e a regras que lhe impõem restrições e limites. Se a potência é força e, às vezes, violência, o Poder político implica a ordem de direito erigida por um conjunto de vínculos institucionais. O “direito político” é precisamente constituído pelas normas que regem a organização institucional da política e seu funcionamento no âmbito por ela determinado e delimitado<sup>400</sup>.

Ocorre que, precisamente esse papel de contenção jurídica do poder fez com que o Direito Político, ao longo do século XX, tenha sido colocado no cerne de disputas políticas e mesmo ideológicas. Seu principal pano de fundo foi o *Debate de Weimar*, no qual se colocou

<sup>399</sup> MELO, Osvaldo Ferreira de, **Dicionário de Direito Político**, Rio de Janeiro: Forense, 1978, p. 38.

<sup>400</sup> GOYARD-FABRE, Simone, **Os princípios filosóficos do Direito Político**, São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 2.

em discussão a “inadequação teórica e a esterilidade prática” da Teoria Geral do Estado de cunho formalista<sup>401</sup>.

Gilberto Bercovici explica que, no *Debate de Weimar*, “opuseram-se ao positivismo jurídico, liderado por Hans Kelsen, as mais diversas propostas metodológicas para a compreensão do Estado e da Constituição”, que se insurgiam contra uma disciplina que havia levado o método jurídico às últimas consequências, expulsando os aspectos políticos do Estado para fora da Constituição<sup>402</sup>.

No extremo oposto, Carl Schmitt sustentava que “a Constituição em sentido absoluto é a concreta maneira de ser da unidade política existente, ou seja, o Estado não tem uma Constituição que regula a forma e o funcionamento da vontade estatal, o Estado é a própria Constituição”<sup>403</sup>. Ao formular sua Teoria da Constituição, com direcionamento abertamente contrário à Constituição de Weimar, o autor não considera a separação dos poderes e direitos fundamentais como “parte do conteúdo político essencial da Constituição”<sup>404</sup>. Sua proposta era de substituir a vigente Constituição “por uma ‘Contra-Constituição’ (*Gegenverfassung*), cujos princípios básicos estariam na proteção das instituições tradicionais alemãs (notadamente propriedade privada, casamento e liberdade religiosa) por meio das ‘garantias institucionais’ (*institutionelle Garantien*)”<sup>405</sup>.

Por sua vez, Hermann Heller propunha que a Teoria do Estado se constitua em *ciência da realidade*, partindo da premissa de que a problemática política não pode ser ignorada, como fizeram os positivistas, porque o Estado não é estranho a quem o investiga<sup>406</sup>. Segundo Bercovici, a Teoria do Estado é por Heller considerada “impossível como dogmática jurídica” porque “deve dar a devida importância ao direito, mas transcende ao método jurídico do positivismo, pois necessita das demais ciências sociais (política, sociologia, filosofia, economia, história)”<sup>407</sup>.

Heller contrapunha-se ao discurso schmittiano de legitimação do fascismo, sustentando que a investigação da realidade social concreta não conduz ao abandono dos compromissos

---

<sup>401</sup> BERCOVICI, Gilberto, A Constituição dirigente e a crise da Teoria da Constituição, in: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de *et al* (Orgs.), **Teoria da Constituição: estudos sobre o lugar da política no Direito Constitucional**, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 86.

<sup>402</sup> *Ibid.*, p. 85–86.

<sup>403</sup> *Ibid.*, p. 93.

<sup>404</sup> *Ibid.*, p. 95.

<sup>405</sup> *Ibid.*, p. 96.

<sup>406</sup> *Ibid.*, p. 98–102, *passim*.

<sup>407</sup> *Ibid.*, p. 99.

dilatatórios, pois a normatividade jurídica é, ela própria, exigência e expressão da realidade social<sup>408</sup>. Portanto, a Constituição política total (ordenação estatal) tem como componentes a Constituição real (relações reais de poder) e a normativa (normação do processo de renovação contínua da Constituição política total), que perfazem uma *unidade na pluralidade*<sup>409</sup>.

Historicamente, a proposta de Schmitt se sagrou vitoriosa, com a derrocada de Weimar e a ascensão do Estado nacional-socialista na Alemanha, em 1933. À época, Oskar Georg Fischbach celebrava a superação “do *eu* pelo *nós*” por uma ideologia que “partindo da premissa de considerar o povo como um organismo, aspira a criar um Estado verdadeiramente nacional e genuinamente socialista, rompendo com a influência desintegradora do liberalismo burguês e do socialismo materialista”<sup>410</sup>.

Com essa percepção, Fischbach situa o Direito Político como disciplina que, partindo dos conceitos gerais definidos pela Teoria Geral do Estado, “investiga mais em concreto a vida orgânica do Estado, suas funções internas e externas e as relações do Poder público com os indivíduos”<sup>411</sup>. Coerente com a concepção schmittiana de que os direitos fundamentais são periféricos a esse estudo, a obra de Fischbach dedica um modesto parágrafo para tratar das “liberdades políticas ou cidadãs”<sup>412</sup>. Há simples menção aos direitos de sufrágio e de ocupar cargos na Administração da Justiça e na Administração civil – aí incluído “em algumas repúblicas” o direito de eleger o Presidente – como direitos dos cidadãos do Estado “de intervir ativamente na formação da vontade coletiva e principalmente na legislação”<sup>413</sup>.

Na Espanha, a influência de Carl Schmitt, colhida do *Debate de Weimar*, se faz sentir na formação de uma linha de catedráticos de Direito Político que, na década de 1940,

---

<sup>408</sup> *Ibid.*, p. 100.

<sup>409</sup> *Ibid.*, p. 100–101.

<sup>410</sup> FISCHBACH, Oskar George, **Derecho Político general y constitucional comparado**, 2. ed. Barcelona: Labor, 1934, p. 15. Tradução do original em espanhol extraída do trecho: “El nacional-socialismo supera el ‘yo’ en el ‘nosotros’, y, sobre la base de considerar al pueblo como un organismo, aspira a crear un Estado verdaderamente nacional y genuinamente socialista, rompiendo con la influencia desintegradora del liberalismo burgués y del socialismo materialista.”

<sup>411</sup> *Ibid.*, p. 11. Tradução do original em espanhol: “El *Derecho Político*, partiendo de estos conceptos generales que sienta la *Teoría [general del Estado]*, investiga más en concreto la vida orgánica del Estado, sus funciones internas y exteriores y las relaciones del Poder público con los individuos.”

<sup>412</sup> *Ibid.*, p. 369–370.

<sup>413</sup> *Ibid.*, p. 369. Tradução do original em espanhol extraída do trecho: “Las *libertades políticas o ciudadanas* dan derecho a los ciudadanos del Estado, exclusivamente a éstos – sean hombres o mujeres – a intervenir activamente en la formación de la voluntad colectiva y principalmente en la legislación. Derechos políticos de este género son el derecho de sufragio [...], el derecho de desempeñar ciertos cargos públicos de la Administración de Justicia [...] o de la Administración civil, por ejemplo, en ciertas Repúblicas el derecho de tomar parte en la elección de Presidente.”

“produziram obras que pretendiam aportar bases teóricas à Ditadura [de Franco]”<sup>414</sup> e constituíram “uma geração muito comprometida com a ação política, geralmente mediante o desempenho de cargos públicos durante toda a Ditadura”<sup>415</sup>. Conforme destaca Javier García Fernández, essa geração rompe academicamente com uma abordagem estritamente jurídica (positivista) do Direito Político<sup>416</sup>, sorve da noção schmittiana de Constituição<sup>417</sup> e produz como resultado “um Direito Político alheio ao positivismo, doutrinal, alijado do momento do enciclopedismo (a que logo retornaria), que, no entanto, ignorava o ordenamento positivo [...]”<sup>418</sup>.

Enrique Tierno Galván, nesse cenário, considera que transformações no objeto do Direito Político – o Estado – impuseram a substituição do “método jurídico” pelo “método sociológico”, de influência anglo-saxã, o que deixa nebulosa a distinção entre aquela disciplina e a própria sociologia<sup>419</sup>. Para o autor, colocava-se em questão a autodeterminação do Estado, com a ascensão de blocos regionais, e a crise das crenças políticas<sup>420</sup>. A oposição de Schmitt à Constituição formal liberal e a “compromissos dilatatórios” que considerava contraditórios

---

<sup>414</sup> GARCÍA FERNÁNDEZ, Javier, Pablo Lucas Verdú, un jurista entre dos generaciones del derecho político español, **Revista de estudios políticos**, n. 174 (out-dez), p. 225–266, 2016, p. 234. Tradução do original em espanhol extraída do trecho: “[...] en los comienzos de la década algunos de estos catedráticos produjeron obras que pretendían aportar bases teóricas a la Dictadura.”

<sup>415</sup> *Ibid.*, p. 235–236. Tradução do original em espanhol: “[...] fue una generación muy volcada a la acción política, generalmente mediante el desempeño de cargos políticos durante toda la Dictadura.”

<sup>416</sup> *Ibid.*, p. 236. Vale transcrever a rica passagem em que García Fernández aborda esse traço dos catedráticos de Direito Político da década de 1940: “En perspectiva doctrinal, este grupo de catedráticos supone un corte absoluto con la Revista de Derecho Público que se editó entre 1932 y 1936 bajo la dirección de Pérez Serrano. Ciertamente que esta revista, en contra de quienes la identifican con el régimen republicano, acogió a un espectro más conservador que de izquierdas, pero al menos en sentido epistemológico fue una referencia para una visión claramente jurídica del Derecho Político. Ningún profesor de los que estamos examinando colaboró en la Revista de Derecho Público, pues solo Conde tenía edad para hacerlo, pero no lo hizo. Este desconocimiento o rechazo del positivismo constitucional de la Segunda República lleva a esta generación de profesores a rehuir la dimensión jurídica del Derecho Político [...]. Esta huida de lo jurídico tenía antecedentes, pues el Derecho Político español anterior a 1931 era una disciplina enciclopédica también muy alejada de lo jurídico y a antecedentes superados al fin por la generación de la Segunda República se unió la falta de un ordenamiento jurídico mínimamente consolidado para regular la nueva organización política.”

<sup>417</sup> *Ibid.*, p. 240.

<sup>418</sup> *Ibid.*, p. 237. Tradução do original em espanhol: “El resultado de todo ello fue un Derecho Político ajeno al positivismo, doctrinal, alejado de momento del enciclopedismo (al que luego se retornará), que, sin embargo, ignoraba el ordenamiento positivo.”

<sup>419</sup> TIERNO GALVÁN, Enrique, Prologo, in: VERDÚ, Pablo Lucas (Org.), **Introducción al Derecho Político: las transformaciones sociales del Derecho Político actual**, Barcelona: José Maria Bosch, 1958, p. IX–X, passim.

<sup>420</sup> *Ibid.*, p. X–XI.

(direitos sociais e controle da ordem econômica)<sup>421</sup> dissipava o interesse em métodos jurídicos de investigação das normas políticas. A disciplina Direito Político se via descaracterizada, fragmentada, enquanto a Teoria Política, a Sociologia e – finalmente, por inspiração estadunidense – a Ciência Política conduziam os debates sem aderência jurídica<sup>422</sup>.

É esse o estado da arte com que depara Pablo Lucas Verdú, na década de 1950, quando principia a reconstrução da disciplina de Direito Político com conjecturas próximas ao pensamento de Heller.

Lucas Verdú considerava vivenciar um momento de passagem do Estado Liberal para o Estado Social, confiando que ao final, as forças políticas desagregadoras se acomodariam e o Direito Político retomaria sua função de controle social<sup>423</sup>. Mas, na transição, a reconfiguração do Direito Político exigia “a análise tanto das instituições vigentes quanto das que intentam desalojá-las, uma vez que estas são testemunhos que corroboram o câmbio social”<sup>424</sup>.

A obra de Lucas Verdú antagoniza com a de seus antecessores da década de 1940. Distingue-se em relação a estes não apenas pela refração do autor à Ditadura, mas porque busca recolocar o Direito Político na Ciência Jurídica. Embora admitindo que a disciplina seja inevitavelmente *enciclopédica* em função da vastidão dos conhecimentos que abarca, destaca que entre estes se inclui necessariamente o Direito Constitucional. E, se reconhece a pobreza das normas políticas da ditadura, que levou autores a desconsiderarem a relevância do Direito Político como disciplina jurídica, não deixa de afirmar que as normas constitucionais são fontes “em sentido técnico-jurídico” do Direito Político, às quais é própria uma interpretação constitucional<sup>425</sup>.

Na compreensão do autor, a reconstrução metodológica do Direito Político se mostra premente para a abordagem científica (problematizante) da realidade jurídico-política<sup>426</sup>, que

<sup>421</sup> BERCOVICI, A Constituição dirigente e a crise da Teoria da Constituição, p. 93–96, *passim*.

<sup>422</sup> GARCÍA FERNÁNDEZ, Pablo Lucas Verdú, un jurista entre dos generaciones del derecho político español, p. 240. Segundo García Fernández: “No es que el nacionalsocialismo estuviera al margen del derecho, pero la Constitución del Estado liberal burgués era un enemigo ya batido en Alemania y en España, por lo que había que elaborar un Derecho Político al margen de la Constitución liberal y, con ello, del Derecho como instrumento de organización política. Además, la noción schmittiana de Constitución no incitaba al estudio del Derecho Positivo que, por otra parte, en la década de los cuarenta era muy tosco.”

<sup>423</sup> VERDÚ, Pablo Lucas, **Introducción al Derecho Político: las transformaciones sociales del Derecho Político actual**, Barcelona: José Maria Bosch, 1958, p. 34.

<sup>424</sup> *Ibid.*, p. 36. Tradução do original em espanhol: “[...] el replanteamiento del Derecho político ha de analizar tanto las estructuras e instituciones vigentes como las que intentan desalojarlas puesto que éstas son testimonio que corroboran el cambio social.”

<sup>425</sup> *Ibid.*, p. 218–220, *passim*.

<sup>426</sup> *Ibid.*, p. 222–223, *passim*.



resgate conceitos jurídicos da relativização excessiva. Mas, em seu entendimento, “conceitos como *Constituição, Soberania, Democracia e Política* dependem de uma situação determinada que requer ser comprovada, [...] coisa que escapa, naturalmente, à breve análise jurídica”<sup>427</sup>. A concepção de Lucas Verdú é eclética, pois “consistia em abordar os problemas jurídico-políticos com uma atitude realista que combinava os fatores normativos institucionais com as peculiaridades sociopolíticas”<sup>428</sup>.

É dessa concepção que parte um esforço de recondução da disciplina a um enfoque jurídico, sem negar as limitações do formalismo kelseniano percebidas à época. Diria o autor, mais tarde: “certo é que o formalismo jurídico incorrera em exagero [...], mas isso não autoriza a desfiguração da nossa disciplina”<sup>429</sup>. Ademais, é de se considerar que seus escritos, desde a década de 1950, buscavam pressupostos democráticos que somente vigeriam com a Constituição Espanhola de 1978<sup>430</sup>, o que permitiu a Lucas Verdú, a partir da promulgação desta, migrar para o Direito Constitucional.

A transição democrática traz a ascensão do Direito Constitucional e do Direito Administrativo como disciplinas que eclipsam o Direito Político. Joaquín Tomás Villarroya, em 1976, sintetizava a refração a essa disciplina “em vias de ser substituída pela Filosofia ou pela Sociologia política”, dado que, nela, “o jurídico se dilui em um caos de considerações sociológicas ou reformistas que nada ou muito pouco têm a ver com a substância autêntica de uma verdadeira ciência do Direito”<sup>431</sup>. O embate se dava então pela preponderância do Direito Constitucional ou do Administrativo, com vantagem para o último, prestigiado como matriz do Direito Público capaz de oferecer uma “nova dogmática” dos institutos constitucionais<sup>432</sup>.

---

<sup>427</sup> *Ibid.*, p. 225–226.

<sup>428</sup> GARCÍA FERNÁNDEZ, Pablo Lucas Verdú, un jurista entre dos generaciones del derecho político español, p. 251–252. Tradução do original em espanhol: “[...] consistía en abordar los problemas jurídico-políticos con una actitud realista que combinara ‘los factores normativos institucionales’ con ‘las peculiaridades sociopolíticas’.”

<sup>429</sup> VERDÚ, Pablo Lucas, Situación de la Ciencia del Derecho Político en España, **Anuario de Ciencia Jurídica**, n. 2, p. 223–262, 1971, p. 229.

<sup>430</sup> GARCÍA FERNÁNDEZ, Pablo Lucas Verdú, un jurista entre dos generaciones del derecho político español, p. 253.

<sup>431</sup> TOMÁS VILLARROYA, Joaquín, La dirección dogmática en el derecho político, **Revista de administración pública**, n. 79, p. 67–89, 1976. Tradução do original em espanhol extraída do trecho: “El Derecho político se nos ofrece también hoy como un repertorio de temas que, muchas veces, nada tienen de jurídicos; como un terreno propicio a las intromisiones más variadas; y, muy especialmente, como una disciplina en trance de ser sustituida por la Filosofía o por la Sociología política. Lo jurídico se diluye en un caos de consideraciones sociológicas o reformistas que nada o muy poco tienen que ver con la sustancia autêntica de una verdadera ciencia del Derecho;”

<sup>432</sup> García Fernández observa que essa posição do Direito Administrativo é sinalizada pelo fato de que o citado artigo de Tomás Villarroya, sobre a orientação jurídica do Direito Político, tenha sido publicado

Porém, Lucas Verdú reivindicou para o Direito Constitucional uma juridicidade própria, voltada para a análise dos fenômenos políticos, que não o reduzisse à visão administrativista de García de Enterría, com quem travou debates<sup>433</sup>. E, por insistência e consistência de sua longeva obra, foi capaz de “conservar as brasas” do Direito Político – “disciplina que estava em risco de apagar-se definitivamente ante os golpes simultâneos dos teóricos schmittianos da política (às vezes com aderências teológicas) e dos cientistas políticos que igualmente rechaçavam a ideia de uma disciplina baseada no ordenamento jurídico” – até que esse rescaldo “pudesse ser reavivado a partir de 1977”<sup>434</sup>.

É certo que muitas outras nuances podem ser consideradas na abordagem do percurso disciplinar do Direito Político. Mas este esboço é suficiente para demonstrar que o lugar do Direito Político se viu contingenciado pelas compreensões de Estado prevalentes a cada época. Propostas acadêmicas de cariz mais democrático reivindicaram que o Estado fosse mantido como objeto de estudo de uma disciplina jurídica (ainda que com influência de outras ciências sociais) e sustentaram que direitos fundamentais comporiam o núcleo dessa disciplina. De outro lado, a renegação do caráter jurídico e mesmo científico do Direito Político e a desvinculação dos direitos fundamentais do estudo do Estado foram convenientes à defesa de regimes autoritários.

Seguindo a trilha deixada por Heller e Lucas Verdú, o Direito Político encontrou, nas nações europeias, guarida preferencial no Direito Constitucional. A participação política institucionalizada foi reconhecida como tema central da disciplina. Um conceito atual do Direito Político não ignora a questão, de modo que se compreende seu objeto de estudo como “normas que estabelecem limites e restrições ao exercício do poder pelo Estado, nas suas

---

em periódico administrativista e, não, na tradicional *Revista de Estudios Políticos*. Nas palavras do autor: “Es muy significativo que uno de los primeros trabajos que se publicaron, muerto el dictador, sobre la orientación jurídica del Derecho Político, el artículo de Tomás Villarroya (1976), apareciera en la *Revista de Administración Pública* y no en la *Revista de Estudios Políticos*.” (GARCÍA FERNÁNDEZ, Pablo Lucas Verdú, un jurista entre dos generaciones del derecho político español, p. 243.).

<sup>433</sup> *Ibid.*, p. 253–254.

<sup>434</sup> *Ibid.*, p. 255. Tradução do original em espanhol: “Lucas Verdú conservó los rescoldos de una disciplina que estaba en riesgo de apagarse definitivamente por los concurrentes soplidos de los teóricos schmittianos de la política (a veces con adherencias teológicas) y de los politólogos que rechazaban por igual la idea de una disciplina fundada en el ordenamiento jurídico. Lucas Verdú cuidó esos rescoldos que pudieron reavivarse a partir de 1977.”

relações com a sociedade, de modo a assegurar, simultaneamente, a plenitude das liberdades fundamentais das pessoas”<sup>435</sup>.

Foi também possível uma reconciliação com a Ciência Política, a Sociologia e a Filosofia, que se dedicam ao tema sem negar a possibilidade e a necessidade de que seja tratado como disciplina jurídica. O enfoque são as teorias que contribuam para a democratização do exercício do poder.

Nesse sentido, Goyard-Fabre, filósofa, alerta que, na modernidade, o *legiscentrismo* traz o risco de “hipostasiar” as regras do Direito Político, de modo que, para conter a tendência a uma “obediência passiva e cega aos mandamentos do poder”, deve-se ter por princípio a *autonomia*, da qual se extrai que “a ordem pública depende da vontade de coexistência dos seres responsáveis que são os cidadãos”<sup>436</sup>. Por outro lado, a *autolimitação recíproca* é necessária para evitar uma *doxocracia* “que inevitavelmente reflete a contingência da opinião pública”. Daí que “a história não pode ser, com o risco de provocar um incontável processo contínuo, a instância dominante do direito político”<sup>437</sup>.

Na Espanha, o Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, com vasto catálogo de atividades e obras de Direito Político publicadas, ilustra o êxito da proposta de “análise da realidade jurídica, social e política nacional e internacional, prestando uma especial atenção à realidade jurídico-política dos países ibero-americanos”<sup>438</sup>. No país, o Direito Político retomou seu lugar como disciplina jurídica, em harmonia com estudos oriundos de outras ciências, o que permitiu firmar uma tradição acadêmica de abordagem do objeto a partir da perspectiva da cidadania.

A despeito dessa reconciliação, assistiu-se, no Brasil, um equacionamento disciplinar conturbado do Direito Político a partir de 1988.

Cláudio Pereira de Souza Neto e Daniel Sarmento destacam que a CRFB tem como “marcas distintivas o profundo compromisso com os direitos fundamentais e com a democracia, bem como a preocupação com a mudança das relações políticas, sociais e econômicas, no

---

<sup>435</sup> BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias, **Processo constitucional e estado democrático de direito**, 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2015, p. 9.

<sup>436</sup> GOYARD-FABRE, **Os princípios filosóficos do Direito Político**, p. 495–496.

<sup>437</sup> *Ibid.*, p. 499.

<sup>438</sup> CENTRO DE ESTUDIOS POLÍTICOS Y CONSTITUCIONALES, Investigación, Disponível em: <<http://www.cepc.gob.es/investigacion>>, Acesso em: 03 nov. 2018. Tradução do original em espanhol extraída do trecho: “Entre las principales misiones que el Centro de Estudios Políticos y Constitucionales tiene encomendadas, se encuentra el análisis de la realidad jurídica, social y política nacional e internacional, prestando una especial atención a la realidad jurídico-política de los países iberoamericanos.”

sentido da construção de uma sociedade mais inclusiva, fundada na dignidade da pessoa humana<sup>439</sup>. Trata-se de uma Constituição longa, analítica e compromissória<sup>440</sup>. A dimensão cidadã do Direito Político se faz presente em seu texto, uma vez que “contém não apenas um ‘estatuto jurídico do político’, já que consubstancia norma fundamental não só do Estado, como também da própria sociedade brasileira”<sup>441</sup>.

Para os autores, há dois núcleos (“corações”) na Constituição – direitos fundamentais e democracia. Em sua leitura, embora os direitos políticos sejam mencionados no primeiro núcleo, a ênfase ali é conferida aos direitos civis e, sobretudo, aos direitos sociais (trabalhistas e prestacionais em sentido estrito). O arrolamento dos direitos políticos é realizado no segundo núcleo, que é situado num ponto *além* dos direitos fundamentais. Sufrágio direto, secreto, universal e periódico para todos os cargos eletivos; voto do analfabeto; sistema partidário pluralista e liberal; instrumentos de democracia participativa; manutenção da Justiça Eleitoral; garantia a liberdades públicas que são “pressupostos direitos para o funcionamento da democracia, como as liberdades de expressão, de associação e o direito à informação” são “medidas” que levam os autores a concluir que a CRFB “contém todos os elementos que conformam a democracia política”<sup>442</sup>.

Ocorre que a abordagem dos dois núcleos da Constituição pelos constitucionalistas brasileiros deu-se de modos distintos. De um lado, os direitos individuais e sociais, bem como sua tutela pela jurisdição constitucional, desafiaram estudos cada vez mais sofisticados e em perspectiva aplicada, que alcança a hermenêutica constitucional. De outro, os direitos políticos recebem abordagem panorâmica, com menção ao histórico desses direitos, mas, via de regra, sem abordar sua dinâmica de aplicação e aspectos hermenêuticos<sup>443</sup>.

Nesse cenário, a organização dos conceitos, o estudo das normas políticas, a dinâmica de sua aplicação e a hermenêutica dos direitos políticos ficaram no âmbito do Direito Eleitoral. Como decorrência, dissociaram-se a abordagem teórica (Direito Constitucional) e a abordagem técnico-científica (Direito Eleitoral) do Direito Político.

---

<sup>439</sup> SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel, **Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho**, 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2014, p. 170.

<sup>440</sup> *Ibid.*, p. 171.

<sup>441</sup> *Ibid.*, p. 172.

<sup>442</sup> *Ibid.*, p. 173.

<sup>443</sup> Para citar três clássicas obras que ilustram esse cenário: BONAVIDES, Paulo, **Teoria constitucional da democracia participativa**, São Paulo: Malheiros, 2001; BONAVIDES, Paulo, **Curso de Direito Constitucional**, 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2004; SILVA, José Afonso da, **Curso de Direito Constitucional positivo**, 39. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

Essa dissociação não é sem consequência. O Direito Político enfrenta hoje, no Brasil, dificuldade para libertar-se do pensamento tecnológico, “por força do qual a ciência somente se justifica como otimizadora dos resultados úteis da ação humana sobre o mundo”<sup>444</sup>. Enquanto noções sobre a fundamentalidade dos direitos políticos trespassam o Direito Constitucional, mas sem descer a um plano de aplicação concreta, o Direito Eleitoral se dedica à extenuante tarefa de fazer funcionar um manancial de leis e resoluções aplicáveis à eleição, sem, necessariamente, reivindicar um marco teórico democrático para as soluções apresentadas.

Minguaram, na atualidade, obras expressamente dedicadas ao Direito Político, as quais eram frequentes até antes do advento da CRFB. Cite-se, como exemplos: *Direito Político*, de Alfredo Lopes da Cruz (1927)<sup>445</sup>; *Direito Político*, de Nestor Massena (1929)<sup>446</sup>; *Novas instituições de Direito Político brasileiro*, de Alcino Pinto Falcão (1961)<sup>447</sup>; *Introdução à história do Direito Político brasileiro*, de Galvão de Souza (1962)<sup>448</sup>; *Direito Político brasileiro*, de Fernando Whitaker da Cunha (1978)<sup>449</sup>; *Direito Político do sufrágio no Brasil*,

---

<sup>444</sup> GRESTA, **Introdução aos fundamentos da processualidade democrática**, p. 6.

<sup>445</sup> CRUZ, Alfredo Lopes da, **Direito Político**, Rio de Janeiro: [s.n.], 1927. A obra é exemplar do *enciclopedismo*, que viria a subsidiar críticas ao caráter vago e inócuo do Direito Político. Embora intitulada *Direito Político*, constitui um tratado sobre Ética, Moral e Direito, com influxos da Sociologia.

<sup>446</sup> MASSENA, Nestor, **Direito político**, Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1929. O autor, apresenta um compêndio de Direito Político em que coteja normas de participação política das Constituições de 1824 e 1891, com subsídio dos debates constituintes respectivos. Sem conceituar o Direito Político, o autor aborda temas que foram objeto de discussões intensas nas duas ocasiões: nação, cidadania, direitos e garantias, capacidade política, capacidade política passiva, residência para elegibilidade e incapacidade no Direito Político. Na vigência da Constituição liberal e republicana, o cidadão, como titular de liberdades públicas, é figura central da análise do autor, de influência positivista.

<sup>447</sup> FALCÃO, Alcino Pinto, **Novas instituições do Direito Político brasileiro**, Rio de Janeiro: Borsoi, 1961. O autor informa que o título é “uma volta ao passado” e foi preferido em relação ao *Instituições de direito constitucional*, já que não trataria de “direitos individuais garantidos na Constituição [...] mas tão só o estudo dos princípios gerais, e da estrutura e mecânica dos Podêres [sic], no esquema constitucional atual brasileiro”. (*Ibid.*, p. 9.). Falcão também descarta aproximação com a Ciência Política, pois o Direito Político “por força [sic] [...] há de repousar no diploma constitucional do país”. (*Ibid.*, p. 10.). Seu recorte é definido como a “organização de um Estado, e as relações entre o governo [sic] e os membros do mesmo Estado”, o que permite inferir que a *volta ao passado* remete ao *Debate de Weimar*. (*Ibid.*, p. 9–10.).

<sup>448</sup> SOUZA, Galvão de, **Introdução à história do Direito Político brasileiro**, 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1962. A obra perpassa a formação do Estado brasileiro, desde o regime monárquico português até o Estado liberal instituído pela Constituição de 1946. O autor é crítico do regime republicano, considerando que o Brasil se precipitou a copiar o modelo estadunidense sem que tivesse organização e histórico que o habilitasse a tanto.

<sup>449</sup> CUNHA, Fernando Whitaker da, **Direito político brasileiro**, Rio de Janeiro: Forense, 1978. Escrita no contexto da Constituição de 1967/1969, o autor tem dificuldade em abordar aspectos dos direitos políticos, renunciando a qualquer leitura crítica da Ditadura Militar e, por vezes, entregando-se à retórica elogiosa do Estado vigente. Em dado ponto, afirma: “Carente de uma teoria política, em seu início, a Revolução vem esboçando, aos poucos, uma filosofia de governo, e às incertezas iniciais se devem muitas de suas hesitações e precipitações. Seus dois grandes inimigos devem ser combatidos igualmente:

de Maria Arair Pinto Paiva (1985)<sup>450</sup>; *Dez temas de Direito Político*, de Miguel Guskow (1986)<sup>451</sup>.

É nesse cenário que Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias diagnostica a insuficiente investigação da disciplina no país, em franco contraste com a tradição europeia que trilha, conforme também aponta o autor, os caminhos pavimentados por Verdú<sup>452</sup>.

O movimento atual é de expansão do Direito Eleitoral, o que parece irreversível, dada a complexidade crescente da legislação, sobejamente restritiva, em matéria de direitos políticos. Porém, para que o Direito Eleitoral se consolide como o lugar do Direito Político na ciência jurídica, é indispensável que se promova a redefinição das bases de sua produção científica. É preciso que seja, em definitivo, assumido pelos eleitoralistas o compromisso com um balizamento teórico constitucional, a significar a adoção da premissa de que os direitos políticos são direitos fundamentais.

No Brasil, não se mostra provável um desfecho similar ao da Espanha, de recondução do estudo dos direitos políticos ao Direito Constitucional. Mas o que bem cabe aproveitar do exemplo espanhol é a dedicação à investigação teórica e à produção da ciência *a partir* da teoria. Assumido o contexto constitucional do Estado Democrático de Direito, uma epistemologia emancipatória não pode se contentar com os resultados operacionais obtidos pelo encaixe, quase alquímico, de regras legais, regulamentares e jurisprudenciais ao processo eleitoral. É preciso que esses conteúdos sejam constantemente indagados quanto a sua aderência ao

---

*a subversão e a corrupção*, tarefa a que se propôs o Presidente Castelo Branco. Ainda é cedo para se fazer um julgamento histórico desse ilustre líder revolucionário, um Floriano Peixoto mais aberto aos problemas do espírito, com um patriotismo férreo e um temperamento espartano, mas ninguém, sem faccionismos, poder-lhe-á negar idealismo, consciência do dever e do poder e desambição pessoal [...]”. (*Ibid.*, p. 64–65.)

<sup>450</sup> PAIVA, **Direito político do sufrágio no Brasil (1822-1982)**. A autora promove denso estudo da legislação e do exercício do sufrágio no Brasil, entre 1822 e 1982.

<sup>451</sup> GUSKOW, Miguel, **Dez temas de Direito Político**, Rio de Janeiro: Universidade Federal do Rio de Janeiro, 1986. Compõe-se de ensaios do autor elaborados durante o curso de pós-graduação na instituição. Os temas se espraiam para o Direito Público, mas há textos adstritos ao Direito Político propriamente dito: *Voto do analfabeto; Técnicas de convocação da Constituinte; Poder político – liberdade e proteção*.

<sup>452</sup> Segundo Ronaldo Brêtas, “Political Law [is] a branch of the Law Science which has not been researched enough in our contry, on the contrary of what happens in European countries. Based no both Verdú’s and Stein’s doctrines, we may understand that Political Law [...] aims to study the rules that establish both limits and restrictions do the power practice by the State, in its relation with the society, so that one may assure simultaneously the completeness of the people’s fundamental liberty.” (BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias, An introduction to constitucional process study, *in: Employment Network Event 2018: 7. Edition*, Belo Horizonte: Del Rey, 2018, p. 6.).

discurso constitucional. E, para tanto, é preciso, antes, que haja estoque teórico capaz de promover essa indagação.

Desse modo, sustenta-se que o Direito Eleitoral brasileiro, desde que transcenda o eixo ciência-técnica e alcance o eixo teoria-crítica, tem aptidão para reconduzir o Direito Político a uma posição de centralidade no Direito Público que, tal como demandada pelo Estado Democrático de Direito, considere a Cidadania como instituição constitucional fundamental. Para tanto, será indispensável não apenas retomar sua conexão íntima com o Direito Constitucional, mas também assimilar um novo arcabouço teórico, fornecido pelo Direito Processual, uma vez que, como se extrai da argumentação desenvolvida, o *processo eleitoral* é uma matriz processual constitucional com contundente pretensão epistemológica e normativa.

Empenha-se a presente pesquisa em contribuir para essa tarefa.

## **2.2 O conceito de *processo eleitoral* em sua inserção disciplinar**

O percurso disciplinar do Direito Político na ciência jurídica fornece diretrizes para compreender a transformação da abordagem dos institutos que o compõem. Abre-se uma via de investigação crítica das opções dogmáticas – as quais, como já explicado com base na concepção de Tercio Sampaio Ferraz Júnior, priorizam premissas e conceitos não problematizados, a fim de que possam criar condições para a ação.

Disciplinas dogmáticas podem ofertar conceitos sem necessariamente expor as matrizes teóricas das quais estão impregnadas<sup>453</sup> porque assumem a desnecessidade ou inconveniência de questionar as bases de produção do conhecimento. No entanto, ao assim procederem, não apenas deixam implícita a aceitação acrítica da estruturação e funcionamento da sociedade<sup>454</sup>, mas dificultam o controle de legitimidade da produção dos sentidos. Comprometem o exercício do controle-garantia por obstar a *veredicação*, já que não expõem o código intradiscursivo que permita efetuar testes de refutação das proposições da ciência dogmática. O resultado é uma ciência que certamente racionaliza o proceder, mas o faz de modo hermético, organizando-o

---

<sup>453</sup> Conforme esclarece Popper, “nossa linguagem está impregnada de teorias: não existem enunciados de pura observação”. (POPPER, Karl Raymond Sir, **A lógica da pesquisa científica**, São Paulo: Cultrix, 2007, p. 31.).

<sup>454</sup> Nas palavras de Rosemiro Pereira Leal, “a solução dos litígios, nesse patamar, não elide ou reduz a massa de conflitos na sociedade, mas assegura uma conflitualidade desejada, permanente e necessária à imobilização do pensamento crítico”. (LEAL, **Teoria geral do processo: primeiros estudos**, p. 75.).

com base em “juízos (assertivas e teoremas) relativamente duradouros, com assentamento autoimunizante para aculturação das condutas úteis ou vantajosas”<sup>455</sup>.

A abertura crítica propiciada pela *epistemologia quadripartite* de autoria de Rosemiro Pereira Leal está em submeter o saber a “uma lógica de análises preventivas dos efeitos dos produtos da técnica e da ciência antes mesmo de sua utilização (operacionalização)”<sup>456</sup>. Leal detecta que, ao contrário do que propugna a dogmática jurídica, “a grande lacuna do direito não se acha na fatal insuficiência do sentido do ordenamento jurídico, mas na ausência de uma *teoria da lei* para, a partir dessa, estabelecer o carácter democrático [...] de sua criação, atuação, modificação ou extinção”<sup>457</sup>. Indica, então, o *processo coconstitucionalizante* como “disciplina que há de se propor a estudar e instalar pesquisa nessa importantíssima vertente do direito na contemporaneidade”, no âmbito da qual se formulem “conjecturas de uma técnica e ciência jurídicas pelas quais o conhecimento criticamente construído [...] possa assumir o significado de um proceder e saber organizados não recebidos do extralinguístico (pragma)”<sup>458</sup>.

Desse modo, pode-se partir para uma compreensão conceitual que, muito além de responder o que “é” determinado instituto, promova a indagação das premissas teóricas que conduzem a esse conceito e avalie a repercussão de sua aplicação.

É o que se propõe, nessa etapa, em relação ao conceito de *processo eleitoral*, por meio de uma revisão da literatura que, partindo da comparação já delineada entre o Direito Político brasileiro e o espanhol: i) situe as concepções a ele relativas no percurso disciplinar do Direito Político; ii) permita discernir as consequências de aplicação dessas concepções; e, por fim, iii) instigue a conjectura de que tais concepções são insuficientes à consecução da pretensão normativa da norma coconstitucionalizante do processo eleitoral (art. 16, CRFB).

### 2.2.1 A visão panorâmica do Direito Constitucional brasileiro sobre o processo eleitoral

Entre as consequências do percurso disciplinar do Direito Político no Brasil está a dificuldade de encaixe científico do *processo eleitoral*. Da revisão da literatura sobre o tema, colhe-se que é rara a tentativa de apreendê-lo como objeto de estudo. Prevalece a referência tópica a temas tangentes, como a regra da anualidade eleitoral e a análise pragmática da atuação da Justiça Eleitoral. Nesse tipo de abordagem, o *processo eleitoral* não é contemplado como

---

<sup>455</sup> *Ibid.*, p. 76.

<sup>456</sup> *Ibid.*, p. 72.

<sup>457</sup> *Ibid.*

<sup>458</sup> *Ibid.*



núcleo teórico do Direito Constitucional, mas como um conceito operacional destinado a viabilizar soluções técnicas no âmbito do Direito Eleitoral.

Em seu *Curso de Direito Constitucional positivo*, José Afonso da Silva afirma que “as instituições fundamentais dos direitos políticos positivos são as que configuram o direito eleitoral, tais como o *direito ao sufrágio* [...]; os *sistemas e procedimentos eleitorais*”<sup>459</sup>. Diz, adiante, que “o procedimento eleitoral compreende uma sucessão de atos e operações encadeadas com vista à realização do escrutínio e escolha dos eleitos”, desenvolvendo-se “em três fases basicamente: 1ª) apresentação das candidaturas; 2ª) organização e realização do escrutínio; 3ª) contencioso eleitoral”<sup>460</sup>. Embora mencione que ditos *direitos políticos positivos* asseguram “o direito subjetivo de participação no *processo político*”, não há explanação a respeito do processo eleitoral ou, tampouco, do art. 16 da CRFB.

A opção pelo termo *procedimento* não é justificada por Silva. Na ausência de elementos que sugiram o contrário, infere-se que tenha sido tomada em acepção comum, como “maneira de operar ou de agir”<sup>461</sup>. As *fases* do procedimento eleitoral indicam esses modos de proceder: registrar candidatos, votar e apurar o resultado da votação, *compor* os “conflitos de interesses eleitorais”<sup>462</sup>.

O autor veio a detalhar essa compreensão procedimental de processo eleitoral:

Todo processo consiste num conjunto de atos interligados destinados a organizar um procedimento com o fim de compor conflitos de interesses. Em qualquer relação processual, seja judiciária ou simplesmente eleitoral, existem partes, interessados, disputando uma solução aos respectivos interesses. O processo eleitoral compõe-se dos atos que, postos em ação (procedimento), visam a decidir, mediante eleição, quem será eleito; visam, enfim, a selecionar e designar autoridades governamentais. Os atos desse processo são a apresentação de candidaturas, seu registro, o sistema de votos (cédulas ou urnas eletrônicas), organização das seções eleitorais, organização e realização do escrutínio e o contencioso eleitoral.<sup>463</sup>

<sup>459</sup> SILVA, *Curso de Direito Constitucional positivo*, p. 308.

<sup>460</sup> *Ibid.*, p. 331.

<sup>461</sup> Este, como aponta Aroldo Plínio Gonçalves, o primeiro significado para o termo *processo* no Dicionário de Filosofia de Nicola Abbagnano (ABBAGNANO, Nicola, **Dicionário de filosofia**, São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 935–936.), tratado então como sinônimo de *procedimento* (GONÇALVES, Aroldo Plínio, **Técnica processual e teoria do processo**, 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2012, p. 50.)

<sup>462</sup> SILVA, *Curso de Direito Constitucional positivo*, p. 333.

<sup>463</sup> SILVA, José Afonso da, **Comentário contextual à Constituição**, São Paulo: Malheiros, 2008, p. 234.

Os constitucionalistas não tendem a discrepar dessa abordagem. Fábio Konder Comparato, tratando do processo eleitoral, refere-se às “leis que regulam o *modo de proceder* das eleições”<sup>464</sup>, em paráfrase de trecho de Montesquieu que, traduzido literalmente, significa “regular como, por quem, a quem e em quê os votos devem ser dados”<sup>465</sup>. E Bernardo Gonçalves Fernandes, ao realizar apontamentos sobre o *princípio da anualidade da legislação eleitoral*, se refere à “impossibilidade [...] de modificação nas regras eleitorais do *iter* do processo eleitoral”<sup>466</sup>. O *iter* – do latim, *caminho*<sup>467</sup> – *do processo* remete ao proceder, mas o processo não chega a ser conceituado.

Gilmar Ferreira Mendes, ancorando-se na análise da jurisprudência do STF sobre o art. 16 da CR/88, afirma que o *devido processo legal eleitoral* é um “sistema de normas” que asseguram “o pleno exercício de direitos políticos por seus titulares (eleitores, candidatos e partidos)”<sup>468</sup>. Mendes reconhece a anualidade eleitoral como “garantia fundamental para o pleno exercício dos direitos políticos” e cláusula pétrea, firme na defesa da estabilidade da “competição eleitoral”, já que esta se iniciaria com a fixação do domicílio eleitoral e a filiação partidária e, assim, “a Constituição exige que qualquer modificação nas regras do jogo não terá eficácia imediata para o pleito em curso”<sup>469</sup>.

A linha argumentativa bem ilustra a consolidação de uma tradição jurisprudencial que se concentra na aplicação da cognominada garantia do *devido processo legal eleitoral* sem, contudo, aprofundar a compreensão do próprio processo eleitoral. Formou-se um consenso quanto à delimitação temporal desse *processo*, gizando-se as questões judiciais a fixar, conforme posto por Mendes, o termo inicial da *competição eleitoral*, pois este equivaleria ao termo inicial do *processo eleitoral*. Desse modo, infere-se o endosso àquela visão sobre o *modo de proceder* dos participantes das eleições.

A superficial menção ao *processo eleitoral*, ou a ausência desta, mesmo em obras robustas de Direito Constitucional denota que se tenha encaminhado o tema ao âmbito do Direito Eleitoral.

---

<sup>464</sup> COMPARATO, Sentido e alcance do processo eleitoral no regime democrático, p. 307.

<sup>465</sup> O trecho original é trazido em nota de fim: “En effet, il est aussi important d’y régler comment, par qui, à qui, sur quoi, les suffrages doivent être donnés, qu’il l’est dans une monarchie de savoir quel est le monarque, et de quelle manière il doit gouverner.” (MONTESQUIEU *apud Ibid.*, p. 318.).

<sup>466</sup> FERNANDES, Bernardo Gonçalves, **Curso de Direito Constitucional**, 10. ed. Salvador: Jus Podivm, 2018, p. 885.

<sup>467</sup> Cf. <https://www.dicionariodelatim.com.br/iter/>

<sup>468</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet, **Curso De Direito Constitucional**, 13. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 1299.

<sup>469</sup> *Ibid.*, p. 1298–1299 *passim*.

Nesse âmbito, porém, seguiu-se a abordagem preponderante, que privilegia a operatividade imediata dos conceitos para fazer frente à demanda de aplicação das leis eleitorais. Assim, os autores buscam identificar o uso que se possa fazer daquela expressão em meio a uma profusão de atos de diversas origens, tanto estatais (exemplo do poder de polícia) quanto não estatais (exemplo das convenções partidárias), sem, contudo, partir da premissa de que esses atos seriam sistematizáveis por uma teoria processual.

Ao fazê-lo, contudo, não deixam de, mesmo inconscientemente, filiar-se a uma teoria processual. Especificamente, uma teoria processual que, tamanha sua difusão e aceitação, *naturalizou* sentidos do vocábulo *processo* ao ponto de fazer com que este aparente uma neutralidade teórica e de inculcar a falsa ideia de que é impossível ou inútil atribuir-lhe qualquer outro sentido.

### 2.2.2 *Desvelamento da influência da teoria do processo como relação jurídica na compreensão de processo eleitoral*

A chave de compreensão da fragmentação do conceito de processo eleitoral está na hegemonia da teoria do processo como relação jurídica no Direito Processual brasileiro, por influência da Escola Italiana de Processo, a qual aportou na Universidade de São Paulo (USP) em 1940, tendo como vetor Enrico Tullio Liebman<sup>470</sup>. A muito exitosa consolidação da teoria exige que qualquer enfrentamento principie com a *desnaturalização* de suas asserções, por meio da exposição de suas premissas.

Cunhada em 1868 por Oskar von Bülow e consagrada no período de ascensão dos movimentos totalitários pré-II Guerra Mundial, a teoria da relação jurídica procurou reproduzir no processo a hierarquia então existente entre Estado e sociedade, “trazendo para primeiro plano a figura do juiz”, de modo a reafirmar “a preeminência, também no processo civil, do interesse público e da autoridade do Estado”<sup>471</sup>. O vínculo relacional consiste na exigibilidade de uma conduta alheia<sup>472</sup> e, no caso da relação jurídica processual, “se assenta na autoridade que tem o

---

<sup>470</sup> Sobre o tema, cf. GRESTA, **Introdução aos fundamentos da processualidade democrática**, p. 91–97; GRINOVER, Ada Pellegrini, O Magistério de Enrico Tullio Liebman no Brasil, **Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo**, v. 81, p. 98–102, 1986.

<sup>471</sup> CALAMANDREI, Piero, **Estudos de direito processual na Itália**, Campinas: LZN Editora, 2003, p. 13.

<sup>472</sup> Conforme esclarece Aroldo Plínio Gonçalves: “A doutrina processual, utilizando a figura da relação jurídica ‘trilateral’, inovou a velha bipolaridade do vínculo normativo existente na relação jurídica, mas mesmo a inovação não poderia dispensar, na relação ‘angular’ ou trilateral, o vínculo de exigibilidade

órgão judiciário para emitir provimentos com eficácia perante as partes”<sup>473</sup>. É o órgão judicial quem pode, ao final, subjugar a vontade das partes, pela sentença. Por isso, “não é possível ignorar que, na base dessa elaboração teórica, encontra-se o *princípio autoritário*, eleito como balizador da atuação judicial em conformidade com o ordenamento constitucional”<sup>474</sup>.

No contexto da reforma da legislação processual italiana, em 1939, o processo civil foi enxergado como um *instrumento* de atuação do Estado sobre o indivíduo, na expressão da *vontade concreta da lei* cunhada por Chiovenda<sup>475</sup>, devendo para tanto propiciar a concentração de poderes nas mãos do representante estatal: o juiz. A ideia é que, pelo processo, sejam providos meios ao juiz para “reproduzir no caso concreto, de forma rápida e simplificada, a noção de bem-estar coletivo projetada pelo Estado Social”<sup>476</sup>.

Assim, o *instrumentalismo processual*, sintetizado na reiterada afirmação de que *o processo é instrumento da jurisdição* e que atualmente se pretende passar por ideologicamente neutro, é uma construção própria da teoria da relação jurídica, cuja escolha paradigmática ocorreu em um contexto de Estado autoritário, por sua *funcionalidade*.

A teoria da relação jurídica acolhe, ainda, a compreensão *teleológica* do processo formatada, na virada do século XIX para o século XX, pela doutrina do *socialismo jurídico*, cujos expoentes são Anton Menger e seu discípulo Franz Klein. Conforme assinala Dierle Nunes, com a Ordenança Processual Civil do Império Austro-Húngaro (1895), “delineiam-se as bases para uma avaliação sócio-político-econômica do conflito como chaga social que deveria ser e[x]tirpada por uma jurisdição salvadora, à qual caberia, no âmbito de um pensamento econômico e quantitativo, ofertar um processo rápido”<sup>477</sup>.

A absorção dessas diretrizes de pacificação social é que levam Chiovenda a afirmar que “o processo torna-se assim um instrumento de justiça nas mãos do Estado”<sup>478</sup>. Apesar da origem dessa concepção, não encontrou ela resistência significativa ao ser transportada pelos adeptos

---

entre os sujeitos do processo, vínculo que constitui a marca de qualquer ‘relação jurídica’.” (GONÇALVES, *Técnica processual e teoria do processo*, p. 83.).

<sup>473</sup> LIEBMAN, Enrico Tullio, *Manual de Direito Processual civil I*, 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1985, p. 40.

<sup>474</sup> GRESTA, *Introdução aos fundamentos da processualidade democrática*, p. 92.

<sup>475</sup> Segundo Chiovenda: “Il processo civile è il coimplesso degli atti coordinati allo scopo dell’attuazione della *volontà concreta della legge* (rispetto a un bene che si pretende da questa garantito), per parte degli organi della giurisdizione ordinária.” (CHIOVENDA, Giuseppe, *Istituzioni di Diritto Processuale Civile: volume I*, Napoli: Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, 1935, p. 32.)

<sup>476</sup> GRESTA, *Introdução aos fundamentos da processualidade democrática*, p. 93.

<sup>477</sup> NUNES, Dierle José Coelho, *Processo jurisdicional democrático*, Curitiba: Juruá, 2012, p. 86.

<sup>478</sup> CHIOVENDA, *Istituzioni di Diritto Processuale Civile: volume I*, p. 33. Tradução do original em italiano: “Il processo diventa così uno strumento di giustizia nelle mani dello Stato.”

da Escola Paulista de Processo após a transição constitucional democrática. Segue a lição reproduzida em obra nuclear daquela Escola, de autoria de Antônio Carlos Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco:

O processo é indispensável à função jurisdicional exercida com vistas ao objetivo de eliminar conflitos e fazer justiça mediante a atuação da vontade concreta da lei. É, por definição, o instrumento através do qual a jurisdição opera (instrumento para a positivação do poder).<sup>479</sup>

A destinação teleológica do processo será consolidada, no Brasil, com a ideia de que *escopos metajurídicos* (sociais, políticos e econômicos) devem ser assegurados pelo protagonismo judicial. Dinamarco sustenta ser esta proposta uma novidade pós-1988<sup>480</sup> mas o faz repetindo “as mesmas finalidades já sustentadas por Franz Klein [...] em 1901”<sup>481</sup>.

Se para os processualistas relacionistas não há dúvidas do caráter teleológico do processo, o significado do procedimento se turva. Liebman claramente o enuncia como elemento formal do processo – “O conjunto de atos [do processo], na sua sucessão e unidade formal, tem o nome técnico de procedimento” –, ao lado da relação jurídica, elemento subjetivo daquele<sup>482</sup>. Na célebre distinção de Cintra, Grinover e Dinamarco, enquanto “a noção de processo é essencialmente teleológica, porque ele se caracteriza por sua finalidade de exercício do poder (no caso, jurisdicional)”, o procedimento é desprovido desse caráter teleológico, sendo

---

<sup>479</sup> CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel, **Teoria geral do processo**, 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 301.

<sup>480</sup> Sustenta Dinamarco, em obra originariamente publicada em 2001, que o exame do “sistema processual pelo ângulo externo e metajurídico” e a investigação dos “substratos sociais, políticos e culturais que legitimam a própria existência e o exercício da jurisdição pelo Estado” são novidade da ciência processual. O autor associa tanto a instrumentalidade do processo quanto o protagonismo judicial à recente experiência democrática: “A descoberta dos escopos sociais e políticos do processo valeu também como alavanca propulsora da visão crítica de suas estruturas e do seu efetivo modo de operar, além de levar as especulações dos processualistas a horizontes que antes estavam excluídos de sua preocupação. A independência e a responsabilidade do juiz, critérios para seu recrutamento, formas e graus de sua participação no processo, seu compromisso com a justiça, métodos de interpretação da lei substancial, o chamado uso alternativo do direito, a questão da legitimidade das associações dos juízes [...] – eis uma gama significativa de temas que, por não pertencerem estritamente ao direito processual em si mesmo, jamais figurariam em estudos de um processualista preso às tradicionais premissas puramente jurídicas de sua ciência; mas que, estando ligados a ele de forma funcionalmente muito íntima, hoje são objeto de nossa preocupação [...]”. (DINAMARCO, Cândido Rangel, **Instituições de direito processual civil I**, 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 144–146 passim.).

<sup>481</sup> NUNES, **Processo jurisdicional democrático**, p. 142.

<sup>482</sup> LIEBMAN, **Manual de Direito Processual civil I**, p. 38–39.

“apenas o meio extrínseco pelo qual se instaura, desenvolve-se e termina o processo; é a manifestação extrínseca deste, a sua realidade fenomenológica perceptível<sup>483</sup>.”

Aroldo Plínio Gonçalves observou, contudo, que sendo imprescindível para a ordenação do processo, “o procedimento estaria impregnado de sentido teleológico”<sup>484</sup>. Esta é a posição que consta de nota aposta pelo próprio Dinamarco – portanto, em sentido diverso do que sustenta junto a Cintra e Grinover – à obra de Liebman, na qual definido o procedimento como “soma dos atos de um processo, vistos sob aspecto de sua interligação e combinação e de sua unidade teleológica”<sup>485</sup>. Dinamarco ainda dirá que a perspectiva teleológica do processo, tendo como elementos o procedimento e a relação jurídica que o anima, e a perspectiva lógica do processo como procedimento qualificado pelo contraditório, enunciada por Fazzalari, não são “incompatíveis e inconciliáveis”<sup>486</sup>.

Ocorre que Elio Fazzalari, já em 1975, criticava abertamente a noção de relação jurídica processual, a qual reputa um *clichê pandectístico* que entrava a apreensão da relevância do processo para a própria teoria processual<sup>487</sup>. Sua teorização do processo considera a existência de posições jurídicas subjetivas (faculdade, poder e dever) decorrentes abstratamente da norma jurídica. Esta, compreendida como “padrão de valoração de uma conduta”, se articula pela “descrição do comportamento [...] que se queira regular”, por sua qualificação como lícito ou obrigatório e pela indicação da fatispécie, “pressuposto em função do qual determinado comportamento é submetido à valoração jurídica”<sup>488</sup>.

O procedimento é, então, “uma sequência de normas e, portanto, de atos valorados, neles incluído o ato final para cuja formação conspiram”<sup>489</sup>. A principal característica do esquema do procedimento é, para Fazzalari, que o exercício da posição jurídica subjetiva resultante de uma norma se torna fatispécie da norma subsequente, estabelecendo um encadeamento que é

---

<sup>483</sup> CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, **Teoria geral do processo**, p. 301. Dizem, ainda, os autores: “A noção de procedimento é puramente formal, não passando da coordenação de atos que se sucedem. Conclui-se, portanto, que o procedimento (aspecto formal do processo) é o meio pelo qual a lei estampa os atos e fórmulas da ordem legal do processo. O processo é indispensável à função jurisdicional exercida com vistas ao objetivo de eliminar conflitos e fazer justiça mediante a atuação da vontade concreta da lei. É, por definição, o instrumento através do qual a jurisdição opera (instrumento para a positivação do poder).”

<sup>484</sup> GONÇALVES, **Técnica processual e teoria do processo**, p. 55.

<sup>485</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. In: LIEBMAN, **Manual de Direito Processual civil I**, p. 39.

<sup>486</sup> *Ibid.*

<sup>487</sup> FAZZALARI, Elio, **Instituições de direito processual**, 8. ed. Campinas: Bookseller, 2006.

<sup>488</sup> *Ibid.*, p. 77–78.

<sup>489</sup> *Ibid.*, p. 80–81.

requisito de validade do ato final<sup>490</sup>. Este esquema geral, do procedimento em perspectiva lógico-formal, se qualifica como *processo* quando assimila o *contraditório*: “participação dos destinatários dos efeitos do ato final em sua fase preparatória; [...] simétrica paridade de suas posições; [...] mútua implicação de suas atividades [...]; [...] relevância das mesmas para o autor do provimento”<sup>491</sup>.

Assim, não há como conciliar a teoria fazzalariana com a ideia de procedimento como elemento organizador de um processo teleologicamente orientado a cumprir escopos metajurídicos; tampouco equivaler contraditório, “garantia de simétrica igualdade de participação no processo”, e relação jurídica, vínculo de sujeição entre os sujeitos<sup>492</sup>.

Apesar disso, difundiu-se a construção de Dinamarco, pela qual o contraditório é assimilado como elemento da relação jurídica processual e, portanto, instrumentalizado pela jurisdição com a finalidade de concretizar a *vontade da lei e pacificar* a sociedade.

Extrai-se daí a compreensão de processo como instrumento da jurisdição, no qual a novidade democrática seria a presença do contraditório. Porém, uma vez capturado na *relação processual* protagonizada pelo juiz, o contraditório não cumpre finalidade garantística, uma vez que os persistentes escopos metajurídicos do processo comparecem como justificativa da inobservância do procedimento legal.

É assim que, nos desdobramentos conjecturados pelos adeptos da teoria do processo como relação jurídica, José Roberto dos Santos Bedaque sustenta que “cabe ao processualista dizer em que medida a violação da técnica pode ser relevada”<sup>493</sup>, de modo a afastar armadilhas e empecilhos dos quais o processo seria repleto<sup>494</sup>. Segundo o autor, o processo, visto sob espectro instrumentalista e teleológico, se destina a eliminar a “situação patológica de direito

---

<sup>490</sup> *Ibid.*, p. 114–115.

<sup>491</sup> *Ibid.*, p. 119–120.

<sup>492</sup> Conforme argumenta Aroldo Plínio Gonçalves: “A caracterização do processo como procedimento realizado em contraditório entre as partes não é compatível com o conceito de processo como relação jurídica. [...] O conceito de relação jurídica é o de vínculo de exigibilidade, de subordinação, de supra e infraordenação, de sujeição. Uma garantia não é uma imposição, é uma liberdade protegida, não pode ser coativamente oferecida e não se identifica como instrumento de sujeição. Garantia é liberdade assegurada. Se contraditório é garantia de simétrica igualdade de participação no processo, como conciliá-lo com a categoria de relação jurídica? Os conceitos de garantia e de vínculo de sujeição vêm de esquemas teóricos distintos. O processo como relação jurídica e como procedimento realizado em contraditório entre as partes não se encontram no mesmo quadro, e não há ponto de identificação entre eles que permita sua unificação conceitual.” (GONÇALVES, **Técnica processual e teoria do processo**, p. 113.)

<sup>493</sup> BEDAQUE, José Roberto dos Santos, **Efetividade do processo e técnica processual**, 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 84.

<sup>494</sup> *Ibid.*, p. 90.

material” e a “obter a pacificação social”, o que justifica que “formalismos inúteis” sejam desconsiderados “sempre que os objetivos possam ser conseguidos independentemente deles”<sup>495</sup>.

É com esse repertório dominante que deparam os constitucionalistas e eleitoralistas ao buscar no Direito Processual diretrizes mínimas para elucidar o sentido de processo eleitoral. A colheita não tem, porém, como ser proveitosa, dado o agravamento das dificuldades para adequar a teoria a uma matriz processual na qual a decisão é produzida pelos cidadãos e, não, pela autoridade. Em uma pergunta: a quem poderia servir o *instrumento* processo eleitoral?

### 2.2.3 *O vazio da autoridade e a fragmentação operacional do conceito de processo eleitoral no Direito Eleitoral brasileiro: recorte temporal e contencioso eleitoral*

Se já avulta a inadequação das proposições da teoria da relação jurídica ao processo judicial no contexto do Estado Democrático de Direito<sup>496</sup>, não há encaixe possível que permita replicá-la à matriz do processo eleitoral. Afinal, a ausência de uma autoridade estatal que possa ser colocada no topo de uma suposta *relação jurídica trilateral* gera um impasse mesmo para quem se convença da pertinência da proposta instrumentalista ao contexto democrático.

A perspectiva instrumentalista não teve dificuldade de adaptar a estrutura hierárquica da relação jurídica processual judicial ao *processo administrativo*. Quanto ao *processo legislativo*, a descrição minuciosa dos procedimentos na própria Constituição, além do caráter eminentemente performativo da produção da lei (lei como ato da autoridade) favorecem a adesão à concepção teleológica de processo e seu caráter instrumental da autoridade a que serve<sup>497</sup>.

---

<sup>495</sup> *Ibid.*, p. 92.

<sup>496</sup> Conforme já se sustentou: “Decorre dessa visão o renitente compromisso servil do instrumentalismo com Estados de Direito dogmáticos, perpetradores de intensa violência social pelo autoritarismo, pela exclusão e pelo esvaziamento da Cidadania. As sucessivas gerações de instrumentalistas parecem ignorar o fracasso histórico da expectativa de que a pacificação judicial poria fim aos conflitos sociais, que é também o fracasso do próprio instrumentalismo. A flexibilização do formalismo processual é ciclicamente anunciada como proposta inovadora, porque jamais cogitada, apta a encaminhar (sempre) necessárias e contemporâneas conexões entre direito, ética, justiça e bom senso – nada mais que o instrumentalismo processual persistentemente reciclado.” (GRETA, **Introdução aos fundamentos da processualidade democrática**, p. 95.).

<sup>497</sup> Ilustra-se essa asserção pelo entendimento do STF de que somente ao parlamentar assiste a legitimidade para propositura de mandado de segurança destinado a tutelar o *devido processo legislativo*. No caso paradigmático, reconheceu-se a ilegitimidade do então Vice-Governador de São Paulo, Orestes Quércia, para impetrar mandado de segurança em face da tramitação da *Emenda Dante Oliveira*. Segundo o parecer da Procuradoria-Geral da República, adotado como fundamento pelo Ministro



Basicamente, o requisito buscado pelos relacionistas para *enxergar* o processo é a existência da autoridade: onde esta existir, o processo se apresenta como instrumento do seu agir. É o que fica claro da exposição de Cintra, Grinover e Dinamarco, quando afirmam que sendo o processo “instrumento para o legítimo exercício do poder, ele está presente em todas as atividades estatais (processo administrativo, legislativo) [...]”<sup>498</sup>.

Mas, tratando-se do *processo eleitoral*, em que a decisão de formação dos mandatos advém de ato praticado por um difuso colégio de eleitores, não apenas se inviabiliza a visualização da *relação jurídica processual* como também a ideia de que o *processo* compareça como instrumento da autoridade estatal. Mesmo porque, é ela, a autoridade, que será constituída pelo processo eleitoral, ao menos no que toca a governantes e representantes.

A impossibilidade de encaixe do processo eleitoral à compreensão hegemônica de processo não fez, todavia, com que a literatura eleitoralista buscasse uma proposição teórica capaz de dar conta do objeto. O que fez foi aproveitar, tanto quanto considerou satisfatório do ponto de vista operacional, os elementos *naturalizados* daquela compreensão de processo. E o fez sem identificar, explicitamente, uma compactuação com as premissas da teoria da relação jurídica, distante que está o Direito Eleitoral das pesquisas do Direito Processual que as contestam.

Em decorrência, operou-se uma fragmentação na abordagem do processo eleitoral no Direito Eleitoral, pensada não a partir de sua norma coconstituente, mas do funcionamento do órgão estatal encarregado tanto dos atos administrativos que vão da preparação das eleições até a diplomação dos eleitos quanto dos atos judiciais destinados a propiciar o controle de legitimidade daqueles atos administrativos<sup>499</sup>.

Primeiro, o aspecto procedimental, associado ao modo de proceder, orientou a delimitação de um recorte temporal, a abranger os atos que são necessários para viabilizar a eleição. O processo, diluído na noção de procedimento, passa a significar a sucessão desses atos até a eleição dos ocupantes dos cargos em disputa. Conforme estatuído por Adriano Soares da

---

Relator, “a questão se situa no âmbito interno do Congresso Nacional e os seus Membros é que possuem, em princípio, por suas prerrogativas, interesse intrínseco para impugnação de ato praticado no Parlamento. O direito, acaso violado, é exclusivo do Membro do Congresso Nacional, a quem compete o exame e votação de emenda constitucional.” (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Mandado de Segurança 20452/DF, Relator: Ministro Aldir Passarinho, Julgado em: 07 nov. 1984, Tribunal Pleno, **DJ**, Publicado em: 11 out. 1985, p. 17859; **Ementário**, v. 1395-01, p. 144.).

<sup>498</sup> CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, **Teoria geral do processo**, p. 302.

<sup>499</sup> São três os modelos de controle mundialmente adotados: verificação de poderes (pelo próprio parlamento), eclético (tribunal misto, composto por membros oriundos do legislativa e do judiciário) e o exclusivamente judicial. A respeito, cf. RIBEIRO, **Direito Eleitoral**, p. 109–129.

Costa, “o processo eleitoral é o procedimento pelo qual os candidatos habilitados pela Justiça Eleitoral buscam captar os votos dos eleitores, com a finalidade de serem eleitos para os mandatos eletivos em disputa.”<sup>500</sup>.

Sobrelevam, nessa abordagem, as questões relativas à incidência da regra da anualidade eleitoral, sob a perspectiva da preservação da igualdade da disputa e das expectativas dos candidatos e partidos. Embora haja menção à *fase pós-eleitoral*<sup>501</sup>, finalizada com a diplomação, não chega ela a ser invocada nos estudos (e na jurisprudência) sobre a anualidade eleitoral. Desse modo, a definição mais significativa foi quanto à antecipação do termo inicial do processo eleitoral, deslocando-o do registro de candidatura para a data da fixação do domicílio eleitoral.

Segundo, o instrumentalismo do processo, traduzido na máxima de que o processo é instrumento da jurisdição, comandou o destacamento do *contencioso eleitoral* como objeto de estudo do Direito Processual Eleitoral. A nomenclatura *contencioso eleitoral* revela a inspiração na doutrina carnellutiana, que atribui à jurisdição a tarefa de promover a justa composição da *lide*, uma vez surgido, no plano material, o conflito de interesses qualificado pela resistência a uma pretensão<sup>502503</sup>. A visão teleológica se consolida como diretriz de que o juiz deve resolver as *lides* eleitorais com vistas à pacificação social e, especificamente, política.

Essa visão instrumentalista aparece em obra de 1964, na qual o processo eleitoral é apresentado como fenômeno decorrente da especialização judiciária: uma vez que “a Justiça Eleitoral independente, estabelecida na Constituição Federal de 1946, fêz [sic], naturalmente,

<sup>500</sup> COSTA, Adriano Soares, Captação de sufrágio e inelegibilidade: análise crítica do art. 41-A da Lei 9.504/97, **Jus Navigandi**, n. 56, 2002.

<sup>501</sup> Conforme explica Gilmar Ferreira Mendes, essa distinção de fases do processo eleitoral foi encampada pela jurisprudência do STF, estabelecendo-se como “regra-parâmetro para a interpretação do art. 16 da Constituição” que “o processo eleitoral consiste num complexo de atos que visam a 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, que compreende o início, a realização e o encerramento da votação; c) fase pós-eleitoral, que se inicia com a apuração e a contagem de votos e finaliza com a diplomação dos candidatos”. (MENDES; BRANCO, **Curso De Direito Constitucional**, p. 1293.).

<sup>502</sup> CARNELUTTI, Francesco, **Sistema de direito processual civil I**, São Paulo: Bookseller, 2000.

<sup>503</sup> Outro interessante enfoque de problematização da identificação entre a jurisdição e o contencioso suscita seus estraves à compreensão da jurisdição administrativa, nos países em que esta existe. Conforme aponta Pascal Jan, há uma confusão terminológica a ser elidida para adequada compreensão do processo constitucional francês, decorrendo aquela de que “la conception exclusivement contentieuse des recours juridictionnels en droit administratif traduir un volontarisme doctrinal qui s’inscrit dans le contexte historique de la séparation de l’administration de la juridiction marqué par la concurrence puis le succès de la juridiction administrative sur l’administration active pour trancher les différends nés entre les administrés et l’administration”. (JAN, Pascal, **Le procès constitutionnel**, 2. ed. Paris: Lextenso Éditions, 2010, p. 20.)

nascer o processo eleitoral especializado”<sup>504</sup>, como “instrumento da atuação da lei”<sup>505</sup> nesses órgãos especializados.

Já então se constata o hibridismo na utilização da terminologia *processo eleitoral*, em outra passagem associada a finalidade de “obtenção, com rapidez, do pronunciamento das urnas, retirando-se do embate eleitoral, tanto quanto possível, a fraude, a coação, o suborno [sic], ou outros meios com que os interesses [sic] individuais ou de grupos procuram desvirtuar a vontade da maioria nos pleitos”<sup>506</sup>, o que remete à ideia de atos necessários para a votação e para a proteção da autenticidade do resultado apurado.

Elcias Ferreira da Costa, em 1978, apresenta concepção que exalta o instrumentalismo processual, no vigor doutrinário da teoria da relação jurídica decorrente do advento do Código de Processo Civil de 1973, fruto legislativo da Escola Paulista de Processo:

Como direito instrumental, formal ou adjetivo, o processo eleitoral tende, com suas normas, a: a) formalizar o adimplemento do dever eleitoral (alistamento, votação, diplomação, deveres funcionais); b) verificar, julgar e dar execução à concretização das hipóteses de delimitação dos direitos pré-eleitorais (inalistabilidade, inelegibilidade); c) verificar, julgar e dar execução aos direitos conseqüentes à ocorrência normal dos fatos geradores eleitorais (alistamento, registro de candidatos, votação, apuração, diplomação) e compor litígio no conflito de interesses individuais na esfera dos direitos públicos subjetivos, quer os que são pressupostos, quer os que são decorrentes do adimplemento do dever eleitoral; d) verificar, julgar e dar execução às penalidades cabíveis nos casos tipificados como infrações penais.”<sup>507</sup>

Na mesma época, Pinto Ferreira externa concepções assentadas sobre a teoria do processo como relação jurídica. Subsumindo as ideias de processo na de procedimento, afirma que a “ação formal é exatamente o Processo Eleitoral, ou seja: a série de atos determinados pela Lei Eleitoral para o exercício do direito de ação e para a manifestação do Poder Judiciário”<sup>508</sup>. Considera que o processo eleitoral é dotado de *duplo dimensionamento*, porque a ele seriam aplicáveis, subsidiariamente, regras do processo civil e do processo penal<sup>509</sup>. Ainda, enuncia a

<sup>504</sup> LEÃO, Nilzardo Carneiro, **Do processo penal eleitoral brasileiro**, Recife: Imprensa Universitária, 1964, p. 36.

<sup>505</sup> O autor, páginas antes, faz essa referência ao conceito de processo ditado por Frederico Marques. (*Ibid.*, p. 33.).

<sup>506</sup> *Ibid.*, p. 39.

<sup>507</sup> COSTA, Elcias Ferreira da, **Compêndio de Direito Eleitoral**, 1. ed. São Paulo: Sugestões Literárias, 1978, p. 136.

<sup>508</sup> FERREIRA, Luiz Pinto, **Código Eleitoral comentado**, Rio de Janeiro: Editora Rio, 1976, p. 40.

<sup>509</sup> *Ibid.*, p. 41.

existência da *relação processual eleitoral* como aquela estabelecida entre “a) o cidadão brasileiro, sujeito de direitos políticos; b) o partido político, sujeito de direito público interno; c) o juiz eleitoral ou Tribunal, como representante do Estado”<sup>510</sup>.

A partir da CRFB, com a utilização da expressão no art. 16, o *processo eleitoral* passa a ser mencionado com maior frequência na literatura.

Daquele momento de incipiência da própria Constituição e de recentíssima publicação da LC 64/90, colhe-se relevante apontamento de Fávila Ribeiro. Mesmo sem oferecer um conceito de *processo eleitoral*, o autor indica que (i) “não se pode isolar as questões pertinentes à escolha de candidatos, o registro de suas candidaturas, as causas impeditivas de elegibilidade como integrantes do processo eleitoral”, que (ii) o §9º do art. 14 da CRFB “dirige-se nuclearmente ao processo eleitoral e que (ii) “não há por onde excluir do processo eleitoral o reconhecimento da capacidade passiva do cidadão de concorrer a cargos estabelecidos na Constituição ou em lei complementar”<sup>511</sup>.

A argumentação poderia ter inspirado uma linha de investigação do *processo eleitoral* que o tomasse em sua integridade normativa. A literatura preponderante, porém, não se encaminhou pela diretriz de Ribeiro de pensar o processo eleitoral *a partir* do art. 16 da CRFB. Pinto Ferreira, por exemplo, manteve integralmente as considerações sobre a *relação jurídica processual* na versão de seu *Código Eleitoral comentado* editada após 1988, sem fazer incluir menção ao dispositivo constitucional que passava a instituir o processo eleitoral<sup>512</sup>.

Não que tenha sido ausente o olhar para o art. 16 da CRFB. Porém, a maior novidade foi a de buscar empregar as noções extraídas da teoria do processo como relação jurídica para além do âmbito jurisdicional, o que trouxe resultados peculiares.

O caminho em geral percorrido é o da bipartição do processo eleitoral, em recorte temporal e contencioso eleitoral. É o que constata Rodolfo Viana Pereira, ao identificar as duas dimensões usuais adotadas pela literatura: *formação e manifestação da vontade eleitoral e controle jurídico-eleitoral*<sup>513</sup>. A fim de eliminar a dubiedade, Pereira sustenta que se deve descartar o uso da expressão com referência ao controle jurídico-eleitoral, pois não há entre as dimensões referidas na literatura uma relação de gênero e espécie que permita utilizar para

---

<sup>510</sup> *Ibid.*

<sup>511</sup> RIBEIRO, **Pressupostos constitucionais do direito eleitoral: no caminho da sociedade participativa**, p. 100.

<sup>512</sup> FERREIRA, Luiz Pinto, **Código Eleitoral comentado (nos termos da Constituição Federal de 1988)**, 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1990, p. 25–27.

<sup>513</sup> PEREIRA, **Tutela coletiva no direito eleitoral: controle social e fiscalização das eleições**, p. 20–22.

ambas a mesma designação. Haveria, segundo o autor, uma relação de acessoriedade: a dimensão de formação e manifestação da vontade eleitoral é “razão fundante” do controle jurídico-eleitoral, que “surge para a prevenção ou correção de distúrbios ocasionados em torno [...] da administração concreta de determinado pleito”<sup>514</sup>.

Assim, Pereira identifica um uso reiterado da terminologia *processo eleitoral* como adstrita “ao conjunto de atos e fases necessários à organização de uma determinada consulta eleitoral concreta” e propõe utilizar, com objetivo de desambiguação, a expressão *sistemas de contencioso eleitoral* para designar “o conjunto de atos dotados de finalidade de dirimir um litígio de natureza eleitoral”<sup>515</sup>. Viana distingue os três momentos de contato entre o contencioso eleitoral e o processo eleitoral, conforme o momento em que se desenvolva o controle: contencioso pré-eleitoral, contencioso concomitante e contencioso pós-eleitoral<sup>516</sup>.

José Jairo Gomes prefere manter a expressão *processo eleitoral* e desdobrá-la em um *sentido amplo* e um *sentido restrito*. Distinguindo-se por buscar aportes no Direito Processual, o autor intenta efetivar o transporte da teoria do processo como relação jurídica para o processo eleitoral, assumindo como premissa que o procedimento é o “aspecto exterior do processo”<sup>517</sup>.

Sustenta, então, que efetivamente se instaura, no âmbito do *processo eleitoral em sentido amplo*, uma “complexa relação [...] entre Justiça Eleitoral, candidatos, partidos políticos, coligações, Ministério Público e cidadãos com vistas à concretização do sacrossanto direito de sufrágio e escolha, legítima, dos ocupantes dos cargos público-eletivos em disputa”<sup>518</sup>. Por sua vez, o procedimento “reflete o intrincado caminho que se percorre para a concretização das eleições, desde a efetivação das convenções pelas agremiações políticas até a diplomação dos eleitos”<sup>519</sup>.

Prossegue Gomes afirmando que, durante o lapso de tempo em que são tomadas providências de “concretização das eleições” – o que ocorre entre as datas de início das convenções partidárias para escolha dos candidatos e de diplomação dos eleitos – é também efetuado o “controle de legitimidade das eleições”, a abranger a “resolução de conflitos

---

<sup>514</sup> *Ibid.*, p. 23.

<sup>515</sup> *Ibid.*, p. 23–24.

<sup>516</sup> *Ibid.*, p. 25. A mesma preocupação em demarcar características próprias do exercício da função judicial eleitoral se identifica na obra de Michelle Pimentel Duarte dedicada à jurisdição eleitoral e às ações eleitorais, que faz uso exclusivamente da expressão *processo judicial eleitoral*. (DUARTE, Michelle Pimentel, **Processo judicial eleitoral: jurisdição e fundamentos para uma teoria geral do processo judicial eleitoral**, Curitiba: Juruá, 2016.).

<sup>517</sup> GOMES, **Direito eleitoral**, p. 297.

<sup>518</sup> *Ibid.*, p. 298.

<sup>519</sup> *Ibid.*

eleitorais”<sup>520</sup>. É o que denomina *processo eleitoral em sentido restrito*.

Não obstante o esforço de esclarecimento semântico do *processo eleitoral*, a proposição parte de um uso da noção de relação jurídica que, conforme se extrai dos estudos de Fazzalari e Aroldo Plínio Gonçalves, é falho. Não se identificam vínculos relacionais entre a Justiça Eleitoral, candidatos, partidos e coligações, Ministério Público e eleitores, porque não se pode conceber a dinâmica do *processo eleitoral em sentido amplo* a partir da ótica da sujeição de vontades de uns aos outros. No processo de formação dos mandatos, há exercício de direitos fundamentais de participação política que defluem da normatividade constitucional. Por sua vez, a Justiça Eleitoral e o Ministério Público atuam institucionalmente e, não, subjetivamente – o que seria elementar para que se pudesse estruturar a relação jurídica.

Apesar disso, com algumas variantes, a bipartição de *processo eleitoral* em recorte temporal e contencioso se difundiu.

Antônio Tito Costa também invoca expressamente a teoria da relação jurídica para desenvolver um conceito de processo eleitoral. Ao contrário de Gomes, o autor não considera que aquela se amolde ao “complexo de atos relativos à realização de eleições, atos esses que vão desde a escolha de candidatos, em convenções partidárias, até a eleição e diplomação”<sup>521</sup>. Em seu entendimento, cabe aí apenas “genericamente, a denominação de processo eleitoral”, embora reconheça que seja a este que se refere o art. 16 da CRFB<sup>522</sup>.

Em sentido próprio, Tito Costa considera que “o processo eleitoral, como é óbvio, é o veículo pelo qual se estabelece e se exercita a relação processual no âmbito do Direito Eleitoral”<sup>523</sup> e que “a relação processual eleitoral é aquela que vincula a atividade jurisdicional do Estado a uma pretensão manifestada pelo próprio Estado, por um sujeito ativo (coletiva ou singularmente considerado) contra um sujeito passivo [...]”<sup>524</sup>. Assimila, portanto, a ideia de que haja um vínculo de sujeição à vontade alheia, que pode, até mesmo, ser *do Estado*, o que denota a ideia de que o direito difuso à legitimidade das eleições seria absorvido pela esfera estatal.

André Ramos Tavares considera que o processo eleitoral é o “processo germinal da aferição e legitimação do poder”, o qual “não se reduz aos atos de estrita jurisdição eleitoral,

---

<sup>520</sup> *Ibid.*, p. 299.

<sup>521</sup> COSTA, Antônio Tito, **Recursos em matéria eleitoral**, 10. ed. São Paulo: Letras Jurídicas, 2015, p. 31.

<sup>522</sup> *Ibid.*, p. 31–32.

<sup>523</sup> *Ibid.*, p. 31.

<sup>524</sup> *Ibid.*, p. 32–33.

mas engloba complexos e vastos atos administrativos”<sup>525</sup>. Aderindo à classificação de Gomes, afirma que “as duas acepções de processo eleitoral enquadram-se no amplamente conhecido conceito de processo como ‘conjunto preordenado de atos’, o que se aplica a processos não judiciais, como o processo legislativo e o administrativo”<sup>526</sup>. Nítido, nessas assertivas, a diluição do processo no procedimento.

Frederico Franco Alvim, citando Peleja Júnior e Batista, distingue “*Processo Eleitoral* – ambiente em que se desenvolvem as ações e procedimentos judiciais eleitorais – com *processo eleitoral* – espaço de tempo no qual se desenrolam as eleições”, devendo-se, quanto ao último, “investigar qual seria a real envergadura do ciclo eletivo, para o qual há de se descobrir em quais fases podem ser identificados seus início e fim”<sup>527</sup>. O autor refuta a possibilidade de que o marco inicial se dê no alistamento – caso em que se teria “um procedimento sempiterno, sem começo nem fim, haja vista que ao ocaso de um pleito sucederia a alvorada do seguinte” – e endossa o entendimento de que o processo eleitoral “tem como ponto de partida o início das convenções partidárias”<sup>528</sup>. É assim bastante acentuada a preocupação de Alvim com a delimitação temporal do *processo eleitoral*.

Adriano Soares da Costa também adere à ideia de que o processo eleitoral “inicia-se formalmente com as convenções dos partidos políticos para escolha de seus candidatos e se encerra com a diplomação dos eleitos”<sup>529</sup>. Utilizando-se da expressão *macroprocesso eleitoral* como sinônimo de eleições, o autor assinala que a Justiça Eleitoral “tem contribuído para o tratamento do Direito Eleitoral nos moldes clássicos do conceito de relação jurídica de direito público”, o que, em sua análise, repele a aplicação de institutos do direito processual coletivo às ações eleitorais<sup>530</sup>. O autor é refratário a mudanças nesse sentido, por considerar que “a adoção dessas técnicas aumentaria desmedidamente a já exponencial litigiosidade do processo eleitoral, gerando em algumas situações a eternização da impugnabilidade dos mandatos eletivos [...]”<sup>531</sup>.

Elmana Viana Lucena Esmeraldo também dá guarida a conceitos operacionais de

---

<sup>525</sup> TAVARES, André Ramos, Princípios constitucionais do processo eleitoral, *in*: TAVARES, André Ramos; AGRA, Walber de Moura; PEREIRA, Luiz Fernando (Orgs.), **O direito eleitoral e o novo Código de Processo Civil**, Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 17.

<sup>526</sup> *Ibid.*, p. 19.

<sup>527</sup> ALVIM, Frederico Franco, **Curso de Direito Eleitoral**, 2. ed. Curitiba: Juruá, 2016, p. 201.

<sup>528</sup> *Ibid.*

<sup>529</sup> COSTA, **Instituições de direito eleitoral**, p. 305.

<sup>530</sup> *Ibid.*, p. 305–306.

<sup>531</sup> *Ibid.*, p. 306–307.

*processo eleitoral*. A autora utiliza os termos *processo eleitoral material*, como “complexo de atos destinados a disciplinar o regular exercício do sufrágio e do voto” no qual incluídos “as convenções partidárias, o registro de candidatos, as regras de arrecadação e gastos nas campanhas eleitorais, a propaganda eleitoral, as eleições, a proclamação dos eleitos, a prestação de contas e a diplomação”, e *processo contencioso eleitoral*, como “relação jurídica instaurada entre as partes e o Estado-Juiz com a finalidade de resolver [...] demandas eleitorais e permitir a preservação a liberdade do voto e da legitimidade normalidade do pleito”<sup>532</sup>.

A bipartição do *processo eleitoral* entre recorte temporal e contencioso eleitoral nem sempre é expressamente apontada pelos autores, mas subjaz, naturalizada, à abordagem do tema. É o caso de José Carlos Pimenta, que em detida digressão sobre o processo eleitoral, parte de um conceito que parece indicar uma concepção calcada na normatividade constitucional. Segundo o autor, processo eleitoral é o “conjunto de normas que disciplinam o exercício dos direitos políticos, da capacidade eleitoral ativa, da capacidade eleitoral passiva e, assim, asseguram a efetividade da soberania popular [...] submetido ao controle de legitimidade [...] no âmbito do processo constitucional”<sup>533</sup>.

Logo depois, porém, deixa sugerida a cisão entre o recorte temporal, ao afirmar que há no processo eleitoral “a presença de uma pletera de atos de natureza administrativa, ao lado de atos de jurisdição contenciosa, nesta compreendida a jurisdição penal eleitoral”<sup>534</sup>, e o contencioso eleitoral, quando discorre sobre a distinção entre processo e procedimento e aborda a celeridade, a preclusão e a sistemática de recursos eleitorais<sup>535</sup>. Na sequência, a obra é destinada à abordagem das ações eleitorais.

Em uma variante própria, Rodrigo López Zilio assinala que “processo eleitoral em sentido amplo é o previsto no art. 16 da CF e se consubstancia no princípio da anterioridade ou anualidade eleitoral, tendo início no prazo de um ano antes da eleição”<sup>536</sup>. Distingue-o do processo eleitoral em sentido estrito, que denomina *microprocesso eleitoral*, o qual equipara não ao contencioso eleitoral, mas, sim, à *campanha eleitoral*, coincidindo seu início no momento das convenções partidárias.

Zilio adota o critério temporal tanto para definir o processo eleitoral em *sentido amplo*

---

<sup>532</sup> ESMERALDO, Elmana Viana Lucena, **Processo eleitoral: sistematização das ações eleitorais**, 3. ed. Leme: J. H. Mizuno, 2016, p. 39.

<sup>533</sup> PIMENTA, José Carlos, **Processo eleitoral e controle jurisdicional**, Belo Horizonte: Mandamentos, [s.d.], p. 104.

<sup>534</sup> *Ibid.*, p. 109.

<sup>535</sup> *Ibid.*, p. 108–112.

<sup>536</sup> ZILIO, **Direito eleitoral**, p. 329.



quanto o em *sentido estrito*. À exceção deste autor, o critério de bipartição adotado pelos eleitoralistas é funcional, ainda que aparente haver uma oposição entre o critério temporal (o recorte temporal) e o funcional (contencioso eleitoral). O que ocorre é que, quando distinguem o contencioso eleitoral daquele recorte de tempo que abrange os atos praticados até as eleições, destacam o exercício da função judicial eleitoral e, subsidiariamente, amarram o exercício das demais funções, porque sujeitas a um cronograma, como componentes de um procedimento único.

Mas, invariavelmente, fragmenta-se a compreensão do processo eleitoral e não se promove sua teorização por uma teoria processual que considere a fundamentalidade dos direitos políticos como premissa. A literatura eleitoralista se vê, em larga medida, aprisionada pela hegemonia, muitas vezes velada, da teoria do processo como relação jurídica e seus desdobramentos instrumentalistas.

Daí que seja necessário promover a *desnaturalização* da influência daquela teoria sobre a concepção de processo eleitoral. Nesse esforço, traz-se à comparação a aproximação feita pela literatura espanhola ao tema. O que se pretende é ilustrar o impacto das opções teóricas sobre a compreensão do processo eleitoral.

### 2.2.3.1. Uma análise comparada: o acolhimento do processo eleitoral no Direito Constitucional espanhol

A comparação da literatura constitucional e eleitoral brasileira a respeito do processo eleitoral com aquela produzida na Espanha permite visualizar, com clareza, que rumos distintos da compreensão das instituições democráticas são definidos pelo desenho disciplinar do Direito Político.

Em consonância com a tradição espanhola que, por determinante influência de Lucas Verdú, reconduziu o Direito Político ao Direito Constitucional, Joaquín García Morillo afirma que “se há um processo relevante do ponto de vista constitucional este é, sem dúvida, o processo eleitoral: através dele se expressa a vontade do corpo eleitoral que, em nome do povo que detêm a soberania, deve decidir a composição dos órgãos representativos do soberano”<sup>537</sup>. Esse

---

<sup>537</sup> GARCÍA MORILLO, Joaquín, La constitucionalidad del proceso electoral, **Corts: Anuario de derecho parlamentario**, n. 2, p. 83–102, 1996, p. 83. Tradução do original em espanhol: “Si hay un proceso relevante desde la perspectiva constitucional ese es, sin duda, el proceso electoral: a través de él se expresa la voluntad del cuerpo electoral que, en nombre del pueblo que ostenta la soberanía (art. 1.2 CE), debe decidir la composición de los órganos representativos del soberano.”

processo, segundo Isabel María Abellán Matesanz, “é o conjunto de fases que se sucede lógica e cronologicamente para formar um órgão representativo”, compreendendo “a apresentação e proclamação de candidaturas, a campanha eleitoral e a votação e o escrutínio, com todos os trâmites que derivam deste último ato”<sup>538</sup>.

García Morillo e Abellán Matesanz tomam tais concepções para impulsionar análises sobre a adequação constitucional dos procedimentos eleitorais. O primeiro autor enfatiza que, a despeito do caráter primariamente legal das normas procedimentais eleitorais, “os bens em jogo no processo eleitoral são de indubitável entidade constitucional”, especialmente, em uma perspectiva concreta, porque se trata da “realização de direitos fundamentais consagrados na Constituição e, mais especificamente, dos direitos de participar de assuntos públicos e de ser eleito para cargos públicos”<sup>539</sup>. A segunda autora se dedica a examinar a jurisprudência da Junta Eleitoral Central e, se a considera *acertada* é por serem “escassíssimas as decisões daquela reformadas ou contestadas em sede judicial, inclusive constitucional”<sup>540</sup>.

A referência à finalidade do processo eleitoral de consecução dos direitos fundamentais constitucionais de participar de assuntos públicos e de ser eleito para cargos públicos será ressaltada por diversos autores. Destacadamente, María Vicenta García Soriano aponta sua vinculação ao devido processo legal (*procedimento debido*), enfatizando não apenas o controle judicial como garantia de efetivação daqueles direitos fundamentais, mas também a

---

<sup>538</sup> ABELLÁN MATESANZ, Isabel María, El proceso electoral desde la doctrina de la junta electoral central, **Teoría y Realidad Constitucional**, n. 14, 2. sem., p. 273–320, 2004, p. 276. Tradução do original em espanhol extraída dos trechos: “[...] cada una de las tres grandes fases del proceso electoral: la presentación y proclamación de candidaturas, la campaña electoral y la votación y escrutinio, con todos los trámites que derivan de este último acto.”; “Partiendo de la idea de que el proceso electoral es el conjunto de fases que se suceden lógica y cronológicamente para formar un órgano representativo [...]”

<sup>539</sup> GARCÍA MORILLO, La constitucionalidad del proceso electoral, p. 84. Tradução do original em espanhol extraída do trecho: “Pero el carácter primariamente legal del proceso electoral, y la consecuente atribución del control de esa legalidad a los Tribunales ordinarios, no puede hacer olvidar que los bienes en juego en el proceso electoral son de indudable entidad constitucional; y lo son no ya desde una perspectiva abstracta, esto es, desde el enfoque de su instrumentalidad de cara a la configuración de los máximos órganos representativos y ejecutivos en los diferentes ámbitos, sino también desde una perspectiva mucho más concreta y específica: la de la realización de derechos fundamentales consagrados en la Constitución y, muy singularmente, de los derechos a participar en los asuntos públicos y a ser elegidos para los cargos públicos.”

<sup>540</sup> ABELLÁN MATESANZ, El proceso electoral desde la doctrina de la junta electoral central, p. 273. Tradução do original em espanhol: “[...] escasísimos han sido los acuerdos de dicha Junta revocados o contradichos en sede judicial o, incluso, constitucional.”

*participação em contraditório* de eleitores, elegíveis, candidatos, partidos políticos e demais sujeitos do processo eleitoral<sup>541</sup>.

O ancoramento constitucional do processo eleitoral faz com que Pedro Martínez Ruano aponte a artificialidade em buscar promover um recorte estrito daquele a partir de um componente temporal que coloque em segundo plano aspectos políticos que permeiam o *momento eleitoral*. Assim é que conceitua o processo eleitoral como “conjunto de atuações e operações que de um modo ou outro têm uma repercussão direta no desenvolvimento e no resultado das eleições”<sup>542</sup>, mas adverte que “em seu componente temporal os limites [do processo eleitoral] não estão nada definidos, pois na atualidade, em que ‘vivemos constantemente em campanha’, a qualquer momento se podem produzir situações que, pela repercussão eleitoral que podem ter, devem ser controladas”<sup>543</sup>.

A assunção, pelos constitucionalistas espanhóis, da tarefa de conduzir os estudos do Direito Político também visa suprir o notável silêncio constitucional a respeito do órgão encarregado da administração das eleições e de seu controle judicial. Como a prevenir a perda de aderência constitucional da temática, vários autores dedicam estudos aos órgãos da Administração Eleitoral, em especial à Junta Eleitoral Central e sua jurisprudência, bem como a aspectos do controle judicial (legal e constitucional) do processo eleitoral<sup>544</sup>.

Nessa linha, Santolaya Machetti exorta a perplexidade com o fato de que a Constituição Espanhola (1978) tenha remetido à lei a competência para dispor integralmente sobre a organização eleitoral, a despeito de ser, ela própria, oriunda de uma transição da ditadura para

---

<sup>541</sup> GARCÍA SORIANO, María Vicenta, **Jueces e magistrados en el proceso electoral**, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000, p. 24.

<sup>542</sup> MARTÍNEZ RUANO, **El control electoral**, p. 28. Tradução do original em espanhol: “[...] el proceso electoral es el conjunto de actuaciones y operaciones que de un modo u otro tienen una repercusión directa en el desarrollo y resultado de unas elecciones.”

<sup>543</sup> *Ibid.*, p. 29. Tradução do original em espanhol: “[...] en su componente temporal los límites [del proceso electoral] no están nada definidos, pues en la actual situación, el na que ‘vivimos constantemente en campaña’, en cualquier momento se pueden producir situaciones que, por las repercusiones electorales que pueden tener, han de ser controladas.”

<sup>544</sup> Confira-se: SANTOLAYA MACHETTI, Pablo, **Procedimiento e garantías electorales**, Pamplona: Thomson Reuters, 2013; FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE MAYORDOMO, Pablo, **La Junta Electoral Central : la libertad de expresión y el derecho a la información en período electoral**, [s.l.]: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2014; ABELLÁN MATE SANZ, El proceso electoral desde la doctrina de la junta electoral central; FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE MAYORDOMO, Pablo, **La Junta Electoral Central**, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2014; MARTÍNEZ RUANO, **El control electoral**; GARCÍA SORIANO, **Jueces e magistrados en el proceso electoral**; BIGLINO CAMPOS, Paloma; DELGADO DEL RINCÓN, Luis Esteban, **La resolución de los conflictos electorales : un análisis comparado**, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2010.

a democracia iniciada com a convocatória para um *proceso electoral*<sup>545</sup>. Também, aponta que o *indubitable relevo constitucional* das funções eleitorais foi reconhecido pelo próprio Tribunal Constitucional, o que torna mais peculiar a integral remissão da matéria à lei<sup>546</sup>.

Não significa que a literatura espanhola esteja imune à ambiguidade que a prevalência da visão instrumentalista do processo traga à abordagem do processo eleitoral. Martínez Ruano salienta que são raros os autores que buscam distinguir *procedimiento* e *proceso* eleitoral a fim de extrair implicações do último termo e, assim mesmo, pouco se vai além de considerar o *proceso electoral* apenas uma *sucesión de atos jurídicos* ou uma referência ao *control de las elecciones*<sup>547</sup>.

Mas a nota distintiva dos estudos de constitucionalistas daquele país mantém-se firme: a preferência por um “significado global, pretendendo abarcar todos aqueles fatores que de um modo ou outro podem ter incidência na eleição dos representantes por parte dos cidadãos”, em detrimento de um conceito estritamente *jurisdiccional* de processo<sup>548</sup>. Mesmo o *procedimiento electoral* é visto sob esse ângulo, afirmando Ana Del Pino Carazo que este tem como princípio básico “a interpretação favorável à plena eficácia dos direitos fundamentais”<sup>549</sup>.

Há uma robusta produção científica voltada para temas como a Administração Eleitoral, a apresentação de candidaturas, a igualdade na disputa eleitoral e o controle judicial das eleições tendo por linha mestra a compreensão de que afetam direitos fundamentais dos cidadãos<sup>550</sup>. E

<sup>545</sup> SANTOLAYA MACHETTI, **Procedimiento e garantías electorales**, p. 20–21 *passim*.

<sup>546</sup> *Ibid.*, p. 21.

<sup>547</sup> MARTÍNEZ RUANO, **El control electoral**, p. 30. Os sentidos propostos são, respectivamente, de autoria de Cano Bueso e Rallo Lombarte.

<sup>548</sup> *Ibid.* Tradução do original em espanhol extraída do trecho: “En ningún caso el significado que aquí se le dará a la palabra proceso quedará circunscrito al control en sede jurisdiccional de los procedimientos electorales, sino que tendrá un significado global, pretendiendo abarcar todos aquellos factores que de un modo u otro pueden tener incidencia en la elección de los representantes por parte de los ciudadanos.”

<sup>549</sup> DEL PINO CARAZO, Ana, Problemas del procedimiento electoral: legua del procedimiento, presentación de documentos, validez del voto y procedimiento sancionador, *in*: PASCUA MATEO, Fabio (Org.), **Estado democrático e elecciones libres: cuestiones fundamental del Derecho Electoral**, Navarra: Thomson Reuters, 2010, p. 472. Tradução do original em espanhol extraída do trecho: “[...] el principio básico que debe presidir los hitos del procedimiento electoral: el de interpretación favorable a la plena eficacia de los derechos fundamentales.”

<sup>550</sup> É o que se extrai de obras como: EFRÉN RÍOS VEGA, Luis (Org.), **Tópicos electorales: un diálogo judicial entre América y Europa**, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2011; GARCÍA-ESCUADERO MÁRQUEZ, Piedad; ALVAREZ RODRÍGUEZ, Ignacio, **La presentación y proclamación de candidatos electorales**, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2017; BIGLINO CAMPOS, Paloma; ARAGÓN REYES, Manuel, **Proclamación de candidatos y garantías electorales: propuestas de reforma**, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008; É o que se extrai de densas obras como: PÉREZ-MONEO AGAPITO, Miguel, **La selección de candidatos electorales en los partidos**, Madrid: Centro de Estudios Políticos y

essa compreensão encontra eco nos tribunais, havendo o Tribunal Constitucional destacado que é no processo eleitoral que “se exercem de maneira efetiva os direitos de sufrágio ativo e passivo quem por estarem na base mesma da legitimação democrática do ordenamento político, devem receber um trato especialmente respeitoso e favorável”<sup>551</sup>.

O que não se pode perder de vista é que essa abordagem do processo eleitoral que toma por premissa o exercício dos direitos fundamentais de participação política reflete estudos conduzidos sem a fragmentação disciplinar do Direito Político. Não é, portanto, algo que possa ser importado para aplicação formular no Brasil, onde essa fragmentação ocorreu. O desafio específico a ser enfrentado é a remoção dos óbices à pretensão *normativa e epistemológica* da norma coconstituente do processo eleitoral, a qual se defronta com o esvaziamento conceitual e a instrumentalização judicial de seu núcleo.

#### 2.2.3.2. Inquietações ante os efeitos da instrumentalização do processo eleitoral

É necessário considerar que uma teoria do processo eleitoral, no Brasil, deve fustigar os problemas decorrentes das concepções aqui naturalizadas. Teorias não devem ser propostas por diletantismo acadêmico, mas, sim, tendo em vista o papel da ciência jurídica em seu específico contexto constitucional. E, no caso brasileiro, é irrecusável a tarefa de enfrentamento de práticas estatais autoritárias renitentes à implementação da Constituição democrática de 1988.

A compreensão instrumentalista do processo eleitoral tem como inevitável consequência a demanda por acomodação do *contencioso eleitoral* na dimensão temporal dentro da qual se considera eficaz a *pacificação dos conflitos*. Conforme destaca Michelle Pimentel Duarte, apesar da “dificuldade na fixação do significado de ‘duração razoável’”, o processo judicial eleitoral tem um norte bem determinado de finitude dos mandatos”<sup>552</sup>.

Nos procedimentos judiciais eleitorais, pensados primordialmente em função do tempo

---

Constitucionales, 2012; SÁNCHEZ MUÑOZ, Óscar, **La igualdad de oportunidades en las competiciones electorales**, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007; PASCUAL MATEO, Fabio, **El control de las elecciones**, Navarra: Thomson Reuters, 2009.

<sup>551</sup> ESPANHA. Tribunal Constitucional. Sentencia 76, de 25 de mayo de 1987, *apud* DEL PINO CARAZO, Problemas del procedimiento electoral: legua del procedimiento, presentación de documentos, validez del voto y procedimiento sancionador, p. 472. Tradução do original em espanhol extraída do trecho: “es de especial relevancia en el proceso electoral, en donde se ejercen de manera efectiva los derechos de sufragio activo y pasivo que, por estar en la base misma de la legitimación democrática del ordenamiento político, han de recibir un trato especialmente respetuoso y favorable.”

<sup>552</sup> DUARTE, **Processo judicial eleitoral: jurisdição e fundamentos para uma teoria geral do processo judicial eleitoral**, p. 158–159.

cronológico das eleições e dos mandatos, a celeridade surge como *trunfo flexibilizatório*, sob a justificativa de remover intercorrências que retardam a definição da ocupação dos cargos eletivos. A temporalidade dos mandatos inspira uma radicalização do discurso em favor da celeridade, a justificar atropelo das normas processuais, a ponto de suprimirem-se recursos e incentivar-se um protagonismo acentuado dos órgãos eleitorais em sua propalada tarefa de tutelar o *interesse público* – ainda que o resultado da desconsideração das garantias processuais redunde na *desconstituição* da decisão do colégio de eleitores.

O reclame por velocidade no julgamento, embora muitas vezes tratado como recente, não o é. Já em 1968, Tito Costa, invocando lições de Chiovenda, defendia que “a rapidez no desenvolvimento dos atos processuais a que se refere o processualista italiano tem ainda mais razão de ser em sua aplicação nos processos de recursos eleitorais”. Isso porque “nêles [sic] tudo deve ser feito em brevíssimas frações de tempo, pois a apuração dos votos, a proclamação dos eleitos e, em seguida, sua posse e exercício dos mandatos, tudo se opera nos estreitos limites de tempo exíguo”.

É de se destacar que, à época em que escreveu Tito Costa, prevaleciam as impugnações perante a Junta Eleitoral sujeitas a preclusão, a investigação judicial eleitoral como modalidade de inquérito e não de ação e o RCED, única via judicial para desconstituição do diploma. Na atualidade, o denominado *contencioso eleitoral* se alargou e ganhou complexidade, a partir da previsão de diversos ilícitos que podem conduzir à invalidação da eleição, cassação de registro, diploma e mandato, inelegibilidade e multa.

Ainda que algumas ações tenham início no momento do controle judicial *concomitante*, entre o registro de candidatura e as eleições ou a diplomação, o *contencioso pós-eleitoral* ganhou magnitude. Isso se deve tanto à criação da AIME e da Representação fundada no art. 30-A da Lei das Eleições, que são ajuizadas posteriormente à diplomação, quanto ao fato de que a complexa instrução da AIJE e das Representações fundadas nos arts. 41-A e 73 da Lei das Eleições impelem seu julgamento para momento no qual já se encontram os eleitos no exercício dos mandatos.

Desse modo, seria de se esperar, no mínimo, a reformulação da exigência de *celeridade* nas ações eleitorais, compreendendo-se que o *tempo cronológico* não pode impor-se sobre o *tempo lógico*, que decorre da compatibilização dos ônus argumentativo e probatório das partes com o devido processo legal. Todavia, seguem as discussões sobre a *efetividade* da jurisdição eleitoral pautadas pelo questionamento da velocidade dos julgamentos, conforme ilustram as intensas críticas ao TSE pelo que foi considerado *demora* das ações de cassação intentadas contra a chapa presidencial eleita em 2014 (Dilma-Temer): pouco mais de 2 anos de

tramitação<sup>553</sup>.

Incide sobre esse clamor por *celeridade* a contundente crítica de Edilene Lôbo, para quem “na jurisdição eleitoral [...] não existe processo jurisdicional, senão atos de autoridades judiciais, muitas vezes unilaterais, na condução das disputas eleitorais [...], mera atividade judicial aviada em procedimentos sem processo”<sup>554</sup>.

Lôbo considera a celeridade uma “tendência autoritária na aplicação do direito eleitoral”, fruto do mesmo utilitarismo processual que, no âmbito penal, conduz à supressão de direitos fundamentais do processo em nome da eficiência estatal<sup>555</sup>. A autora se distingue por promover a reflexão acerca da função judicial eleitoral a partir de um modelo constitucional de processo, buscando aproximar princípios processuais de fundo democrático ao processo eleitoral – se não para teorizá-lo, ao menos para contrastar a praxe eleitoral com as exigências constitucionais do processo.

A radicalização da celeridade é apenas uma das consequências da incorporação da teoria da relação jurídica à compreensão do processo eleitoral. O que ela ilustra é que se coloca o processo a serviço da atuação decisória da autoridade judicial, com escopo de pacificação, o qual prepondera sobre os direitos políticos, tais como o sufrágio e o exercício de mandatos, já que se perde a percepção de sua fundamentalidade.

Retumbante impacto do tratamento instrumental do processo eleitoral foi sentido a partir de 2010, com a promulgação da LC 135 (Lei da Ficha Limpa). Com o alargamento do rol de causas legais de inelegibilidade, potencializa-se o exercício do protagonismo judicial na fase de registro de candidaturas. *A moralidade para o exercício dos mandatos* (art. 14, § 9º, CRFB),

---

<sup>553</sup> *Crítica*, aqui, significa a reprovação moral, dirigida ao tribunal nas circunstâncias em que procurou assegurar a ampla defesa e o contraditório. Especialmente, tem-se que na sessão de 04/04/2017, o tribunal viu-se obrigado a retificar o prazo de alegações finais, que havia sido equivocadamente fixado pelo Ministro Herman Benjamin em 2 dias, com base no procedimento da AIJE, quando o aplicável ao procedimento da AIME era de 5 dias. A imprensa mostrou-se insatisfeita com a decisão. Cf. COSTA, Fabiano; RAMALHO, Renan, Chapa Dilma-Temer: TSE dá mais prazo para defesas e suspende julgamento, **G1 Política**, 04 abr. 2017, Disponível em: <<https://g1.globo.com/politica/noticia/dilma-temer-ministros-concordam-em-adiar-julgamento-e-dar-mais-prazo-a-defesa.ghtml>>, Acesso em: 20 nov. 2018; SCHREIBER, Mariana, TSE reabre investigação contra chapa Dilma-Temer e adia julgamento, **BBC Brasil**, 04 abr. 2017, Disponível em: <<https://www.bbc.com/portuguese/brasil-39487139>>, Acesso em: 20 nov. 2018; VENTURINI, Lilian, A quem interessa adiar o julgamento da ação contra Dilma e Temer no TSE, **Nexo Jornal**, 04 abr. 2017, Disponível em: <<https://www.nexojornal.com.br/expresso/2017/04/04/A-quem-interessa-adiar-o-julgamento-da-a%C3%A7%C3%A3o-contra-Dilma-e-Temer-no-TSE>>, Acesso em: 20 nov. 2018; A DEMORA da ação Dilma-Temer, **Estadão**, 29 abr. 2017, Disponível em: <<https://opinio.estadao.com.br/noticias/geral,a-demora-da-acao-dilma-temer,70001756985>>, Acesso em: 20 nov. 2018.

<sup>554</sup> LÔBO, Edilene, **A inclusão do cidadão no processo eleitoral**, Belo Horizonte: Del Rey, 2010, p. 18.

<sup>555</sup> LÔBO, Edilene. **A inclusão do cidadão no processo eleitoral**, p. 97-98.

mais que parâmetro de controle de constitucionalidade das normas infraconstitucionais que criam inelegibilidades, adentra o *ciclo de legitimação* de decisões judiciais a perfazer o mais significativo *escopo metajurídico* do cognominado processo eleitoral, inspirando uma hermenêutica restritiva em matéria de sufrágio passivo.

Inquietação mais recente surge ante os avanços do protagonismo judicial sobre a liberdade de expressão política. A partir da crescente judicialização da temática da propaganda eleitoral, a redundar em interpretações restritivas dos tribunais quanto aos atos de campanha eleitoral, coloca-se em questão que a fundamentalidade constitucional democrática do processo eleitoral deve superar a visão da atuação estatal para pacificação do ambiente político democrático. Essa questão é bem apresentada por Aline Osório:

Em uma democracia representativa, o direito de sufrágio permite que o povo exerça o poder político de modo indireto, a partir da formação de um corpo de representantes. No entanto, o processo eleitoral é mais do que um procedimento de tradução de votos e preferências em cargos eletivos, em representação política. Ele constitui um processo participativo, em que cidadãos, candidatos, partidos e meios de comunicação se engajam em um debate público, indispensável para o processo de tomada de decisão de voto e de formação da vontade coletiva".<sup>556</sup>

Diante dos problemas que começam a ser identificados na atuação teleológica da jurisdição eleitoral, a dificuldade segue sendo escapar dos caminhos estéreis para os quais a teoria do processo como relação jurídica continuamente impele estudos que não se apercebem de sua dominância dogmática ou não a problematizam. Por esse motivo, merece destaque a crucial contribuição de Ludgero Liberato na instalação de um questionamento fundamental para a compreensão do processo eleitoral.

#### 2.2.3.3.A instalação do questionamento fundamental: a norma constitucional do processo eleitoral contingenciada pela legislação infraconstitucional

Ludgero Liberato é pioneiro em identificar como problemática a disseminada abordagem do processo eleitoral *a partir* das regras legais eleitorais. O autor observa com precisão que “o Supremo fixou a dimensão de uma expressão constitucional a partir da

---

<sup>556</sup> OSÓRIO, Aline, **Direito eleitoral e liberdade de expressão**, Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 79.



legislação infraconstitucional e submeteu o conceito às vicissitudes do legislador ordinário”<sup>557</sup>, uma vez que, no RE 633.703/MG, em 23/03/2011, o termo inicial do processo eleitoral se viu estipulado com base nas datas de fixação do domicílio eleitoral e de filiação partidária mínima. Liberato salienta que o marco temporal escolhido foi o de implementação daqueles requisitos da candidatura, de modo que, quando a lei reduziu a antecedência mínima para 6 meses antes do pleito, ficou exposta a fragilidade da construção, que relegou à conveniência legislativa a possibilidade de “encurtar o processo eleitoral”<sup>558</sup>.

Por isso, o autor sustenta que o *processo eleitoral em sentido estrito* deve ter seu início fixado em um ano, independentemente de prazos legais estipulados para atos voltados à eleição, porque aquele marco é exigência direta da regra da anualidade eleitoral. Conforme argumenta, esse início foi “condicionado pelo próprio constituinte”, uma vez que “as modificações da legislação para as eleições vindouras deve ocorrer com, no mínimo, um ano de antecedência, estabilizando-as, congelando-as, permitindo-se, com isso, a todos os nela envolvidos, movimentarem-se para se adequar às regras do jogo”<sup>559</sup>.

O autor ainda tangencia a questão de que se possa cogitar de um *processo eleitoral em sentido lato*, não sujeito a demarcação temporal porque, abrangendo aspectos desde o alistamento à diplomação, além de apuração de ilícitos eleitorais e regras processuais (legais e *jurisprudência*), assume um caráter permanente, ditado, ao menos, pelo procedimento de alistamento<sup>560</sup>. Embora considere que a importância do conceito seja apenas acadêmica, dele não pretendendo extrair desdobramentos, constata que tais concepções de processo eleitoral – em sentido amplo e em sentido estrito – são eminentemente distintas do *processo jurisdicional eleitoral*, que corresponde “à atividade judicante da Justiça Eleitoral”<sup>561</sup>.

Ainda que Liberato persista na demarcação de um recorte temporal, é inegável a originalidade e relevância de sua proposição, que se volta para o contexto constitucional vigente e, reconhecendo seu caráter paradigmático, considera que dele se deve extrair a compreensão de processo eleitoral que deve parametrizar a aplicação da regra da anualidade eleitoral.

---

<sup>557</sup> LIBERATO, Ludgero, O alcance do conceito do processo jurisdicional eleitoral no Direito brasileiro, in: FUX, Luiz; PEREIRA, Luiz Fernando Casagrande; AGRA, Walber (Orgs.), **Direito processual eleitoral**, Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 24–25.

<sup>558</sup> *Ibid.*, p. 25.

<sup>559</sup> *Ibid.*

<sup>560</sup> *Ibid.* O raciocínio é completado em outra obra: “Dito de outra forma, um ano antes das eleições se imutabilizam os institutos do processo eleitoral (em sentido amplo), fazendo surgir, com isso, um novo processo eleitoral.” (JORGE; LIBERATO; RODRIGUES, **Curso de direito eleitoral**, p. 268.).

<sup>561</sup> LIBERATO, O alcance do conceito do processo jurisdicional eleitoral no Direito brasileiro, p. 25.

Com esse foco de problematização, tem-se o alerta necessário para um atento exame dos sentidos de *processo eleitoral* enunciados pelos tribunais em sua atividade judicial.

### **2.3 Estudo de caso: o *processo eleitoral* como variável independente na aplicação da regra da anualidade eleitoral pelo STF**

A regra da anualidade eleitoral não apenas se encontra prevista no próprio dispositivo constitucional que enuncia o processo eleitoral, mas tem, como premissa lógica, elucidar o sentido deste. Como trazido desde a abertura da presente pesquisa, a regra prevista no art. 16 da CRFB é destinada a conter a eficácia de um grupo específico de leis – aquelas *que alteram o processo eleitoral*. Por isso, é elementar à hermenêutica do dispositivo que seja primeiramente estabelecido *o que é processo eleitoral*, para que então se passe a aferir se determinada lei o alterou, caso em que, por simples incidência do comando constitucional, a regra da anualidade se aplica a ela.

Essa afirmação pressupõe que, no Estado Democrático de Direito, subsiste para os órgãos judiciários, no exercício da função judicial, um ônus argumentativo, que no Brasil é enunciado constitucionalmente como dever de fundamentação, ao qual se acopla a sanção de nulidade em caso de sua inobservância<sup>562</sup>. Exige-se de juízes e tribunais a apresentação das premissas jurídicas tomadas para a resolução das questões e o estabelecimento de correlações lógicas entre aquelas e a decisão.

Sob essa ótica, o art. 16 da CRFB encerra uma relação de prejudicialidade lógica: não é possível decidir sobre a incidência da regra da anualidade eleitoral sem que se resolva, previamente, a questão relativa à concepção de processo eleitoral adotada. Mais que isso, surge um encadeamento de caráter vinculante no âmbito da fundamentação: a concepção de processo eleitoral é o parâmetro para definir se a lei o alterou ou não; a alteração do processo eleitoral é o parâmetro para pronunciar a incidência da regra da anualidade.

Essa relação de prejudicialidade foi percebida pelo Ministro Celso de Mello na primeira ocasião em que o STF foi instado a se pronunciar sobre a aplicação do art. 16 da CRFB. Em suas palavras:

É certo que a aplicação do princípio da anterioridade da lei eleitoral pressupõe a definição, pelo Supremo Tribunal Federal, do significado da locução constitucional processo eleitoral, pois será, do

---

<sup>562</sup> “todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade [...]” (BRASIL, **Constituição (1988)**, art. 93, IX.).

reconhecimento do alcance e do conteúdo de sua noção conceitual, que derivarão os efeitos de ordem jurídico-temporal condicionadores da própria vigência, eficácia e aplicabilidade da legislação emanada do Congresso Nacional.<sup>563</sup>

Porque se situa no princípio do encadeamento lógico que conduz à aplicação da regra da anualidade eleitoral, o *processo eleitoral* é, do ponto de vista metodológico, uma variável independente. Conforme o sentido que lhe seja atribuído, podem ser alcançados resultados distintos.

Por isso, o exame de decisões judiciais sobre a incidência daquela regra é uma preciosa via de investigação da premissa sustentada no presente Capítulo, pois permite avaliar como os tribunais têm se utilizado da expressão *processo eleitoral* em suas decisões e, especialmente, se têm reconhecido a ela aptidão normativa e epistemológica.

Esse procedimento, que toma as decisões como objeto de investigação, é mais comumente adotado em pesquisas empíricas. Cabe por isso situá-lo no contexto da tese em desenvolvimento, que tem a pesquisa teórica como principal estratégia.

Segundo Gustin e Dias, “para ser empírica, uma investigação precisa ser assim definida nas partes essenciais do projeto de pesquisa (problema, objetivos, hipóteses, definição do marco teórico)”<sup>564</sup>. Não é o que ocorre neste trabalho, pois o problema, o objetivo geral, a hipótese e o marco teórico denotam uma investigação teórica. Quer-se construir, a partir de uma teoria processual de cariz democrático, uma compreensão de processo eleitoral que atenda à pretensão normativa que emana da CRFB.

Como pesquisa teórica, “prioriza a construção de esquemas conceituais específicos e utilizam-se [...] vários processos discursivos e argumentativos para o convencimento sobre a validade dos esquemas propostos”<sup>565</sup>. Esses esquemas conceituais, na matriz metodológica popperiana, são conjecturas teórico-problematizantes (testificáveis), que devem ser submetidas a testes de resistência.

---

<sup>563</sup> BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Ação Direta de Inconstitucionalidade 354/DF, Relator: Ministro Octavio Gallotti, Tribunal Pleno, Julgado em: 24 set. 1990, **DJ**, p. 23, Publicado em: 22 jun. 2001, **Ementário**, v. 2036-01, Voto do Ministro Celso de Mello.

<sup>564</sup> GUSTIN; DIAS, **(Re)pensando a pesquisa jurídica: teoria e prática**, p. 93. Mencione-se, em outra perspectiva, que R. K. YIN compreende o estudo de caso no quadro da pesquisa empírica somente quando não há clara definição dos limites entre o fenômeno e o contexto (YIN, R. K., **Estudo de caso: planejamento e métodos**, 3. ed. Porto Alegre: Bookman, 2005.). Na pesquisa proposta, esses limites são claros: o estudo da abordagem jurisprudencial do *processo eleitoral* constitui objetivo específico do trabalho, destinado a justificar a necessidade de teorização daquele.

<sup>565</sup> GUSTIN; DIAS, **(Re)pensando a pesquisa jurídica: teoria e prática**, p. 92.

Mas tratar-se de pesquisa teórica não significa reduzir a escrita a um exercício de erudição. Teorias são conjecturas que comandam a construção da ciência e da técnica. Uma hipótese formulada em uma pesquisa teórica é uma proposição destinada a aprimorar a ciência e a técnica. A fim de que essa proposição seja constantemente testificada, a pesquisa deve transitar entre as quatro partições do conhecimento: teoria, crítica, ciência e técnica.

Considerado o objeto da presente pesquisa, uma das maneiras de realizar esse trânsito é tomar a produção jurisprudencial em matéria eleitoral como dado primário, a ser submetido à crítica. Diferentemente do que ocorre em um estudo dogmático, as decisões não são tomadas como argumento da autoridade, mas, sim, como objeto de investigação. O objetivo é subsidiar a construção da tese, pela demonstração da existência do problema (ausência de demarcação teórico-argumentativa do processo eleitoral) e da relevância de seu enfrentamento (casuísmo de uma jurisprudência vulnerável a reclames morais de ocasião).

Assim, o estudo de caso é apresentado como incremento à contribuição científica, funcionando como *procedimento* para realização da pesquisa teórica, e, não, como *estratégia* autônoma capaz de caracterizar a pesquisa como pesquisa de campo (empírica).

O estudo de caso a seguir conduzido toma como objeto o conjunto das 11 decisões do tribunal pleno do STF que, a partir de 1988, enfrentaram, especificamente, a questão da incidência da regra da anualidade para impedir a vigência ou, após a ECR 4/1994, a aplicação de determinado ato (reputado) normativo em uma determinada eleição. Essa amostra foi definida ante a natureza qualitativa da análise objetivada, por verificar-se, após um inicial levantamento de dados de decisões também do TSE, que estas, em um total aproximado de 250<sup>566</sup>, forneceriam majoritariamente informações estatísticas, já que em sua maior parte apenas fazem remissão a definições do STF ou do próprio TSE quanto à aplicação da regra da anualidade.

São objetivos específicos do estudo de caso: a) investigar a utilização da expressão *processo eleitoral* na jurisprudência do STF após 1988; b) expor a variabilidade das concepções

---

<sup>566</sup> O levantamento dos dados na base do TSE foi efetuado a partir de quatro combinação de argumentos de busca: 1<sup>a</sup>) ““processo eleitoral” anualidade”; 2<sup>a</sup>) ““processo eleitoral” aplicação lei nova NAO anualidade”; 3<sup>a</sup>) ““processo eleitoral” NAO anualidade NAO aplicação” incluindo-se no campo próprio para indicação de dispositivo legal o art. 16 da Constituição de 1988; 4<sup>a</sup>) ““processo eleitoral” anterioridade NAO anualidade NAO aplicação”. Efetivada a busca conforme esses parâmetros, obteve-se, em 15/08/2017, a referida amostra de aproximadamente 250 decisões. Descartada a amostra pelas razões apontadas, não se atualizou o levantamento, ficando reservada para iniciativa futura a continuidade da pesquisa. Deve-se alertar, porém, para o fato de que o programa Processo Judicial Eletrônico (PJe) da Justiça Eleitoral, em implantação e aprimoramento, ainda não permite o levantamento de dados exigido pelo procedimento metodológico, pois não é possível fazer busca por argumentos de busca nos moldes propostos.

jurisprudenciais de *processo eleitoral*; c) conectar essa variabilidade à ausência de estabilização teórica do sentido de *processo eleitoral*; d) avaliar os impactos dessa variabilidade sobre a aplicação da regra da anualidade eleitoral.

Para tanto, opta-se pelo modelo de *Case Brief*, um “resumo condensado e conciso de uma decisão judicial”<sup>567</sup>, para exposição dos resultados qualitativamente relevantes. O estudo de caso desenvolvido sobre o *case brief* tem objetivo avaliativo<sup>568</sup>, pois permitirá mapear a oscilação da jurisprudência sobre o tema. A generalização dos resultados obtidos será possível dentro do recorte temporal indicado (1988-2018).

O método utilizado no estudo de caso foi adaptado, especialmente para esta pesquisa, a partir de debates junto ao grupo de Ensino em Pesquisa e Extensão da Fundação Getúlio Vargas (GEPI-FGV) para fins de coleta, filtragem e análise de dados em decisões judiciais catalogadas em bancos de dados dos tribunais<sup>569</sup>. A adaptação se deve ao fato de que o trabalho do GEPI, concluído em 2016, consistiu em pesquisa quantitativa, enquanto esta pesquisa de doutoramento demanda análise qualitativa. Para esse propósito, não é suficiente levantar os dados quanto ao número de ocorrências da expressão *processo eleitoral*; é preciso analisar a concepção dada à expressão e sua utilização no esquema hermenêutico dentro do qual deve aquela vincular as demais etapas da decisão.

A análise dos dados primários obedeceu às seguintes etapas:

- 1º. Indexação do julgado: ação; eleições a que se refere; indicação do Ministro autor do voto reputado vencedor e do resultado do julgamento (especificamente na questão da incidência da regra da anualidade eleitoral); data de julgamento; ato normativo questionado.
- 2º. Indicação da questão submetida a julgamento: trata-se, aqui, especificamente da questão relativa à incidência da regra da anualidade eleitoral. Ainda que existam outras questões suscitadas nas ações, não serão elas apresentadas ou referidas.
- 3º. Identificação das concepções de *processo eleitoral* constantes dos votos proferidos: preferencialmente, foram transcritas as asserções com as quais os

---

<sup>567</sup> Tradução do original em inglês: “a case brief is a condensed, concise outline-form summary of a court opinion.” (NORTHEASTERN UNIVERSITY COLLEGE OF PROFESSIONAL STUDIES, Guidelines for the case brief, In: **The Current Supreme Court Docket** (orientações da disciplina), Disponível em: <https://cps.northeastern.edu/files/syllabi/20182521051.pdf>, Acesso em: 22 jan. 2019.).

<sup>568</sup> GIL, Antônio Carlos, **Como elaborar projetos de pesquisa**, 4. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

<sup>569</sup> O método foi apresentado ao público em 16/09/2016, em evento disponível no canal Direito FGV, no Youtube: <https://www.youtube.com/watch?v=BV5nNr3Bu64&index=1&list=PLBFR-vj94HFH-zD4-AumJGQ6ELRMdy8g>, Acesso em: 15 out. 2016.

Ministros tenham procurado enunciar o sentido de *processo eleitoral*. Nem sempre, contudo, os votos estamparam asserções claras. Procurou-se, nesses casos, extrair a concepção das digressões apresentadas. Por fim, há casos em que os votos não tangenciam a questão, sequer indicando adesão à concepção exposta por outro Ministro. Por isso, optou-se por associar as concepções apenas aos votos nos quais elas foram enunciadas, independentemente de quantos Ministros tenham a ela expressa ou tacitamente aderido, e a agrupá-las como “voto vencedor e votos agregados”, quando tomados para a formação da maioria *decisora*, ainda que não perfaçam, em seu conjunto, um sentido unívoco (maioria *fundamentadora*)<sup>570</sup>.

- 4º. Aplicação dos indicadores: para um tratamento objetivo dos dados, que permita identificar a variabilidade das concepções de processo eleitoral, foram desenvolvidos indicadores, sob a forma de palavras-chave associadas aos enfoques presentes naquelas concepções ou na abordagem do voto. Para que um indicador seja assinalado em um julgamento, basta que aquele enfoque tenha sido utilizado por um dos julgadores. Ou seja, os indicadores não foram utilizados para medir o *número de julgadores* que, em um mesmo julgamento, adotaram determinado enfoque. Os indicadores são os seguintes:
- i. Sufrágio/soberania
  - ii. Moralidade/higidez
  - iii. Normas instrumentais/procedimentos
  - iv. Recorte temporal registro de candidatura-diplomação
  - v. Recorte temporal convenções eleitorais-diplomação

---

<sup>570</sup> Sobre a distinção entre a maioria decisora e a maioria fundamentadora, vale transcrever a seguinte explanação: “Na maioria decisora, o tribunal deve se preocupar em formar [...] e apresentar [...] um pronunciamento sobre o resultado da ação em julgamento – há unanimidade ou correntes vencedoras e vencidas. No STF, ele vem representado normalmente na parte dispositiva do acórdão, precedido da expressão ‘Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal em [...]’, indicando se o tribunal conheceu ou não da ação, e se a julgou procedente ou não. Na maioria fundamentadora, por outro lado, o tribunal deve se preocupar em formar [...] e apresentar [...] a fundamentação que embasará o resultado final, sendo tanto melhor quanto mais refletir os consensos e os dissensos da instituição como um todo. Não existe nos acórdãos uma parte que traga algo como um placar da fundamentação, embora a ementa pudesse ser o instrumento apto a traduzi-lo. Ao contrário do que ocorre em outros países, no Brasil essa maioria fundamentadora é aferida somente na corrente vencedora, que é a base para o pronunciamento do resultado final.” (KLAFKE, Guilherme Formá; PRETZEL, Bruna Romano, *Processo decisório no Supremo Tribunal Federal: aprofundando o diagnóstico das onze ilhas*, **Revista de Estudos Empíricos em Direito**, v. 1, n. 1, p. 89–104, 2014, p. 93.).

- vi. Recorte temporal fixação do domicílio e filiação partidária-diplomação
  - vii. Recorte temporal alistamento eleitoral-diplomação
- 5°. Identificação da *ratio decidendi*<sup>571</sup>: etapa de checagem da observância ao esquema hermenêutico exigido pelo art. 16 da CRFB, em função do qual a expectativa seria a de que a concepção prevalecente de *processo eleitoral* fosse tomada no julgamento para aferir se a lei nova promoveu ou não sua alteração. Como se verá, frequentemente essa expectativa não se concretizou, de modo que a concepção de *processo eleitoral* ficou relegada a *obiter dictum*.
- 6°. Apresentação da decisão: identificação da resolução dada à questão, após seu cotejo com a *ratio decidendi*; decisão do tribunal quanto à incidência ou não da regra da anualidade eleitoral, com consequente impacto sobre a vigência/aplicação da lei; exposição dos efeitos que decorreram da decisão.
- 7°. Identificação de aspectos problemáticos, relacionados à coerência *intradecisória* (i a iii) e à coerência *interdecisória* (iv e v):
- i. Ausência de demarcação do conceito de processo eleitoral como questão prejudicial, a ser resolvida pelo tribunal, à aferição da incidência da regra da anualidade eleitoral.
  - ii. Ausência de adoção de uma concepção de *processo eleitoral* como elemento da *ratio decidendi*.
  - iii. Ausência de adoção da conclusão quanto à alteração do processo eleitoral como elemento da *ratio decidendi*.
  - iv. Mudanças de entendimento de julgadores em relação a concepções de *processo eleitoral* expostas em julgamentos anteriores, ou manutenção da concepção com extração de consequências logicamente contraditórias, sem fundamentação específica para tanto.
  - v. Flutuação da *ratio decidendi* no histórico de decisões, sem enfrentamento argumentativo que fundamente a guinada da posição institucional.

---

<sup>571</sup> Em ligeira definição - adotada para os fins específicos desse estudo de caso, mas que será adiante problematizada -, a *ratio decidendi* corresponde às “razões determinantes para a decisão”. (MUNDIM, Luís Gustavo Reis, **Precedentes: da vinculação à democratização**, Belo Horizonte: D’Plácido, 2018, p. 114. Saliente-se que esse conceito é apresentado pelo autor, de modo apenas introdutório, dentro da linha prevalecente de estudo dos precedentes judiciais, que constituirá seu objeto de crítica.).

- 8°. Medição da variabilidade das concepções de *processo eleitoral* adotadas pelo STF: utilização dos indicadores para medir, ao longo dos anos, o comportamento do tribunal quando instado a se pronunciar sobre a incidência da anualidade eleitoral.
- 9°. Teste da hipótese de ausência de demarcação do conceito de processo eleitoral na jurisprudência do TSE: análise crítica dos dados e formulação de conjecturas para a sequência da pesquisa.

As primeiras seis etapas do procedimento serão apresentadas por meio do seguinte fichamento, aplicado a cada acórdão analisado:

Ação: <b>Classe e número indexados no tribunal</b>	Eleições: <b>ano</b>
<i>Voto vencedor</i> : autor do voto vencedor (na questão)	<i>Data do julgamento</i> : dia/mês/ano
<i>Resultado do julgamento</i> : unânime/por maioria, com indicação dos votos (na questão)	
<i>Ato normativo questionado</i> : ato ao qual se imputa a violação à regra da anualidade eleitoral.	
<i>Questão</i> : asserção com base na qual é requerida a aplicação da regra da anualidade eleitoral.	
<i>Concepção de processo eleitoral (voto vencedor e votos agregados)</i> : redução tão próxima quanto possível a uma asserção do tipo “processo eleitoral é...” (a concepção pode ser enunciada ou inferida).	
<i>Concepção de processo eleitoral (votos vencidos)</i> : redução tão próxima quanto possível a uma asserção do tipo “processo eleitoral é...” (a concepção pode ser enunciada ou inferida).	
<i>Palavras-chave</i> : aplicação dos indicadores adotados na pesquisa, aplicados a todas as concepções debatidas.	
<i>Ratio decidendi</i> : enunciação da interpretação jurídica adotada para resolver a questão.	
<i>Subsunção</i> : conclusão resultante do cotejo da questão com a <i>ratio decidendi</i> .	
<i>Decisão quanto à incidência da anualidade</i> : vigência/aplicação autorizada ou impedida.	
<i>Efeitos da decisão</i> : desdobramento resultante da vigência/aplicação ou não do ato questionado.	

Fonte: elaborado pela autora

Na sequência do fichamento, os resultados da sétima etapa serão expostos.

A última seção do presente subcapítulo contemplará a apresentação dos resultados da oitava etapa do procedimento, sob a forma de gráfico, e da nona etapa, que conclui o estudo de



caso situando os resultados obtidos na dimensão dos problemas de coerência *intra* e *interdecisória* agravados pelo modelo decisório *seriatim*, adotado no Brasil.

### 2.3.1 ADI 354/DF: vigência imediata de novas regras sobre apuração de votos (eleições 1990)

Ação: <b>ADI 354/DF</b> <sup>572</sup>	Eleições: <b>1990</b>
Voto vencedor: Octavio Gallotti (Relator)	Data do julgamento: 24/09/1990
<i>Resultado do julgamento:</i> por maioria, de 6 (Octavio Gallotti, Paulo Brossard, Célio Borja, Sydney Sanches, Moreira Alves, Néri da Silveira) a 5 (Marco Aurélio de Mello, Carlos Velloso, Celso de Mello, Sepúlveda Pertence, Aldir Passarinho).	
<i>Ato normativo questionado:</i> art. 2º da Lei 8.037, de 15/05/1990	
<i>Questão:</i> Vigência imediata da alteração dos arts. 176 e 177, CE: no preenchimento da cédula de votação, havendo discrepância entre o nome do candidato e o partido, voto, que na redação anterior era computado para o partido, passa a ser computado para o candidato.	
<i>Concepção de processo eleitoral (voto vencedor e agregados):</i>	
<ol style="list-style-type: none"> <li>1. Processo eleitoral é, em seu “aspecto mais sensível e peculiar”, a “competição”. (Octavio Gallotti)</li> <li>2. Processo eleitoral é distinto de direito eleitoral, devendo aquele ser entendido como direito processual e, não, direito eleitoral substantivo. (Paulo Brossard)</li> <li>3. Processo eleitoral “não abrange as normas eleitorais materiais que se relacionem com as eleições em qualquer de suas fases, mas apenas as normas eleitorais formais a ela referentes”. (Moreira Alves)</li> </ol>	
<i>Concepções de processo eleitoral (votos vencidos):</i>	
<ol style="list-style-type: none"> <li>4. “O processo eleitoral consiste numa série ou complexo de atos para a realização de uma finalidade, que é a realização da vontade do titular do poder - o povo - numa eleição; numa outra perspectiva, o processo eleitoral consiste num complexo de atos que visam a receber e transmitir a vontade do povo” que “tem por finalidade a preparação e a realização das eleições, a apuração de votos e a diplomação dos eleitos”. (Carlos Velloso)</li> <li>5. “Processo eleitoral, enquanto sucessão ordenada de atos e estágios causalmente vinculados entre si, supõe [...] a sua integral submissão a uma disciplina jurídica que, ao discriminar os momentos que o compõem, indica as fases em que ele se desenvolve: a) fase pré-eleitoral, que, iniciando-se com a realização das convenções partidárias e a escolha de candidaturas, estende-se até a propaganda eleitoral; b) fase eleitoral propriamente dita, que compreende o início, a realização e o encerramento da votação e c) fase pós-eleitoral, que principia com a apuração e contagem de votos e termina com a</li> </ol>	

<sup>572</sup> BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Ação Direta de Inconstitucionalidade 354/DF, Relator: Ministro Octavio Gallotti, Tribunal Pleno, Julgado em: 24 set. 1990, **DJ**, p. 23, Publicado em: 22 jun. 2001, **Ementário**, v. 2036-01. Todas as citações do quadro seguem essa referência.

<p>diplomação dos candidatos eleitos, bem assim dos seus respectivos suplentes.” (Celso de Mello)</p> <p>6. Processo eleitoral é “o mais importante e relevante dos processos estatais da democracia representativa, [...] que assim o é pela óbvia razão de que é ele a complexa disciplina normativa, nos Estados modernos, da dinâmica procedimental do exercício imediato da soberania popular, para a escolha de quem tomará, em nome do titular dessa soberania, as decisões políticas dela derivadas”. (Sepúlveda Pertence)</p> <p>7. “O processo eleitoral é um sistema: a influência recíproca de seus vários momentos é um dado essencial da caracterização do todo”. Consideradas as “inspirações finalísticas” da regra da anterioridade, o processo eleitoral deve “abranger, radicalmente, desde o alistamento dos eleitores e a habilitação dos partidos políticos à escolha dos candidatos, definindo assim todas as personagens do drama eleitoral; do registro dos candidatos à propaganda; da votação ao procedimento e aos critérios da apuração até o momento culminante da proclamação e da diplomação dos eleitos.” (Sepúlveda Pertence)</p> <p>8. Processo eleitoral não é “estritamente [...] simples instrumentação para realização das eleições e proclamação dos eleitos”, mas também compreende o sistema eleitoral, que tem “nos seus pontos mais precípuos [...] a apuração dos resultados das urnas”, e “tudo aquilo que disser com a verdade das urnas”. (Aldir Passarinho)</p>
<p><b>Palavras-chave:</b> <b>sufrágio/soberania; normas instrumentais/procedimento; competição/regras do jogo/isonomia; recorte temporal convenções-diplomação; recorte temporal alistamento-diplomação</b></p>
<p><i>Ratio decidendi:</i></p> <ol style="list-style-type: none"> <li>1. O processo eleitoral não abrange normas sobre apuração de votos, as quais se referem à interpretação da vontade já livremente manifestada pelo eleitor.</li> <li>2. A regra da anualidade eleitoral preserva a “correlação das forças políticas”.</li> <li>3. “Não estão em causa a captação ou a elaboração da vontade do eleitor, mas sua interpretação, até porque a imperfeição da manifestação dessa vontade (indicação de nome de candidato, acompanhada de Partido pelo qual não foi apresentado) não pode ser tida como consciente, para alcançar determinado resultado”.</li> </ol>
<p><i>Subsunção:</i></p> <p>A nova redação dos arts. 176 e 177 do CE, ao inverter a regra de aproveitamento do voto em caso de equívoco no preenchimento da cédula, não perfaz casuísmo destinado a interferir indevidamente no equilíbrio das forças políticas em uma determinada eleição.</p>
<p><i>Decisão quanto à incidência da regra da anualidade:</i></p> <p>Não incidência, acarretando vigência imediata da nova redação dos arts. 176 e 177 do CE, com aplicação às eleições de 1990.</p>
<p><i>Efeitos da decisão:</i></p> <p>Na apuração das eleições proporcionais de 1990, as cédulas que apresentaram discrepância entre o nome/número do candidato e o partido foram contabilizadas como voto para o candidato, e não mais para o partido.</p>

No albor da vigência da CRFB, a regra da anualidade eleitoral assinalava uma perspectiva de racionalização da legislação eleitoral. Aroldo Mota, em 1989, narra que o

regime autoritário fora pródigo em permitir ao “partido majoritário no Congresso Nacional [...] legislar, casuísticamente [sic], em seu benefício no ano eleitoral [...] para assegurar melhor vantagem para o grêmio [ARENA e depois PDS] na disputa política”<sup>573</sup>. Esperava o autor que, a partir de 1990, com a aplicação plena do art. 16, CRFB, fosse alcançada a “estabilidade na legislação eleitoral”, pois esta “não prejudica nenhum Partido e o processo eleitoral será altamente beneficiado pelo conhecimento antecipado de todas as regras e a longo prazo [...]”<sup>574</sup>.

Contudo, conforme se pode observar desde a primeira ocasião em que o STF se viu confrontado com o tema, a instabilidade atingiu a própria aplicação da regra da anualidade eleitoral.

Estava-se diante de lei que, inequivocamente, fora publicada após o marco temporal de um ano das eleições para os cargos de Governador, Senador e Deputado Federal, marcadas para 03/10/1990. À época, a redação original do art. 16 continha a imposição de *vacatio legis* de um ano à lei que alterasse o processo eleitoral. Mas o art. 2º da Lei 8.037/1990, que alterava artigos do CE sobre a apuração eleitoral previu sua entrada em vigor na data da publicação.

Previamente ao ajuizamento da ADI 354, o autor, Partido dos Trabalhadores, havia buscado, por meio de Consulta ao TSE, afastar a vigência da norma. Isso porque o tribunal, sem efetivar o cotejo do dispositivo legal de vigência imediata com o art. 16 da CRFB, editara a Resolução TSE 16.640/1990, que trouxe, dentre as “Instruções para a Apuração das Eleições” daquele ano, as regras novas. Porém, a Consulta não foi conhecida – o que já anunciava a *legitimação* da norma questionada por meio da dinâmica de imunização de atos estatais<sup>575</sup>.

No STF, não esteve ausente a percepção de que era necessário à decisão partir de uma concepção de *processo eleitoral*.

Já nos pareceres que instruíram a ação, a Procuradoria-Geral da República (PGR) buscou se pronunciar a respeito e, ao fazê-lo, não foi uníssona<sup>576</sup>.

O Procurador-Geral da República, atuando como representante jurídico da União, opinou pela improcedência do pedido. Esboçou um conceito de processo eleitoral, considerando ser este “constituído por uma série de operações, dentre elas o escrutínio, que consiste no recolhimento e apuração dos votos nas eleições, em forma a garantir o sigilo e a liberdade do

---

<sup>573</sup> MOTA, Aroldo, **O direito eleitoral na Constituição de 1988**, Fortaleza: [s.n.], 1989, p. 38.

<sup>574</sup> *Ibid.*

<sup>575</sup> BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Ação Direta de Inconstitucionalidade 354/DF, Relatório.

<sup>576</sup> A existência de dois pareceres da PGR nos mesmos autos decorre da inexistência, à época, da Advocacia-Geral da União, criada somente em 1993, pela LC 73.

voto”. Mas afirmou que “regras para dirimir dúvidas quanto à intenção do eleitor não fazem parte de qualquer fase ou etapa do processo eleitoral”<sup>577</sup>.

Por sua vez, o Vice-Procurador-Geral, em nome do Ministério Público Federal, defendeu a procedência do pedido, por compreender que o processo eleitoral corresponde às “regras do jogo eleitoral”, que abrangem “qualquer matéria que envolve a manifestação da vontade popular, nas eleições”<sup>578</sup>.

O voto de Relatoria foi menos preciso que os pareceres da PGR. O Ministro Octavio Gallotti optou por tratar do âmbito de incidência do art. 16 da CRFB, *sem indicar propriamente uma concepção de processo eleitoral*. Em suas palavras:

[...] a limitação nele instituída não se refere (ou não se restringe, pelo menos) à alteração de regras do processo, tomadas como sendo as de direito judiciário, ou seja, os meios ou instrumentos de composição das lides nas questões eleitorais.

Alcança a sucessão, o desenvolvimento e a evolução do fenômeno eleitoral, em suas diversas fases ou estágios, a começar pelo sistema partidário e a escolha de candidatos, passando pela propaganda, e pela organização do pleito propriamente dito, a culminar na apuração do resultado.

Fundamenta-se, por outro lado, no ideal da isonomia e na suspeita da parcialidade das normas eleitorais elaboradas quando já esboçado o balanço das forças políticas empenhadas no pleito que se aproxima.<sup>579</sup>

A influência da teoria do processo como relação jurídica é tão notável quanto naturalizada no voto. Sem assumir filiação a tal teoria, o Relator adere à noção de procedimento como manifestação extrínseca do processo e à ideia de que as regras processuais devam ser interpretadas (e flexibilizadas) por critérios teleológicos. É desse modo que, mesmo na incerteza de fazer incluir as “regras do processo”, do “direito judiciário” no âmbito do art. 16 da CRFB, mostra-se seguro em considerar que cabe ao juiz, na aplicação da regra de estabilização do processo eleitoral, avaliar se essa aplicação convém à realização de escopos metajurídicos – no caso, o “ideal de isonomia” entre candidatos<sup>580</sup>.

É assim que, *mesmo afirmando que a apuração do resultado é o momento culminante alcançado pelo art. 16 da CRFB*, formula uma *ratio decidendi* que, sem aderência à concepção de processo eleitoral por ele mesmo esboçada, conduz à conclusão de que as novas regras sobre

<sup>577</sup> BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Ação Direta de Inconstitucionalidade 354/DF, Relatório.

<sup>578</sup> *Ibid.*

<sup>579</sup> BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Ação Direta de Inconstitucionalidade 354/DF, Voto do Ministro Octavio Gallotti.

<sup>580</sup> *Ibid.*

apuração das eleições podem entrar em vigor ainda que publicadas sem a antecedência mínima de um ano em relação às eleições.

Outro aspecto problemático da fundamentação do voto tem raiz orgânica: três Ministros do TSE são oriundos, por empréstimo, dos quadros do STF, o que faz com que possam se considerar pessoalmente implicados na construção de decisões questionadas perante o STF.

O Ministro Octavio Gallotti expressamente indicou que participou da aprovação, unânime, da Resolução TSE 16.640/1990, quando considerou “que não era constitucionalmente vedada a vigência imediata” da Lei 8.037/1990<sup>581</sup>. Transcreveu trecho daquela deliberação no qual alegado que as regras sobre cômputo de votos referem-se a *procedimento administrativo* da Justiça Eleitoral e, como tal, não causa *desequilíbrio* à posição dos competidores. Porém, não argumentou de que modo esse raciocínio poderia se sustentar, ainda, ante a argumentação do autor da ação, que alegava a existência de *desequilíbrio* em benefício de “partidos sem substância [e] em prejuízo dos dotados de conteúdo programático”<sup>582</sup>.

Essa linha de atuação acarreta a interdição do diálogo processual, uma vez que a ele comparecem juízes que não apenas já se pronunciaram sobre a questão jurídica, mas que se valem das concepções *prévias ao ajuizamento da ação* como se fossem fundamento bastante em si. Há aí uma incompreensão da ideia de julgamento *coerente*, pois este é reduzido à reprodução do entendimento com desconsideração dos argumentos *posteriores* com os quais tal entendimento é confrontado. É o que fica ainda mais claro ante o voto do Ministro Célio Borja, que se limita a dizer: “como subscrevi a Resolução que o TSE perfilha materialmente a regra, meu voto, nas circunstâncias, é acompanhando o eminente Ministro Relator, registrando, porém, que a tese, a meu ver, comportaria outras considerações.”<sup>583</sup>

Coube ao Ministro Marco Aurélio de Mello, como viria a ocorrer em outros julgamentos, denunciar a inobservância de limites linguísticos de termos utilizados nos votos. Ainda que sem explicitar concepção de *processo eleitoral*, tomou as considerações do próprio Relator, que situara a apuração de votos no âmbito de incidência do art. 16 da CRFB, para pontuar que a alteração recaiu sobre dispositivos legais da seção *Da contagem de votos*, do

---

<sup>581</sup> *Ibid.*

<sup>582</sup> BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Ação Direta de Inconstitucionalidade 354/DF, Relatório.

<sup>583</sup> BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Ação Direta de Inconstitucionalidade 354/DF, Voto do Ministro Célio Borja.

Título *Da apuração*, do Código Eleitoral, de modo que a repercussão sobre o processo eleitoral não poderia ser ignorada<sup>584</sup>.

Mas é Celso de Mello quem, efetivamente, se dedica a elaborar uma concepção de processo eleitoral, o que fez após assinalar a existência da relação de prejudicialidade a vincular a decisão sobre a incidência da regra da anterioridade.

Seu conceito de processos eleitoral como “sucessão ordenada de atos e estágios causalmente vinculados entre si” também é balizado pela teoria do processo como decisão jurídica. A compreensão do processo como instrumento da atuação estatal é explícita:

A definição de processo eleitoral - e dos atos que o compõem - está associada, de certa maneira, ao conteúdo da competência atribuída *ratione materiae* à própria Justiça Eleitoral, por isso mesmo inextensível a situações outras que extrapolem o momento procedimental que assinala a fase de encerramento das atividades inerentes aos órgão integrantes daquele ramo especializado do Poder Judiciário [...], a expedição do diploma, momento que se exaurem as atribuições jurisdicionais dessa Justiça Especializada [...], ressalvada a hipótese constitucional concernente à ação de impugnação de mandato eletivo<sup>585</sup>.

Ainda que, na ADI 354, tenha restado vencido, é Celso de Mello quem viria a demarcar, de modo decisivo, os debates futuros do STF sobre o art. 16 da CRFB. É ele quem, a partir de uma racionalidade procedimental, decompõe o *processo eleitoral* em *fases*, que correspondem a *recortes temporais*. A relevância do aspecto cronológico ressaí da escolha de verbos – *iniciar, estender-se, terminar* – e permite visualizar o percurso do *iter* procedimental no qual se dilui a noção de processo, desde as convenções partidárias até a diplomação dos candidatos eleitos e dos suplentes.

Há, sem dúvida, um esforço de racionalização nesse conceito, especialmente no ponto em que o Ministro afirma que a vinculação causal entre as fases do procedimento “supõe [...] a sua integral submissão a uma disciplina jurídica”, o que o leva a concluir que as regras sobre apuração de votos não possam ser excluídas da abrangência dessa disciplina apenas porque aplicadas em um momento no qual já concluída a votação<sup>586</sup>.

---

<sup>584</sup> BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Ação Direta de Inconstitucionalidade 354/DF, Voto do Ministro Marco Aurélio de Mello.

<sup>585</sup> BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Ação Direta de Inconstitucionalidade 354/DF, Voto do Ministro Celso de Mello.

<sup>586</sup> *Ibid.*

Alinhou-se a essa orientação o Ministro Sepúlveda Pertence, ainda que não se valendo do rigor hermenêutico de Celso de Mello. Seu voto adota a metáfora das *regras do jogo*<sup>587</sup>, que viria a ser reiteradamente invocada nos sucessivos julgados pelos que optaram pelo enfoque da isonomia, por sua vez associado a uma ideia ampla de *devido processo legal*. Um acréscimo relevante diz respeito à menção de que devam ser considerados, no âmbito do *processo eleitoral*, todos os procedimentos que definem “as personagens do drama eleitoral”: alistamento dos eleitores, habilitação dos partidos políticos e escolha dos candidatos<sup>588</sup>.

Assim, o art. 16 da CRFB “é essencial à aspiração de segurança e isonomia, que estão subjacentes à ideia qualificada de processo, como do devido processo legal”, uma vez que combate o casuísmo, mecanismo pelo qual “os detentores do Poder têm abusado da forma da lei para impor mudanças nas regras do jogo depois que os fatos da vida política tornam previsível o desfecho, contrário aos seus interesses”.

O Ministro Sydney Sanches apresenta um dos votos agregados ao voto do Relator para compor a maioria decisora. Sua abordagem é, contudo, estritamente moral, uma vez que pauta a aplicabilidade do art. 16 da CRFB não pela alteração objetiva do processo eleitoral, mas pela avaliação subjetiva dessa alteração. Afirma, então, que:

[...] o objetivo da norma constitucional foi evitar expedientes condenáveis que procuravam alijar candidaturas e partidos, em favor de outros. Não há de ter sido seu propósito impedir alterações louváveis na legislação eleitoral durante o ano da campanha.<sup>589</sup>

A ilustrar o problema do solipsismo nas decisões judiciais, essas asserções foram apresentadas após o Ministro Sydney Sanches relatar que *constatou, em eleições passadas*, “manobras maliciosas”, praticadas por “militantes, na boca de urna”, para convencer eleitores a preencher as cédulas mantendo o candidato de sua preferência mas fazendo incluir, também, a legenda do partido daqueles<sup>590</sup>.

A narrativa do episódio provocou a manifestação do Ministro Sepúlveda Pertence, em aparte, no qual assinalada sua discordância “com a premissa de que haja casuísmos condenáveis

---

<sup>587</sup> BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Ação Direta de Inconstitucionalidade 354/DF, Voto do Ministro Sepúlveda Pertence. O Ministro afirma que não é o bastante para o processo eleitoral, “que o jogo possua regras”, sendo exigível que estas sejam “prévias à apresentação dos contendores e ao desenvolvimento da disputa e, portanto, imutáveis, até sua decisão”.

<sup>588</sup> *Ibid.*

<sup>589</sup> BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Ação Direta de Inconstitucionalidade 354/DF, Voto do Ministro Sydney Sanches.

<sup>590</sup> *Ibid.*

e não condenáveis” pois, apenas, “a Constituição não quis casuísmos”<sup>591</sup>. A resposta do Ministro Sydney Sanches leva a fundamentação ainda mais para longe da questão objetiva posta no art. 16 da CRFB: “permite até o casuísmo, se for com mais de um ano de antecedência. Então, não foi o casuísmo que a Constituição quis eliminar, mas, sim, a quebra da ética do processo eleitoral.”<sup>592</sup>

O Ministro Moreira Alves agrega à corrente vencedora razões histórico-dogmáticas. Aponta que as Constituições de 1891 e 1934 traziam capítulos, sobre o *processo eleitoral*, que abrangia apenas a votação, sem tratar da apuração. Firme na distinção entre *processo de eleição* e *processo de apuração*, considera que “processo eleitoral é expressão que não abarca, por mais amplo que seja o sentido que se lhe dê, todo o direito eleitoral, mas apenas o conjunto de atos que estão diretamente ligados às eleições”<sup>593</sup>. Há ainda menção a um recorte temporal, entre a apresentação de candidaturas e a diplomação, mas apenas para nela efetuar mais uma incisão restritiva do alcance do art. 16 da CRFB: “são apenas as normas instrumentais relativas às eleições, e não as normas materiais que a elas de alguma forma se prendam”<sup>594</sup>.

O decisivo voto, para desempate da questão quanto à incidência ou não da regra da anualidade eleitoral coube ao Ministro Néri da Silveira. Por ele foram apresentadas três considerações destinadas a afastar a incidência do art. 16 da CRFB: i) o Título V do Código Eleitoral, no qual estão os arts. 176 e 177, não trata de processo eleitoral, “trata de outra matéria do âmbito do direito eleitoral”; ii) o art. 16 da CRFB permite que mesmo “regras relativas à matéria de votação e de apuração de resultados possa[m] ser disciplinadas por lei no ano das eleições, desde que não se cuide de norma de natureza adjetiva, norma que regule procedimento de realização da eleição”; iii) a alteração da lei “não se destina ao eleitor, mas, sim, àquele que apura o resultado”<sup>595</sup>, pois abrange regras “meramente de interpretação da vontade do eleitor, interpretação do sufrágio que o eleitor depositou nas urnas”<sup>596</sup>.

---

<sup>591</sup> BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Ação Direta de Inconstitucionalidade 354/DF, debates orais.

<sup>592</sup> *Ibid.*

<sup>593</sup> BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Ação Direta de Inconstitucionalidade 354/DF, Voto do Ministro Moreira Alves.

<sup>594</sup> *Ibid.*

<sup>595</sup> Sobre sua compreensão de que o eleitor não é, de qualquer modo, impactado pela mudança da regra sobre como será aproveitado seu voto em caso de preenchimento equivocado da cédula, disse o Ministro Néri da Silveira: “o eleitor assinalará na cédula eleitoral como entender, de acordo com o seu esclarecimento e as possibilidades que tiver – assim se sucede com o analfabeto ou com o deficiente visual.”

<sup>596</sup> BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Ação Direta de Inconstitucionalidade 354/DF, Voto do Ministro Néri da Silveira.



Com essas considerações tópicas feitas pelo Presidente do STF, definiu-se o placar de 6 a 5 em favor da não incidência da regra da anualidade. Contudo, passou o tribunal ao largo de estabelecer uma concepção de *processo eleitoral* como balizadora da decisão. A pergunta “o que cabe no substantivo ‘processo’?”, direta e bem colocada por Eneida Desiree Salgado<sup>597</sup>, não encontrou uma resposta contundente.

Não é, portanto, acidental – mas, antes, sintomático – que a expressão *processo eleitoral* e seu significado tenham sido completamente omitidos da ementa do julgado. A opção foi por uma fórmula dogmática – “não infringe o disposto no art. 16 da Constituição de 1988 a cláusula de vigência imediata constante do art. 2º da Lei nº 8.037, de 25 de maio de 1990, que introduziu na legislação eleitoral normas relativas a apuração de votos”<sup>598</sup> –, que não revela os fundamentos decisórios, mas apenas enuncia o juízo da autoridade.

---

<sup>597</sup> SALGADO, **Princípios constitucionais eleitorais**, p. 240.

<sup>598</sup> BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Ação Direta de Inconstitucionalidade 354/DF, Ementa.

## 2.3.2 RE 129.392/DF: vigência imediata da LC 64/90 (eleições 1990)

Ação: <b>RE 129.392/DF</b> <sup>599</sup>	Eleições: <b>1990</b>
Voto vencedor: Paulo Brossard <sup>600</sup>	Data do julgamento: 17/06/1992
<i>Resultado do julgamento:</i> por maioria, de 6 (Paulo Brossard, Célio Borja, Octavio Gallotti, Sydney Sanches, Moreira Alves e Néri da Silveira) a 5 (Sepúlveda Pertence, Marco Aurélio de Mello, Carlos Velloso, Celso de Mello e Aldir Passarinho).	
<i>Ato normativo questionado:</i> art. 27 da LC 64, de 18/05/1990.	
<i>Questão:</i> Vigência imediata da nova Lei das Inelegibilidades, publicada a menos de um ano da eleição de 1990.	
<i>Concepção de processo eleitoral (voto vencedor e agregados):</i>	
<ol style="list-style-type: none"> <li>1. Processo eleitoral é distinto de direito eleitoral, devendo aquele ser entendido como direito processual e, não, direito eleitoral substantivo. As regras sobre inelegibilidade não estão excluídas do processo eleitoral. (Paulo Brossard – repete concepção apresentada na ADI 354; afirma que ela abrange as regras sobre inelegibilidade)</li> <li>2. Processo eleitoral “se compõe de procedimentos que visam à realização das diferentes fases do pleito eleitoral, desde o alistamento até a apuração dos resultados e diplomação dos eleitos”, no qual “não se comporta” a inelegibilidade, que é “assunto de índole constitucional” (Néri da Silveira – altera o enfoque apresentado na ADI 354, aproximando-se do adotado por Sepúlveda Pertence na ocasião; não apresenta fundamentação específica; exclui as regras sobre inelegibilidade do âmbito do processo eleitoral)</li> </ol>	
<i>Concepções de processo eleitoral (votos vencidos):</i>	
<ol style="list-style-type: none"> <li>3. “Processo eleitoral, enquanto sucessão ordenada de atos e estágios causalmente vinculados entre si, supõe [...] a sua integral submissão a uma disciplina jurídica que, ao discriminar os momentos que o compõem, indica as fases em que ele se desenvolve: a) fase pré-eleitoral, que, iniciando-se com a realização das convenções partidárias e a escolha de candidaturas, estende-se até a propaganda eleitoral; b) fase eleitoral propriamente dita, que compreende o início, a realização e o encerramento da votação e c) fase pós-eleitoral, que principia com a apuração e contagem de votos e termina com a diplomação dos candidatos eleitos, bem assim dos seus respectivos suplentes.” (Celso de Mello – repete concepção apresentada na ADI 354)</li> <li>4. Processo eleitoral não abrange apenas a "forma processual, a forma adjetiva, mas tinha um sentido amplo, envolvendo todo o sistema de eleições.” (Aldir Passarinho – mantém enfoque adotado na ADI 354)</li> </ol>	

<sup>599</sup> BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Recurso Extraordinário 129.392/DF, Tribunal Pleno, Relator: Ministro Sepúlveda Pertence, Julgado em: 17 jun. 1992, **DJ**, Publicado em: 16 abr. 1993; **Ementário**, v. 1699-5, p. 867-940. Todas as citações do quadro seguem essa referência.

<sup>600</sup> O Relator, Ministro Sepúlveda Pertence, foi vencido na questão. Permaneceu, contudo, como redator do acórdão, uma vez que, na sequência do julgamento Recurso Extraordinário, seu voto conduziu a maioria vencedora.

**Palavras-chave: sufrágio/soberania; moralidade/higidez; competição/regras do jogo/isonomia; normas instrumentais/procedimento; recorte temporal alistamento-diplomação**

*Ratio decidendi:*

1. A alteração do processo eleitoral, em função do advento de nova Lei de Inelegibilidades, somente se consuma caso verificada a recepção da lei anterior (LC 5/70) pela Constituição de 1988.
2. O art. 16 da CRFB não pode ser invocado para negar aplicabilidade imediata a outros preceitos da própria Constituição e deixar um “vazio legislativo, sem cujo suprimento as eleições não poderiam se desenvolver de forma regular”.

*Subsunção:*

“A LC 64/90 instaurou um novo e complementar sistema normativo de inelegibilidades exigido pela recém-promulgada Constituição de 1988 (art. 14, § 9º e art. 37), não se tratando, portanto, de alteração do regime anterior de inelegibilidades, definido pela LC 5/70.”

*Decisão quanto à incidência da regra da anualidade:*

Não incidência, acarretando a vigência imediata da LC 64/90, com aplicação às eleições de 1990.

*Efeitos da decisão:*

Indeferimento de registros de candidatura com fundamento em novas causas de inelegibilidade criadas pela LC 64/90, em especial aos “que tiverem suas contas relativas ao exercício de cargos ou funções públicas rejeitadas por irregularidade insanável e por decisão irrecorrível do órgão competente” (art. 1º, I, g, LC 64/90).

Ainda em 1990, ano em que se realizaram as primeiras eleições para os cargos de Governador, Senador e Deputados Federais e Estaduais sob vigência da CR/88, o STF foi provocado uma segunda vez a pronunciar-se sobre a regra da anualidade.

Diferentemente da ADI 354, o questionamento, nesse caso, chegou àquele Tribunal como controle difuso de constitucionalidade, por iniciativa de um cidadão que buscava reformar a decisão de indeferimento de sua candidatura, no bojo do RE 129392/DF. O indeferimento havia sido fundamentado na incidência da causa de inelegibilidade da alínea g, do inciso I, do art. 1º, da LC 64/90<sup>601</sup> – a nova Lei das Inelegibilidades, publicada em 18/05/1990.

<sup>601</sup> Em sua redação original, o dispositivo considerava inelegíveis “os que tiverem suas contas relativas ao exercício de cargos ou funções públicas rejeitadas por irregularidade insanável e por decisão irrecorrível do órgão competente, salvo se a questão houver sido ou estiver sendo submetida à apreciação do Poder Judiciário, para as eleições que se realizarem nos 5 (cinco) anos seguintes, contados a partir da data da decisão”. (BRASIL, Lei das Inelegibilidades, Lei Complementar 64, de 18 de maio de 1990, Estabelece, de acordo com o art. 14, § 9º da Constituição Federal, casos de inelegibilidade, prazos de cessação, e determina outras providências, **D.O.**, 21 maio 1990, p. 9.591, col. 1, art. 1º, I, g.).

A celeuma em torno da vigência da LC 64/90, publicada a menos de um ano da eleição marcada para 03/10/1990, se origina do art. 27, que dispõe que “esta lei complementar entra em vigor na data de sua publicação”<sup>602</sup>.

A disposição foi questionada no I Seminário Brasileiro sobre Direito Eleitoral, realizado na cidade de Porto Alegre/RS, em 25/05/1990. Relata Fávila Ribeiro que, nos debates do evento, “prevaleceu o entendimento em que a Lei Complementar destinada a disciplinar as inelegibilidades, recentemente editada, é inaplicável pelo prazo de 1 (um) ano, a partir de sua promulgação, em virtude da peremptória vedação do art. 16 da vigente Constituição Federal”, de modo que “persiste assim em vigor, com indiscutível eficácia, a Lei Complementar nº 5, que disciplina as inelegibilidades.”<sup>603</sup>

Porém, o TSE, instado pela CTA 11.173 a dizer em que data entraria a citada lei em vigor, “face ao artigo 16 da Constituição Federal”, editou em 31/05/1990 a Resolução TSE 16.551, da qual constou a determinação de “aplicação imediata”, ao fundamento de que “o estabelecimento, por lei complementar, de outros casos de inelegibilidade, além dos diretamente previstos na Constituição, é exigido pelo art. 14, §9º desta e não configura alteração do processo eleitoral, vedada pelo art. 16 da mesma Carta.”<sup>604</sup>

Assim, quando a questão chegou ao STF, por meio de recurso contra decisão que admitira a vigência da LC 64/90, havia um debate esboçado que não perpassava propriamente a demarcação do processo eleitoral, mas a validação teleológica da implementação do art. 14, §9º, da CRFB.

O Relator do RE129.392/DF, Ministro Sepúlveda Pertence, chegou a iniciar sua argumentação buscando o diálogo com a decisão da ADI 354. Reconheceu que a concepção de processo eleitoral que apresentou na ocasião não foi acatada, mas, *considerando aquela que havia prevalecido*, o regime de inelegibilidades não pode ser excluído do alcance da regra da anualidade eleitoral, já que se tratava de “um dos campos de eleição dos abusos casuísticos de ordem pretérita, que a inovação do art. 16 buscou obviar para impor uma relativa estabilidade às regras do jogo eleitoral, essencial à higidez da democracia representativa”<sup>605</sup>.

---

<sup>602</sup> BRASIL, Lei das Inelegibilidades, art. 27.

<sup>603</sup> RIBEIRO, **Pressupostos constitucionais do direito eleitoral: no caminho da sociedade participativa**, p. 138.

<sup>604</sup> BRASIL, Tribunal Superior Eleitoral, Consulta 11.173/DF (Resolução 16.551, de 31 de maio de 1990), Relator: Ministro Octávio Gallotti, **DJ**, Publicado em: 09 jul. 1990, p. 6633.

<sup>605</sup> BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Recurso Extraordinário 129.392/DF, Voto do Ministro Sepúlveda Pertence.

Porém, o próprio Relator cedeu ao desvio hermenêutico que conduziu o julgamento do caso no TSE, ao colocar em relevo que “alterar o processo eleitoral pressupõe por definições que, no âmbito da alteração, já houve disciplina normativa íntegra, completa: só se pode alterar algo que preexista à alteração”<sup>606</sup>. Com essa consideração, embora admitindo que o regime de inelegibilidades integra o processo eleitoral, Pertence atribuiu relevância a uma distinção entre *alteração* e *complementação* do processo eleitoral.

A conclusão ficou a depender de se estabelecer se a LC 5/70, anterior Lei das Inelegibilidades, havia sido ou não recepcionada pela CRFB. Em caso afirmativo, haveria *alteração* do processo eleitoral e a regra da anualidade impediria a vigência imediata da LC 64/90; em caso negativo, a nova lei emanaria da determinação do art. 14, §9º, CRFB, tida por *compulsória*, de criação por lei de causas de inelegibilidade<sup>607</sup>.

Pode-se apontar o equívoco desse esquema decisório mesmo tomada a concepção de processo eleitoral sustentada como premissa. Sob a diretriz de preservação das “regras do jogo”, admitido que inexistisse um regime infraconstitucional de inelegibilidades, qualquer novo impedimento à candidatura inevitavelmente representaria uma alteração do *processo eleitoral*, eis que já não seria este como era antes do advento da lei nova. Se lei alguma houvesse sido promulgada e supondo-se que viesse a LC 5/70 a ser considerada revogada pela CRFB – o que, todavia, seria discrepante da tolerância do próprio STF à legislação anterior a 1988<sup>608</sup> –, a eleição se faria considerando-se como causas de inelegibilidade somente aquelas previstas na Constituição.

---

<sup>606</sup> *Ibid.*

<sup>607</sup> *Ibid.* Sepúlveda Pertence destacou que a “fórmula de duplicação de fontes normativas da inelegibilidade” foi adotada desde a EC 14/65, mas, no caso da CRFB, abandonou-se sua utilização para “ampliação facultativa das inelegibilidades” e previu-se “em termos compulsórios”, que “lei complementar estabelecerá outros casos de inelegibilidade”, havendo uma “típica e imperativa ordem de legislação” dirigida ao legislador que lhe impõe “o dever de complementar ou integrar no ponto, a enumeração constitucional das inelegibilidades, declarada propositalmente incompleta”.

<sup>608</sup> Em seu voto, o Ministro Aldir Passarinho destacou que a LC 5/70 vinha sendo aplicada pelo TSE sem dificuldade, contando aquela, inclusive, parâmetros específicos para proteger a moralidade administrativa. Observou ainda que, para se considerar a lei complementar referida no art. 14, §9º, CRFB fora do âmbito de incidência da regra da anualidade, o ADCT teria que conter disposição específica a respeito. (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Recurso Extraordinário 129.392/DF, voto do Ministro Aldir Passarinho.). Observa-se que uma ressalva desse tipo foi feita em relação às eleições presidenciais de 1989: “A primeira eleição para Presidente da República após a promulgação da Constituição será realizada no dia 15 de novembro de 1989, *não se lhe aplicando o disposto no art. 16 da Constituição.*” (BRASIL, Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, art. 4º, §1º.). Nem mesmo assim, houve a promulgação de nova Lei de Inelegibilidades que a ela fosse aplicada. As eleições de 1989 transcorreram sem discussão quanto ao risco de que a *incompletude* do art. 14, §9º, àquela altura, inviabilizasse a eleição.

Não obstante, foi dentro desse esquema que se produziu o acórdão, constando da ementa a “prevalência da tese, já vitoriosa no TSE, de que, cuidando-se de diploma exigido pelo art. 14, §9º, da Carta Magna, para complementar o regime constitucional de inelegibilidades, à sua vigência imediata não se pode opor o art. 16 da mesma Constituição”<sup>609</sup>.

Claramente aderiram a essa posição os Ministros Célio Borja<sup>610</sup>, Octávio Gallotti<sup>611</sup>: e Sydney Sanches<sup>612</sup>. Os três Ministros compunham o TSE quando do julgamento do recurso interposto em face do indeferimento do registro de candidatura pelo TRE/SE.

Mas a maioria decisora do julgamento do RE 129.392/DF não apenas se deteve sobre definir se a LC 5/70 foi revogada ou recepcionada pela CRFB, de modo que resultado do julgamento se deu por agregação do dispositivo proclamado nos votos e, não, pelo acertamento da tese jurídica por uma maioria fundamentadora.

O Ministro Paulo Brossard, efetivamente o primeiro a votar pela não incidência da regra da anualidade, reiterou a distinção que havia feito na ADI 354 entre *direito eleitoral e processo eleitoral*, reconhecendo, todavia, que a inelegibilidade – ao contrário da apuração da votação – se insere no âmbito do processo eleitoral.

Contudo, ao contrário do percurso lógico que adotou naquele anterior julgamento, definir se a nova lei alterava ou não o processo eleitoral não assentou a premissa de seu voto. Em uma guinada interpretativa, Brossard deteve-se sobre o conteúdo específico da alínea g do inciso I do art. 1º da LC 64/90. Por considerar que a matéria ali disposta era atinente à improbidade administrativa, concluiu que o art. 16 da CRFB não poderia limitar seu alcance, já que “a hipótese da improbidade administrativa não está na dependência da lei complementar”,

---

<sup>609</sup> BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Recurso Extraordinário 129.392/DF, ementa.

<sup>610</sup> Borja que se limitou a fazer remissão ao voto dado no TSE no caso em julgamento, quando acompanhou o Ministro Octávio Gallotti no afastamento da regra da anualidade eleitoral, assegurando que havia “precedente da Corte e, nele, por maioria, decidiu-se assim”. (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Recurso Extraordinário 129.392/DF, voto do Ministro Célio Borja.). A última menção parece dirigida à ADI 354, mas não veio acompanhada de cotejo analítico que indicasse como aquela *ratio decidendi* – no sentido de que regras sobre *apuração da votação* eram estranhas ao processo eleitoral – poderia ser transportada para permitir concluir que a criação de causas de inelegibilidade tampouco integram o processo eleitoral.

<sup>611</sup> Para Gallotti, a LC 64/90 não pode “ser considerada como uma alteração indevida do processo eleitoral, mas, ao contrário como o preenchimento de um vazio, sem cujo suprimimento não se poderia desenvolver, normalmente, aquele processo”. (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Recurso Extraordinário 129.392/DF, voto do Ministro Octávio Gallotti.).

<sup>612</sup> Segundo o Ministro, a invocação do art. 16 da CRFB não pode “afastar a implantação do sistema de proteção à lisura das eleições que a Lei Complementar n. 64 visou alcançar”, pois, “se assim não for, haverá uma profunda alteração no resultado dessa eleição”. (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Recurso Extraordinário 129.392/DF, voto do Ministro Sydney Sanches.).

mas tem sua “ideia matriz [...] na Constituição; segundo esta a improbidade administrativa gera inelegibilidade”<sup>613</sup>.

Inferese do voto alguma confusão entre a inelegibilidade e a suspensão de direitos políticos prevista no art. 15, V, CRFB, bem como entre a condenação em ação de improbidade administrativa e a rejeição de contas por órgão integrante do Poder Legislativo. Deve-se destacar que, entre as datas de julgamento no TSE e no STF, foi publicada a Lei de Improbidade Administrativa – Lei 8.429, de 02/06/1992. Todavia, a definição legal dos atos de improbidade, sanções aplicáveis e procedimento legal para imposição destas não foi tomada em consideração para esclarecer que a Lei de Inelegibilidades não era uma Lei de Improbidade e que a rejeição de contas públicas não equivalia à condenação por ato de improbidade.

Enquanto a magnitude do regime de inelegibilidades e mesmo da improbidade administrativa se alargava no julgamento do RE 129.392/DF, reduzia-se a do processo eleitoral, ao ponto de sugerir-se sua não pertinência à Constituição. É o que resulta do voto do Ministro Néri da Silveira, para quem a inelegibilidade é “assunto de índole constitucional” que “não se comporta [...] no simples âmbito do processo eleitoral, enquanto este se compõe de procedimentos que visam à realização das diferentes fases do pleito eleitoral, desde o alistamento até a apuração dos resultados e diplomação dos eleitos”<sup>614</sup>.

Somou-se ainda aos votos vencedores a manifestação do Ministro Moreira Alves, no sentido de que o art. 16 da CRFB “visa, apenas, impedir mudanças abusivas do processo eleitoral que se faziam pouco antes de cada eleição”, o que, em seu entendimento, não ocorreu com a LC 64/90<sup>615</sup>.

O esforço em reconduzir a aplicação da regra da anualidade eleitoral a seu balizamento constitucional pelo *processo eleitoral* ficou restrito aos Ministros Celso de Mello<sup>616</sup>, Aldir

---

<sup>613</sup> BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Recurso Extraordinário 129.392/DF, voto do Ministro Paulo Brossard.

<sup>614</sup> BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Recurso Extraordinário 129.392/DF, voto do Ministro Néri da Silveira.

<sup>615</sup> BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Recurso Extraordinário 129.392/DF, voto do Ministro Moreira Alves.

<sup>616</sup> Celso de Mello reiterou toda a argumentação que havia apresentado na ADI 354, insistindo na afirmação de que definir o conceito de *processo eleitoral* era premissa para aferir a inobservância da regra da anualidade. (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Recurso Extraordinário 129.392/DF, voto do Ministro Celso de Mello.).

Passarinho<sup>617</sup> e, em menor grau, Marco Aurélio<sup>618</sup>. Na parte dispositiva, foram eles vencidos, juntamente com o Relator e o Ministro Carlos Velloso, que se pautaram pela premissa de que a LC 5/70 se encontrava em vigor, recepcionada pela CRFB, até o advento da LC 64/90.

Ao final dessa segunda oportunidade em que o STF se pronunciou sobre a aplicação do art. 16 da CRFB, a pretensão normativa do *processo eleitoral* se viu ainda mais esvaziada que no julgamento da ADI 354.

### 2.3.3 ADI 733/MG: criação de novos Municípios em ano eleitoral (eleições 1992)

Ação: <b>ADI 733/MG</b> <sup>619</sup>	Eleições: <b>1992</b>
Voto vencedor: Sepúlveda Pertence (Relator)	Data do julgamento: 17/06/1992
<i>Resultado do julgamento:</i> por maioria, de 7 (Sepúlveda Pertence, Carlos Velloso, Celso de Mello, Octavio Gallotti, Néri da Silveira, Moreira Alves e Sydney Sanches) a 1 (Marco Aurélio de Mello).	
<i>Ato normativo questionado:</i> Leis estaduais de Minas Gerais, que criaram novos Municípios com base na LC estadual 19, de 17/07/1991.	
<i>Questão:</i> Criação de novos municípios em ano eleitoral e realização de eleições nestes.	
<i>Concepção de processo eleitoral (voto vencedor e agregados):</i>	
<ol style="list-style-type: none"> <li>1. “No art. 16 CF, que é norma secundária, ou de sobredireito, relativa a vigência das leis que o alterem, processo eleitoral tem o significado de ordenamento jurídico das eleições, de conjunto normativo constitucional que as discipline.” (Sepúlveda Pertence)</li> <li>2. “Processo eleitoral é conjunto normativo parcial – maior ou menor, não importa – de um sistema de norma mais extenso, o direito eleitoral.” (Sepúlveda Pertence – fazendo remissão ao que seria o ponto comum dos julgamentos da ADI 354 e do RE 129.392)</li> </ol>	

<sup>617</sup> Na abordagem mais aproximada de um enfrentamento da teoria de processo subjacente ao *processo eleitoral*, Passarinho sustentou que este não abrange apenas a “forma processual, a forma adjetiva, mas tinha um sentido amplo, envolvendo todo o sistema de eleições”, de modo que a vigência após um ano não incidiria somente “quanto à simples tramitação dos processos no âmbito da Justiça Eleitoral, mas, sim, envolveria todos aqueles casos em que poderia haver casuísmos”, dentro dos quais está a inelegibilidade. (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Recurso Extraordinário 129.392/DF, voto do Ministro Aldir Passarinho.).

<sup>618</sup> O voto do Ministro Marco Aurélio ocupa uma posição intermediária na minoria vencida, pois enfatiza que a CRFB disciplina o processo eleitoral também ao “apontar as hipóteses de inelegibilidade”, mas resolve a questão pela afirmação de que existia uma anterior lei complementar a nortear o processo eleitoral – portanto, lei recepcionada – vindo a lei seguinte “justamente alterar, o raciocínio é lógico, esse processo eleitoral, ao inserir outros casos de inelegibilidade”. (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Recurso Extraordinário 129.392/DF, voto do Ministro Marco Aurélio.).

<sup>619</sup> BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Ação Direta de Inconstitucionalidade 733/MG, Relator: Ministro Sepúlveda Pertence, Tribunal Pleno, Julgado em: 17 jun. 1992, **DJ**, Publicado em: 16 jun. 1995, **Ementário**, v. 1791-02, p. 238-293. Todas as citações do quadro seguem essa referência.



<p>3. Processo eleitoral é “noção conceitual” a que é “estranha a institucionalização” de Municípios, “entes dotados de capacidade política que compõem a estrutura jurídica do Estado Federal.” (Celso de Mello, ressaltando a “latitude” que conferiu ao processo eleitoral no julgamento da ADI 354)</p> <p>4. “Sucessão ordenada e causal das fases referentes à “apresentação das candidaturas, organização e realização do escrutínio e contencioso eleitoral.” (Celso de Mello, citando José Afonso da Silva)</p>
<p><i>Concepção de processo eleitoral (voto vencido):</i> não foi apresentada.</p>
<p><b>Palavras-chave:</b> <b>sufrágio/soberania; competição/regras do jogo/isonomia; normas instrumentais/procedimento;</b></p>
<p><i>Ratio decidendi:</i></p> <ol style="list-style-type: none"> <li>1. Leis estaduais de criação de novo Município, uma vez que não são competência da União, são estranhas ao processo eleitoral.</li> <li>2. A criação do município se distingue da “etapa posterior da eleição de seus primeiros dirigentes” e só interfere no processo eleitoral “enquanto fato histórico em desenvolvimento”.</li> </ol>
<p><i>Subsunção:</i></p> <p>Não incidência sobre lei estadual que cria município a menos de um ano da eleição.</p>
<p><i>Decisão quanto à incidência da regra da anualidade:</i></p> <p>Não incidência, com reconhecimento da vigência imediata da lei que criou 33 municípios com observância dos requisitos formais para tanto.</p>
<p><i>Efeitos da decisão:</i></p> <p>Julgamento de procedência parcial do pedido, em função de uma das leis questionadas haver criado 13 municípios com base em plebiscitos não homologados pelo TSE. Nos outros 33 municípios criados por lei datada de 27/04/1992, a eleição foi viabilizada pela Lei 8.214/91, que, regulando as eleições de 1992, estipulou que estas ocorreriam em municípios criados até 01/05/1992.</p>

A organização político-administrativa do Brasil experimentou, entre 1987 e 1997, sua *segunda onda emancipatória*, com a criação de 1.244 Municípios, que perfizeram um aumento de 29,18% dos municípios então existentes<sup>620</sup>. Embora o fenômeno, como explica Sérgio Ferrari, tenha razões econômicas preponderantes<sup>621</sup>, a emancipação de pequenos distritos foi

<sup>620</sup> FERRARI, Sérgio, Criação de municípios e debate científico: entre mitos e métodos, **Revista de Informações Legislativas Brasília**, v. 53, n. 211, p. 55–80, 2016. Conforme demonstra o autor, a *primeira onda emancipatória* ocorreu nas décadas de 1950 e 1970.

<sup>621</sup> O estudo de Ferrari contém rica coleta de dados, tratados com rara percepção da complexidade do fenômeno de emancipação dos municípios. permitindo compreendê-la como uma estratégia dentro do denominado “jogo do FPM [Fundo de Participação dos Municípios]”, facilitada pela revogação tácita da LC 1/1967. Extrai-se das conclusões do autor: “O principal fator de incentivo à criação de municípios não está na CF, mas na legislação que trata da divisão dos recursos do FPM, especialmente por prever o mesmo fator de participação para todos os municípios com até 10.188 habitantes. Outros fatores comumente apontados, como a criação de novos cargos ou a arrecadação de impostos próprios, têm

juridicamente viabilizada pela redação originária do art. §4º, do 18, da CRFB, que remeteu à lei complementar estadual a estipulação dos requisitos para a criação, a incorporação, a fusão e o desmembramento de Municípios<sup>622</sup>.

Até então, a LC 01/67, denominada Lei Orgânica dos Municípios, concentrava as exigências, bastante rigorosas, para que as Assembleias Legislativas pudessem criar municípios. Era de difícil atingimento, em especial, a exigência de população mínima de 10.000 habitantes no território a ser emancipado<sup>623</sup>, mas podem também ser destacados os requisitos ligados à prévia constituição de centro urbano e de arrecadação mínima<sup>624</sup>. Ademais, exigia-se que todos os requisitos fossem conservados no Município de origem, após a emancipação<sup>625</sup>.

A partir de 1989, teve início a publicação das leis complementares estaduais referidas na CRFB, art. 18, §4º, as quais contemplaram requisitos mais brandos que a anterior LC 1/1967. Como indicativo da atenuação das exigências, tem-se que, à exceção de Pernambuco, houve leis complementares em todos os Estados que fixaram a população mínima abaixo dos 10.000

---

alguma influência, mas muito menor do que geralmente é apontado. Quanto às consequências dessas emancipações, os principais problemas apontados, na análise “leiga”, são: a despesa com a criação de novos cargos públicos e a “inviabilidade econômica” dos novos municípios, além de possíveis prejuízos ao município de origem. Todavia, uma análise interdisciplinar do tema demonstra o equívoco dessas críticas, pois não correspondem à realidade. As principais consequências negativas desse processo emancipatório são as perdas de receita dos demais municípios (em todo o Estado, e não apenas no município de origem) e também o grande desequilíbrio no “FPM per capita”, isto é, no valor de FPM recebido por habitante, que tende a ser muito mais alto nos menores municípios.” (*Ibid.*, p. 77.).

<sup>622</sup> “A criação, a incorporação, a fusão e o desmembramento de Municípios preservarão a continuidade e a unidade histórico-cultural do ambiente urbano, far-se-ão por lei estadual, obedecidos os requisitos previstos em Lei Complementar estadual, e dependerão de consulta prévia, mediante plebiscito, às populações diretamente interessadas.” (BRASIL, **Constituição (1988)**, art. 18, §4º, redação original.).

<sup>623</sup> Segundo Ferrari, “o principal ‘freio’ à criação de novos municípios foi a exigência de uma população mínima de 10 mil habitantes [...]. Basta verificar, para efeito de comparação, que mais da metade dos municípios existentes em 2005 não atingiria esse patamar. Se os mesmos dados forem ‘deflacionados’ do crescimento populacional no período de 1970-2000, conclui-se que mais de 3.500 dos municípios hoje existentes não poderiam ter sido criados, se a Lei Complementar n. 1/1967 permanecesse em vigor (a população mínima seria de 18.230 habitantes). Isso explica, de maneira clara, por que foram criados apenas 22 novos municípios em toda a década de 1970.” (FERRARI, Criação de municípios e debate científico: entre mitos e métodos, p. 58–59.)

<sup>624</sup> “Art. 2º. Nenhum Município será criado sem a verificação da existência, na respectiva área territorial, dos seguintes requisitos: I – população estimada, superior a 10.000 (dez mil) habitantes ou não inferior a 5 (cinco) milésimos da existente no Estado; II – eleitorado não inferior a 10% (dez por cento) da população; III – centro urbano já constituído, com número de casas superior a 200 (duzentas); IV – arrecadação, no último exercício, de 5 (cinco) milésimos da receita estadual de impostos.” (BRASIL, **Lei Orgânica dos Municípios**, Lei Complementar 1, de 9 de novembro de 1967, Estabelece os requisitos mínimos de população e renda pública e a forma de consulta prévia às populações locais, para a criação de novos municípios, **D.O.U.**, 10 nov. 1967, seção 1, p. 11931.).

<sup>625</sup> “Não será permitida a criação de Município, desde que esta medida importe, para o Município ou Municípios de origem, na perda dos requisitos exigidos nesta Lei.” (BRASIL, **Lei Orgânica dos Municípios**, art. 2º, §1º.).

habitantes<sup>626</sup>. Seguiu-se então à realização de plebiscitos e à publicação das leis (ordinárias) estaduais que, por fim, declaravam criados os Municípios.

Algumas dessas leis tiveram sua constitucionalidade questionada perante o STF, por motivos variados. Dentre estes, figurou, quanto a leis do Estado de Minas Gerais, a invocação da regra da anualidade eleitoral como impeditiva da criação de municípios em 1992, ano em que seriam realizadas eleições municipais. Seguindo-se o parâmetro hermenêutico adequado à resolução da questão, mostrava-se necessário apresentar uma concepção de processo eleitoral e, com base nesta, estabelecer se a criação de municípios o afetava.

Não foi, porém, o que ocorreu.

No exame da ADI 733/MG, o Ministro Sepúlveda Pertence referiu-se aos julgamentos, por 6 a 5, da ADI 354/DF e do RE 129.392/DF, para reconhecer que, até ali, ainda não havia o STF, como órgão colegiado, apresentado um conceito suficiente de *processo eleitoral*:

[...] dividiu-se o Plenário do Tribunal sobre a maior ou menor compreensão da expressão processo eleitoral, no contexto do art. 16 da Constituição. Dada a interferência, na fundamentação de alguns votos vencedores, de considerações diversas, não se colheu, naqueles julgamentos, definição explícita da maioria da Corte a favor da compreensão mais abrangente – sustentada pelos cinco votos vencidos –, ou mais restrita – conforme alguns votos vencedores –, do conceito constitucional de processo eleitoral.<sup>627</sup>

Talvez pela percepção da dificuldade de demarcar o sentido da expressão, Pertence tenha buscado regredir a um ponto comum, que pudesse conectar todas as concepções apresentadas. Afirmou encontrar esse ponto na muito ampla afirmação de que o processo eleitoral é parte de um sistema de normas denominado Direito Eleitoral. Concluiu então que “no sistema da Constituição de 1988 – onde as normas gerais de alçada complementar e a lei específica de criação de municípios fo[ram] confiada[s] aos Estados –, o exercício dessa competência estadual explícita manifestamente não altera o processo eleitoral”, isso porque este “é coisa diversa e integralmente da competência legislativa federal”<sup>628</sup>.

O raciocínio abriga um falso silogismo, que pode ser assim enunciado: i) o processo eleitoral integra o Direito Eleitoral; ii) Direito Eleitoral é matéria de competência legislativa da União; iii) logo, o processo eleitoral somente é afetado por leis federais. Foi, todavia, o que a maioria considerou bastante para afastar a incidência da regra da anualidade eleitoral.

<sup>626</sup> FERRARI, Criação de municípios e debate científico: entre mitos e métodos, p. 62–63.

<sup>627</sup> BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Ação Direta de Inconstitucionalidade 733/MG, Voto do Ministro Sepúlveda Pertence.

<sup>628</sup> *Ibid.*

Agregou-se ao voto do Relator o entendimento do Ministro Celso de Mello, estritamente calcada em uma visão procedimental do processo eleitoral e, por conseguinte, do âmbito de incidência da regra da anualidade. Mello adota como premissa o fato de que a criação de Municípios não constitui uma das *fases* do processo eleitoral que, conforme conceito de José Afonso da Silva<sup>629</sup>, se sucedem de modo *ordenado e causal*. Com isso, rompendo a perspectiva mais ampla que até então endossava quanto ao significado da *alteração* do processo eleitoral, o Ministro refuta que a emancipação de distritos e o desmembramento de Municípios repercutisse no processo eleitoral.

A falha foi percebida pelo Ministro Marco Aurélio. Segundo objetou, o art. 16 da CRFB se refere a lei que, “de alguma forma, repercute no processo eleitoral”<sup>630</sup>. Em sua análise, é inegável que o desmembramento de determinado município impacta no processo eleitoral, uma vez que altera “o que normalmente ocorreria caso permanecessem os municípios com a área geográfica primitiva e com os próprios eleitores [...], considerados não só os eleitores, em si, como também os candidatos e a performance desses candidatos frente aos mesmos eleitores”<sup>631</sup>.

A simples afirmação de que a criação de Municípios não impacta no processo eleitoral contrastou, até mesmo, com a Lei 8.214/91, que estabeleceu normas para a realização das eleições municipais de 1992. Isso porque dela constou disposição expressa no sentido de que somente seriam “realizadas eleições para Prefeitos, Vice-Prefeitos e Vereadores nos municípios que venham a ser criados até 1º de maio de 1992.”<sup>632</sup>.

A previsão nada mais significa se não a suspensão da eficácia eleitoral da criação de Municípios posterior a essa data, o que não pode ser dissociado da assunção tácita de que o processo eleitoral é alterado pela colocação de novos cargos eletivos em disputa e a redefinição do eleitorado e dos candidatos no novo Município e no de origem. Assim, ao tempo em que admite a necessidade de resguardar o processo eleitoral contra o impacto advindo da criação de novos municípios, a Lei 8.214/91 incorre ela em inconstitucionalidade, ao desconsiderar a cogência do marco temporal de um ano antes das eleições, previsto no art. 16 da CRFB, para optar pela data limite de 01/05/1992.

---

<sup>629</sup> O conceito foi apresentado na Seção 2.2.1.

<sup>630</sup> BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Ação Direta de Inconstitucionalidade 733/MG, Voto do Ministro Marco Aurélio.

<sup>631</sup> *Ibid.*

<sup>632</sup> BRASIL. Lei 8.214, de 24 de julho de 1991. Estabelece normas para a realização das eleições municipais de 3 de outubro de 1992 e dá outras providências. **D.O.U.**, 25 jul. 1991, seção 1, p. 14819, art. 1º, §1º.

A fragilidade da *ratio decidendi* ficaria mais exposta a partir do advento da EC 15/1996, que, alterando a redação do §4º do art. 18 da CRFB, voltou a conferir à lei complementar federal a primazia para dar início à criação de municípios<sup>633</sup>. Ainda que o ato final seja a publicação de lei estadual, a expressa indicação de que a lei complementar federal deve estipular o *período* dentro do qual devem estar concluídos os trâmites respectivos é suficiente para se considerar a hipótese de essa lei projetar-se para além do marco de um ano antes da eleição.

Essa questão pode ser contornada no subsequente julgamento da ADI 718/MA<sup>634</sup>.

Referida ação, ajuizada anteriormente à ADI 733/MG, questionava primariamente a própria lei complementar estadual que autorizava a criação de Municípios – LC estadual 15, de 28/01/1992 –, porque esta suprimiu anterior dispositivo que vedava a criação de Municípios no ano das eleições municipais. Decisão cautelar referendada pelo Plenário do STF suspendeu a eficácia de diversas leis estaduais do Maranhão que, ainda em fase inaugural do procedimento de desmembramento, convocavam os plebiscitos para consulta da população.

A Assembleia Legislativa argumentou que “é necessário distinguir a simples criação do novo município e a etapa posterior da eleição dos seus primeiros dirigentes” e como, no caso, a criação dos 45 municípios maranhenses estava “na dependência de consultas plebiscitárias e das demais formalidades subsequentes, [...] as normas legais pertinentes ao ato de criação não poderiam, só por si, comprometer o processo eleitoral”<sup>635</sup>. O argumento seria a chave para um enfrentamento mais adequado da questão, pois dele ressaí que a criação dos municípios, ainda que não integre o processo eleitoral, tem o condão de *alterá-lo*, tal como denotava a Lei 9.214/1991.

Porém, o mérito da ação somente viria a ser julgado em 05/11/1998, quando não apenas já haviam transcorrido as eleições municipais de 1992 (e 1996) como também havia sido promulgada a EC 15/1996. Quanto a esta, disse o Relator que o STF não poderia conhecer “dos efeitos da norma constitucional intercorrente sobre a lei objeto de ação direta”<sup>636</sup>. Assim, a

---

<sup>633</sup> “A criação, a incorporação, a fusão e o desmembramento de Municípios, far-se-ão por lei estadual, dentro do período determinado por lei complementar federal, e dependerão de consulta prévia, mediante plebiscito, às populações dos Municípios envolvidos, após divulgação dos Estudos de Viabilidade Municipal, apresentados e publicados na forma da lei.” (BRASIL, **Constituição (1988)**, art. 18, §4º, redação conforme EC 15/1996.).

<sup>634</sup> BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Ação Direta de Inconstitucionalidade 718/MA, Relator: Ministro Sepúlveda Pertence, Tribunal Pleno, Julgado em: 05 nov. 1998, **DJ**, Publicado em: 18 dez. 1998, **Ementário**, v. 1936-01, p. 166-183.

<sup>635</sup> BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Ação Direta de Inconstitucionalidade 718/MA, Relatório.

<sup>636</sup> BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Ação Direta de Inconstitucionalidade 718/MA, Voto do Ministro Sepúlveda Pertence.

decisão limitou-se a invocar o julgamento da ADI 733/MG, para pronunciar a não incidência da regra da anualidade eleitoral sobre as leis estaduais questionadas.

Portanto, a questão relativa à concepção de processo eleitoral seguiu sem definição. Mais que isso: em razão de um novo desvio semântico, o que resultou dos julgamentos analisados foi que a expressão “a lei que alterar o processo eleitoral” passou a ser interpretada como *lei eleitoral*.

#### 2.3.4 ADI 3345/DF e ADI 3365/DF: definição de critérios para fixação do número de Vereadores pelas Câmaras Municipais por Resolução do TSE editada no ano eleitoral (eleições 2004)

Ação: <b>ADI 3345/DF</b> <sup>637</sup> e <b>ADI 3365/DF (apensa)</b>	Eleições: <b>2004</b>
Voto vencedor: Celso de Mello	Data do julgamento: 25/08/2005
<i>Resultado do julgamento:</i> por maioria, de 10 (Celso de Mello, Eros Grau, Carlos Velloso, Joaquim Barbosa, Ayres Britto, Gilmar Mendes, Cezar Peluso, Sepúlveda Pertence, Nelson Jobim, Ellen Gracie) a 1 (Marco Aurélio de Mello).	
<i>Ato normativo questionado:</i> Resolução TSE 21.702, de 02/04/2004.	
<i>Questão:</i> Fixação de quantitativos máximos de Vereadores conforme critérios estabelecidos no julgamento do RE 197.917 (Mira Estrela), por meio de Resolução do TSE editada a menos de um ano da data da eleição.	
<i>Concepção de processo eleitoral (voto vencedor e agregados):</i> Processo eleitoral constitui “sucessão ordenada de atos e estágios causalmente vinculados entre si” desenvolvendo-se nas fases: "a) fase pré-eleitoral, que, iniciando-se com a realização das convenções partidárias e a escolha de candidaturas, estende-se até a propaganda eleitoral; b) fase eleitoral propriamente dita, que compreende o início, a realização e o encerramento da votação e c) fase pós-eleitoral, que principia com a apuração e contagem de votos e termina com a diplomação dos candidatos eleitos, bem assim dos seus respectivos suplentes." (Celso de Mello, retomando concepção apresentada na ADI 354)	
<i>Concepções de processo eleitoral (voto vencido):</i> não foi apresentada.	
<i>Palavras-chave:</i> <b>competição/regras do jogo/isonomia; recorte temporal convenções-diplomação</b>	
<i>Ratio decidendi:</i> Considerado o “sentido teleológico” do art. 16 da CRFB, vinculado “à finalidade ético-jurídica” do processo eleitoral, a ofensa à regra da anterioridade eleitoral somente se perfaz com: “1)	

<sup>637</sup> BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Ação Direta de Inconstitucionalidade 3345/DF e Ação Direta de Inconstitucionalidade 3365/DF, Relator: Ministro Celso de Mello, Julgado em: 25 ago. 2005, Tribunal Pleno, **DJe**, Publicado em: 20 ago. 2010. Todas as citações do quadro seguem essa referência.

rompimento da igualdade de participação dos partidos políticos e candidatos; 2) a criação de deformação que afete a normalidade das eleições; 3) a introdução de fator de perturbação no pleito e 4) promoção de alteração motivada por propósito casuístico.”

*Subsunção:*

“A Resolução TSE nº 21.702/2004, que meramente explicitou interpretação constitucional anteriormente dada pelo Supremo Tribunal Federal, não ofendeu a cláusula constitucional da anterioridade eleitoral, seja porque não rompeu a essencial igualdade de participação, no processo eleitoral, das agremiações partidárias e respectivos candidatos, seja porque não transgrediu a igual competitividade que deve prevalecer entre esses protagonistas da disputa eleitoral, seja porque não produziu qualquer deformação descaracterizadora da normalidade das eleições municipais, seja porque não introduziu qualquer fator de perturbação nesse pleito eleitoral, seja, ainda, porque não foi editada nem motivada por qualquer propósito casuístico ou discriminatório.”

*Decisão quanto à incidência da regra da anualidade:*

Não incidência sobre Resolução TSE 21.702/2004, que fixa quantitativos máximos de vereadores com base na prévia decisão do STF no RE 197.917/SP, por se tratar de simples operacionalização desta.

*Efeitos da decisão:*

Redução de cadeiras em disputa nas eleições a serem realizadas a menos de um ano da edição da Resolução que fixou limite máximo de Vereadores conforme faixa populacional do Município.

O art. 29 da CRFB delega à lei orgânica do Município a definição do número de Vereadores. Em sua redação original, o inciso IV do dispositivo constitucional contemplava 3 faixas populacionais, estabelecendo, para cada uma, limites mínimo e máximo de cadeiras na Câmara Municipal<sup>638</sup>. Ocorre que a primeira dessas faixas, demasiadamente larga se considerada a realidade populacional da maioria dos Municípios brasileiros, comportava a fixação de 9 a 21 Vereadores para Municípios até 1.000.000 de habitantes.

No início da década de 2000, órgãos dos Ministérios Públicos Estaduais pelo país encamparam o questionamento, por meio de ações civis públicas, do que consideraram ser causa de dano ao erário: a fixação do quantitativo de Vereadores, embora dentro da faixa constitucional admitida, sem observar a proporcionalidade com a população local.

A tese chegou ao STF por meio do RE 197.917/SP, em que se discutia a definição do número de 11 Vereadores pela Lei Orgânica do Município de Mira Estrela, então com 2.651

<sup>638</sup> “IV - número de Vereadores proporcional à população do Município, observados os seguintes limites: a) mínimo de nove e máximo de vinte e um nos Municípios de até um milhão de habitantes; b) mínimo de trinta e três e máximo de quarenta e um nos Municípios de mais de um milhão e menos de cinco milhões de habitantes; c) mínimo de quarenta e dois e máximo de cinquenta e cinco nos Municípios de mais de cinco milhões de habitantes;” (BRASIL, **Constituição (1988)**, art. 29, IV.).

habitantes, conforme censo do IBGE<sup>639</sup>. Terminou acatada, ao fundamento de que “a aprovação de norma municipal que estabelece a composição da Câmara dos Vereadores sem observância da relação cogente de proporção com a respectiva população configura excesso do poder de legislar”<sup>640</sup>. Considerou, ainda, o STF que “a falta de um parâmetro matemático rígido que delimite a ação dos legislativos Municipais implica evidente afronta ao postulado da isonomia”<sup>641</sup> e, por isso, apresentou uma tabela, dentro da qual fragmentou a primeira faixa populacional e distribuiu os quantitativos de 9 a 21 Vereadores. Desse modo, Municípios com até 47.619 habitantes teriam, como teto, o número de 9 cadeiras em suas Câmaras<sup>642</sup>.

O julgamento do RE 197.917/SP foi concluído em 24/03/2004. O dispositivo do acórdão declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do artigo da Lei Orgânica que estipulou em 11 o número de Vereadores de determinou à Câmara Municipal adotar medidas para cumprimento da decisão, preservando, contudo, os 2 mandatos em curso que excediam aqueles considerados *proporcionais à população*.

Apesar do teor da decisão ser adstrito ao caso em julgamento<sup>643 644</sup>, o TSE editou em 02/04/2004, a Resolução 21.702, impondo, em caráter geral, a observância da tabela elaborada

---

<sup>639</sup> BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Recurso Extraordinário 197.917/SP, Relator: Ministro Maurício Corrêa, Julgado em: 06 jun. 2002, Tribunal Pleno, **DJ**, Publicado em: 07 maio 2004, **Ementário**, v. 2150-3, p. 368-511.

<sup>640</sup> BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Recurso Extraordinário 197.917/SP, Ementa.

<sup>641</sup> *Ibid.*

<sup>642</sup> Para acompanhar os cálculos efetuados pelo Ministro Relator, cf. BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Recurso Extraordinário 197.917/SP, p. 287-389.

<sup>643</sup> Cabe aqui apontar que, nos debates do julgamento do RE 197.917/SP, o Ministro Nelson Jobim, temendo uma “enorme e terrível dificuldade para o processo eleitoral”, afirmou que o número de Vereadores “seria uma matéria a ser regulamentada pelo Tribunal Superior Eleitoral, para dar eficácia à situação e viabilizar a realização das eleições”. O Ministro Sepúlveda Pertence, então Presidente do TSE, concordou que era cabível que esse tribunal definisse “como administrar o problema” pois “embora se cuide de um caso concreto, [...] é preciso dar uma orientação uniforme a esse respeito para todo o País”. Por sua vez, o Ministro Gilmar Mendes trouxe à baila que o caso demonstrava “a plena e completa superação da intervenção do Senado”, aí referindo-se à competência para suspender a execução da lei declarada inconstitucional em controle difuso (CRFB, art. 52, X), pois, em seu entendimento, o STF estava a dar “efeito transcendente” ao julgamento. (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Recurso Extraordinário 197.917/SP, Debates.). O que escapou, nessa discussão, é que se tratava de recurso em ação civil pública, procedimento coletivo cuja decisão produz eficácia *erga omnes* – ou seja, não haveria necessidade de declaração da suspensão da execução da lei, o que já se fixara incidentalmente com o próprio acórdão – mas que, também, a eficácia *erga omnes*, no caso, não poderia alcançar todo o território nacional, pois a própria lei questionada não tinha aplicação em todo o território nacional. Assim, a propalada *transcendência* da decisão implicava em admitir inovação normativa, que, tal como veio a afirmar o Ministro Marco Aurélio no julgamento das ADIs 3345 e 3365, sobrepunha-se à competência atribuída às Câmaras Municipais pela CRFB, art. 29, IV.

<sup>644</sup> Outra nota sobre a complexa casuística em análise: uma década depois, em 2014, o caso Mira Estrela foi lembrado no julgamento da Reclamação 4335/AC, na qual debatida a possibilidade de que terceiros arguissem o descumprimento de lei incidentalmente declarada inconstitucional em feitos no qual não



pelo STF, para fins de fixação do número de Vereadores a serem eleitos naquele ano<sup>645</sup>. Foi o que ensejou o ajuizamento da ADI 3345/DF, bem como da ADI 3365/DF, que àquela foi apensada.

O autor da ADI 3345/DF sustentou a inconstitucionalidade daquela Resolução, uma vez que “criou uma regra independente das leis em vigor, ou seja, deu origem a nova lei eleitoral” que veio a “regular o art. 29, inciso IV, da Constituição Federal, usurpando a competência do Legislativo”<sup>646</sup>. Na ADI 3365/DF foi suscitada a violação à regra da anualidade, ao argumento de que “não poderia Resolução do Tribunal Superior Eleitoral, admitida remotamente sua constitucionalidade, alterar o processo eleitoral a ser aplicada na eleição do mesmo ano de sua vigência, impondo-se-lhe o transcurso de 1 (um) ano”<sup>647</sup>.

É preciso destacar que a admissibilidade das ADIs passou, primeiramente, pelo “reconhecimento do conteúdo normativo da Resolução questionada”, afastada a alegação do

---

foram parte. O caso versava sobre a vedação à progressão de regime na condenação por crime hediondo (Lei 8.072/1990, art. 2º, §2º) e a Defensoria Pública do Estado do Acre reclamava a observância da inconstitucionalidade fixada no HC 82.959/SP a fim de assegurar a progressão de regime a outros condenados. Deteve-se então o STF a examinar se suas decisões, em sede de controle difuso de constitucionalidade, eram dotadas de *transcendência*, a dispensar a atuação do Senado, bem como outras medidas, para que alcançassem eficácia *erga omnes*. O Ministro Gilmar Mendes invocou, como precedente, o caso de Mira Estrela, ao argumento de que, se ali se modulara efeitos da decisão, era por, implicitamente, admitir que aquela seria, em regra, transcendente. Afirmou Mendes: “O caso do Mira Estrela, por exemplo, nós dissemos – e até concitamos o TSE para que *evitasse* uma resolução – que a decisão valerá apenas para a próxima legislatura, em relação a este caso e tantos outros que forem idênticos”. (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Reclamação 4.335/AC, Relator: Ministro Gilmar Mendes, Julgado em: 20 mar. 2014, Tribunal Pleno, **DJe**, Publicado em: 22 out. 2014, debates.). No entanto, não apenas o estímulo dado ao TSE foi para *expedir* uma Resolução – e, não, para evitá-la – como também a modulação de efeitos disse respeito à preservação dos 2 mandatos em exercício que sobejavam o número fixado, “para assegurar, em caráter de exceção, efeitos *pro futuro* à declaração incidental de inconstitucionalidade” – e, não, para conter suposta eficácia da decisão sobre todas as leis orgânicas do país. (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Recurso Extraordinário 197.917/SP, Ementa.). Foi, efetivamente, por força da Resolução TSE 21.702/2004, que a tabela apresentada na fundamentação do caso de Mira Estrela recebeu *status* de norma geral. E, mesmo esse fato, parece ter sido olvidado na Rcl 4335/AC, quando afirma Mendes: “[...] vamos imaginar que o Senado nada faça num caso como Mira Estrela. Nem sei se fez. Era a lei municipal, do pequeno município de São Paulo. Veja, *isso provocou uma revolução em todo o sistema*, quer dizer, reorientou toda a composição das câmaras de vereadores; deu ensejo, inclusive, a uma emenda constitucional, sem que se cogitasse de intervenção do Senado. E a decisão, inclusive, foi para além do caso concreto, afetando centenas, talvez até milhares de municípios.” (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Reclamação 4.335/AC, debates.).

<sup>645</sup> BRASIL, Tribunal Superior Eleitoral, Resolução 21.702, de 2 de abril de 2004, Instruções sobre o número de vereadores a eleger segundo a população de cada município, **D.J.**, p. 81, Publicado em: 06 abr. 2004.

<sup>646</sup> BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 3345/DF e Ação Direta de Inconstitucionalidade 3365/DF, Relatório.

<sup>647</sup> *Ibid.*

Procurador-Geral da República de que se estaria diante de mera regulamentação da legislação eleitoral<sup>648</sup>.

Por isso, é incongruente que se tenha, na rejeição da incidência da anualidade, enfatizado que “a Resolução TSE nº 21.702/2004 [...] meramente explicitou interpretação constitucional anteriormente dada pelo Supremo Tribunal Federal”<sup>649</sup>. Se de ato normativo autônomo se tratava, sua adequação ao marco temporal do art. 16 da CRFB deveria ser aferida com base na data de sua publicação. Sustentou, porém, o Relator que a “eficácia das decisões e resoluções da Justiça Eleitoral [...] notadamente quando proferidas [...] em decorrência de julgamento definitivo do STF” não estava sujeita à regra da anualidade eleitoral, pois aquele tribunal havia dirimido controvérsia “no exercício de sua jurisdição constitucional, fixando diretriz hermenêutica em torno da compreensão, da aplicabilidade e da incidência da cláusula de proporcionalidade consubstanciada no inciso IV do art. 29 da Constituição”<sup>650</sup>. O julgamento em análise é, nesse ponto, ilustrativo da dinâmica de blindagem recíproca entre o TSE e o STF.

Desprezado o elemento temporal da regra da anualidade eleitoral, também ficou em segundo plano o elemento material, que exigiria aferir a existência de impacto da Resolução TSE 21.702/2004 sobre o *processo eleitoral*. O que há de peculiar, no julgamento em análise, é que o Ministro Celso de Mello, pela terceira ocasião, expunha o conceito pelo *processo eleitoral* como sucessão de atos desenvolvidos em três fases, situadas entre as convenções e a diplomação. Ocorreu que, na condição de Relator, o próprio Ministro Celso de Mello abraçou uma defesa consequencialista da manutenção da Resolução TSE 21.702/2004, cedendo ao apelo do propósito de *conter o tumulto* que seria potencialmente gerado pela repetição de ações civis públicas e recursos extraordinários questionando os quantitativos de Vereadores.

Após discorrer longamente sobre a motivação e a conveniência da edição da Resolução, o Relator chegou a afirmar que esta “não implicou modificação do processo eleitoral” porque as convenções “regeram-se pelo que constava do ato ora impugnado, que se aplicou, de maneira homogênea, a todos os partidos políticos e candidatos, sem provocar qualquer desequilíbrio entre eles, [...] desvestido de qualquer sentido discriminatório”. O que avaliava, como se colhe

---

<sup>648</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 3345/DF e Ação Direta de Inconstitucionalidade 3365/DF, Ementa. A problemática em torno da função normativa do TSE será abordada no Capítulo 3.

<sup>649</sup> *Ibid.*

<sup>650</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 3345/DF e Ação Direta de Inconstitucionalidade 3365/DF, Voto do Ministro Celso de Mello.

da *ratio decidendi* transcrita no quadro supra, não era a existência de modificação, mas, sim, se esta seria, ou não, eticamente defensável.

Desse modo, a decisão das ADIs 3345/DF e 3365/DF direcionou a interpretação do art. 16 do CRFB como *princípio* e, não, como *regra*, a partir de critérios teleológicos fortemente assentados na apreciação subjetivista da qualidade ética da disputa eleitoral.

Esse traçado principiara no julgamento do RE 129.392/RJ. Mas, com a prevalência do voto do Ministro Celso de Mello, no contexto específico em que sua visão teleológica da regra da anualidade foi enfim acolhida pelo colegiado, potencializou-se uma abertura semântica não comportada pela literalidade do texto constitucional. Onde diz a CRFB que a lei que alterar o processo eleitoral não será aplicada às eleições que ocorrerem a menos de um ano de sua vigência, passou o STF a enxergar uma cláusula aberta, com base na qual deve ponderar os benefícios e malefícios advindo das alterações da normatividade do processo eleitoral, para, então, definir se devem ou não ser aplicadas as leis vigentes a menos de um ano da eleição. Trata-se de hermenêutica que inviabiliza a veredicação dos sentidos extraídos do texto, uma vez que a interpretação é dada por um código heterodiscursivo e, não, intradiscursivo.

### 2.3.5 ADI 3685/DF: verticalização das coligações (eleições 2006)

Ação: <b>ADI 3685/DF</b> <sup>651</sup>	Eleições: <b>2006</b>
Voto vencedor: Ellen Gracie (Relatora)	Data do julgamento: 22/03/2006
<i>Resultado do julgamento:</i> por maioria, de 9 (Ellen Gracie, Celso de Mello, Gilmar Mendes, Cezar Peluso, Ayres Britto, Joaquim Barbosa, Eros Grau, Ricardo Lewandowski, Nelson Jobim) a 2 (Marco Aurélio de Mello e Sepúlveda Pertence).	
<i>Ato normativo questionado:</i> art. 2º da EC 52, de 08/03/2006.	
<i>Questão:</i> Aplicação imediata da alteração do §1º do art. 17 da CRFB, para incluir inexigência expressa de verticalização das coligações, superando interpretação dada pela Resolução TSE 21.002/2002 ao art. 6º da Lei 9.504/97.	
<i>Concepção de processo eleitoral (voto vencedor e agregados):</i>	
<ol style="list-style-type: none"> <li>1. Processo eleitoral em acepção ampla diz respeito ao “contexto de um pleito”, “regras do jogo em andamento”, “elementos da disputa e de competição”, “contexto dinâmico de uma eleição que se aproxima”, processo estatal da democracia representativa. Em acepção restrita diz respeito às “normas instrumentais diretamente ligadas às eleições”, desde a</li> </ol>	

<sup>651</sup> BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Ação Direta de Inconstitucionalidade 3685/DF, Relatora: Ministra Ellen Gracie, Julgado em: 22 mar. 2006, Tribunal Pleno, **DJ**, Publicado em: 10 ago. 2006, **Ementário**, v. 2241-02, p. 193-368. Todas as citações do quadro seguem essa referência.

<p>apresentação de candidaturas até a diplomação. (Ellen Gracie, fazendo remissões tanto a votos vencedores quanto vencidos no julgamento da ADI 354).</p> <ol style="list-style-type: none"> <li>2. Processo eleitoral “tem início com as convenções partidárias para a escolha dos candidatos”, mas as coligações, “que as antecedem no tempo, matizam, modulam, condicionam, todo o conjunto de procedimentos que se desenvolve na sequência”. (Ricardo Lewandowski)<sup>652</sup></li> <li>3. Processo eleitoral abrange “toda norma com aptidão, ainda que em bases minimalistas, de interferir no exercício da soberania popular, expressa pelo sufrágio universal e voto secreto, seja para impor novos condicionamentos, seja para suprimir os que já vinham sendo tidos como parte integrante do acervo normativo destinado a reger as disputas eleitorais”. (Joaquim Barbosa)</li> <li>4. Processo eleitoral é “sequência de atos em que se desdobram e decompõem as eleições, concebidas estas, em toda a sua consumação, como ato total ou <i>fattispecie</i> normativa a que tendem os atos prévios necessários a sua produção, e cuja observância constitui o único meio de garantir que os pleitos se realizem em plena conformidade com o teor da vontade popular fixado nas leis e segundo ditames de ética e justiça”. (Cezar Peluso)</li> </ol>
<p><i>Concepções de processo eleitoral (votos vencidos):</i></p> <ol style="list-style-type: none"> <li>5. “O processo eleitoral é um sistema: a influência recíproca de seus vários momentos é um dado essencial da caracterização do todo”. Consideradas as “inspirações finalísticas” da regra da anterioridade, o processo eleitoral deve “abranger, radicalmente, desde o alistamento dos eleitores e a habilitação dos partidos políticos à escolha dos candidatos, definindo assim todas as personagens do drama eleitoral; do registro dos candidatos à propaganda; da votação ao procedimento e aos critérios da apuração até o momento culminante da proclamação e da diplomação dos eleitos.” (Sepúlveda Pertence, reiterando o conceito exposto na ADI 354)</li> </ol>
<p><i>Palavras-chave:</i> <b>sufrágio/soberania; competição/regras do jogo/isonomia; normas instrumentais/procedimentos; recorte temporal convenções-diplomação; recorte temporal domicílio e filiação-diplomação</b></p>
<p><i>Ratio decidendi:</i></p> <ol style="list-style-type: none"> <li>1. As ECs se sujeitam à limitação temporal do art. 16 da CRFB.</li> <li>2. As coligações são “instrumentos utilizados no processo eleitoral para a composição de alianças [...] em condição de maior competitividade”.</li> <li>3. A regra da anualidade eleitoral constitui “garantia individual do cidadão-eleitor”, que se destina a preservar o “equilíbrio de forças político-eleitorais formado durante a vigência de regras até então conhecidas e respeitadas por todos”.</li> </ol>
<p><i>Subsunção:</i></p> <p>Altera o processo eleitoral EC que inclui na CRFB regra sobre coligações que até então era prevista apenas na lei ordinária.</p>

<sup>652</sup> Vê-se que é equívoca a afirmação de Gilmar Mendes, no RE 633.703/MG, de que o recorte temporal segundo o qual o processo eleitoral se inicia com as convenções partidárias, adotado pelo TSE no julgamento do Recurso Especial Eleitoral, “sequer é o conceito de processo eleitoral presente na jurisprudência.” (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Recurso Extraordinário 633.703/MG, Relator: Ministro Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, Julgado em: 23 mar. 2011, **DJe**, n. 219, Publicado em: 18 nov. 2011, Voto do Ministro Gilmar Mendes.).

*Decisão quanto à incidência da regra da anualidade:*

Incidência sobre EC que conferiu ampla liberdade de composição das coligações nas eleições gerais, por alterar as expectativas do eleitor e das agremiações partidárias e, ainda, impactar no resultado.

*Efeitos da decisão:*

Verticalização das coligações foi exigida em 2006 com base na Resolução TSE 21.002, de 26/02/2002. Consignou-se expressamente a possibilidade de aplicação da nova regra a eleições ocorridas a partir de março de 2007, em caso de renovação de eleições, ainda que municipais.

A EC 52/2006 alterou o §1º do art. 17 da CRFB, dele fazendo constar, expressamente, que a autonomia para definir o regime das coligações partidárias abrange a não “obrigatoriedade de vinculação entre as candidaturas em âmbito nacional, estadual, distrital ou municipal”<sup>653</sup>. Dispensava, assim, a observância da denominada *verticalização das coligações*, o que fez – embora o texto original da Constituição jamais houvesse previsto tal exigência – sobrepondo-se à Resolução TSE 21.002/2006.

A *regra* da verticalização das coligações havia sido extraída pelo TSE da interpretação dada à expressão “dentro da mesma circunscrição”, constante do art. 6º da Lei 9.504/97. Prevaleceu, na ocasião, o entendimento de que a *circunscrição* significava “o espaço maior, aquele em que se dá a eleição nacional”, de modo que “as coligações que neste patamar se formarem condicionam e orientam as que forem propostas para o âmbito dos estados-membros”. Afastava-se com isso a expressa dicção do art. 86 do CE, segundo a qual “nas eleições presidenciais, a circunscrição será o país, nas eleições federais e estaduais, o Estado; e nas municipais, o respectivo Município”, de modo a afirmar-se, para além da exigência legal de coerência dentro da circunscrição do Estado, que as coligações para Governador, Senador e Deputados deveriam estar contidas na coligação para Presidente.

Essa interpretação foi editada como Resolução TSE 21.002/2002 e incorporada, na mesma data, à Resolução TSE 20.993/2002, que regulamentou o registro de candidatura das eleições 2002<sup>654</sup>. A regra da verticalização foi repetida na Resolução TSE 22.156/2006, editada

<sup>653</sup> “É assegurada aos partidos políticos autonomia para definir sua estrutura interna, organização e funcionamento e para adotar os critérios de escolha e o regime de suas coligações eleitorais, *sem obrigatoriedade de vinculação entre as candidaturas em âmbito nacional, estadual, distrital ou municipal*, devendo seus estatutos estabelecer normas de disciplina e fidelidade partidária.” (BRASIL, **Constituição (1988)**, art. 17, §1º, com redação dada pela EC 52/2006.).

<sup>654</sup> “Os partidos políticos que lançarem, isoladamente ou em coligação, candidato/a à eleição de presidente da República não poderão formar coligações para eleição de governador/a de Estado ou do Distrito Federal, senador/a, deputado/a federal e deputado/a estadual ou distrital com partido político que tenha, isoladamente ou em aliança diversa, lançado candidato/a à eleição presidencial.” (Lei nº 9.504/97, art. 6º; Consulta nº 715, de 26.2.02).” (BRASIL, Tribunal Superior Eleitoral, Resolução

em 14/03/2006, para disciplinar a mesma matéria em 2006<sup>655</sup>. A “inovação” imputada à EC 52/2006, portanto, não se dirigia ao texto constitucional propriamente dito, mas a entendimento fixado pelo TSE, em resposta à CTA 715, no sentido de que a verticalização era exigível em função da leitura do art. 6º da Lei 9.504/97 à luz do caráter nacional dos partidos.

Quando a EC 52/2006 advém para aclarar o alcance da autonomia partidária, apenas os Ministros Marco Aurélio e Sepúlveda Pertence enxergaram a *cassação da interpretação* do TSE, sem qualquer alteração na Constituição. Todavia, os demais Ministros consideraram que a alteração se perfazia pela elevação da matéria – regras para celebração de coligações – ao patamar constitucional. Ao dizerem que anteriormente era ela tratada apenas pelo art. 6º da Lei 9.504/97, implicitamente reverberaram como legítima a criação da regra da verticalização por via de Resolução que interpretava, com mais rigor e de modo dissociado do conceito legal de circunscrição, a restrição legal à autonomia partidária.

Desse modo, o julgamento da ADI 3685/DF tem por pano de fundo a dinâmica de blindagem da jurisprudência eleitoral pelo TSE e pelo STF, que reconhece força normativa a Resoluções do TSE ainda que, conforme dito pelo Ministro Sepúlveda Pertence no anterior julgamento da ADI 2626/DF, interfiram estas no “silêncio eloquente” da Constituição e da lei, “substituindo pela de seus juízes a opção do legislador”<sup>656</sup>.

O julgamento deu ensejo à enunciação de diversas concepções sobre o processo eleitoral. E, em dinâmica até então inédita, os debates tenderam a dialogar com a formulação do Ministro Sepúlveda Pertence no sentido de que “pressuposto de toda esta discussão é se a Emenda Constitucional 52, em seu art. 1º, efetivamente alterou o processo eleitoral”. Se, para os votos vencidos, não se podia denominar *alteração* o simples esclarecimento do texto constitucional e decorrente superação da interpretação restritiva dada pelas Resoluções do TSE

---

20.993, de 26 de fevereiro de 2002, Dispõe sobre a escolha e o registro dos candidatos nas eleições de 2002, **DJ**, p. 115-118, Publicado em: 11 abr. 2002, art. 4º, §1º).

<sup>655</sup> A redação transcrita na nota anterior foi integralmente repetida em 2006 (BRASIL, Tribunal Superior Eleitoral, Resolução 22.156, de 14 de março de 2002, Dispõe sobre a escolha e registro de candidatos nas eleições, **DJ**, p. 103-106, Publicado em: 14 mar. 2006, art. 3º, §1º).

<sup>656</sup> BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Ação Direta de Inconstitucionalidade 2626/DF, Relator: Ministro Sydney Sanches, Julgado em: 18 abr. 2002, Tribunal Pleno, **DJ**, p. 13, Publicado em: 05 mar. 2004; **Ementário**, v. 02142-03, p. 354-534, Voto do Ministro Sepúlveda Pertence. Note-se que, não obstante o art. 17, §1º da CRFB dispor sobre a *autonomia partidária para definir o regime das coligações*, a ADI 2626 não foi conhecida porque a maioria dos Ministros entendeu que “nenhum dispositivo da Constituição Federal se ocupa diretamente de coligações partidárias” (*Ibid.*, Ementa.), pelo que se considerou *legítima* a atuação do TSE para, em resposta a consultas, fixar a interpretação do art. 6º da Lei 9.504/97 que *criou* um conceito de circunscrição com impactos restritivos à autonomia descrita na CRFB.

ao art. 6º da Lei 9.504/97, a maioria considerou que havia alteração a ter sua eficácia diferida pelo art. 16 da CRFB, contrariamente ao que dispunha o art. 2º da EC 52/2006.

O que capta a atenção é que se tenha buscado conferir sentido amplo ao processo eleitoral, inclusive mediante a correlação da regra da anualidade eleitoral com o devido processo legal, precisamente em um caso com as peculiaridades da ADI 3685/DF. A cogência da expressão processo eleitoral foi tomada, pontualmente, para reforçar o discurso de legitimidade da Resolução TSE 21.002/2006, deixando-se à margem o questionamento quanto à possibilidade de ser o processo eleitoral *regido* pela regra da verticalização das coligações, à margem de previsão constitucional ou legal a respeito.

Nessa linha, a Relatora, Ministra Ellen Gracie, sustentou que o art. 16 da CRFB constitui “garantia fundamental oponível até mesmo à atividade do legislador constituinte derivado”; “segurança jurídica qualificada pela própria Constituição”<sup>657</sup>. Apesar disso, considera que a não incidência da regra da anualidade eleitoral sobre a LC 64/90, conforme decisão do RE 129.393, justifica-se como “exceção ou [...] conformação de vontades do próprio constituinte originário” consignada no §9º do art. 14 da CRFB<sup>658</sup>.

Da mesma forma, o Ministro Joaquim Barbosa se opõe à “alteração abrupta [do] quadro normativo, ainda que operada por emenda constitucional”, tendo em vista a fundamentalidade do art. 16 da CRFB, “norma de contenção, de proibição, verdadeiro *garde-fou* erigido pela Constituição de 1988 à categoria de meio de preservação da higidez das regras do jogo eleitoral, protegendo-as contra aquilo que, na história recente, convencionou-se qualificar como ‘casuísmo’”<sup>659</sup>. É leitura que será, tacitamente, abandonada, especialmente no julgamento do RE 633.703/MG, quando o Ministro defenderá a aplicação imediata da LC 135/2010, Lei da Ficha Limpa, às eleições de 2010.

Por sua vez, o Ministro Ayres Britto defendeu a imperatividade do art. 16 da CRFB por nele enxergar “uma forçada *vacatio legis* operacional”, “um interregno eficaz do tipo exógeno, porque imposto pela Constituição à lei, [...] compulsório, [...] a se traduzir na idéia central de que eleição é coisa séria demais pra ser legislativamente versada na undécima

---

<sup>657</sup> BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Ação Direta de Inconstitucionalidade 3685/DF, Voto da Ministra Ellen Gracie.

<sup>658</sup> *Ibid.*

<sup>659</sup> BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Ação Direta de Inconstitucionalidade 3685/DF, Voto do Ministro Joaquim Barbosa.

hora”<sup>660</sup>, atribuindo à regra da anualidade eleitoral um caráter intransigível, que não fora contemplado no julgamento da ADI 3345/DF.

Merece nota que, nos debates, os Ministros Ayres Brito, Cezar Peluso e Gilmar Mendes tenham afirmado que a anualidade eleitoral integra a noção de *devido processo legal eleitoral*, como garantia aos protagonistas do processo eleitoral e, também, à Magistratura, para adequado desempenho de suas atividades.

Peluso, com maior precisão técnica, desenvolveu a noção de processo eleitoral adstrita à concepção teórica, fazzalariana, de processo: os atos do processo eleitoral se encadeiam, logicamente, como *fattispecie* sucessivas, que culminam na eleição como produção de efeito da vontade popular<sup>661</sup>. Ainda que a referência à Fazzalari não tenha sido expressa, trata-se de rara ocasião em que se buscou acoplar o conceito de processo eleitoral a uma matriz processual, que confere maior consistência argumentativa à conclusão do voto pela incidência da regra da anualidade eleitoral uma vez que “o modo de composição das coligações político-partidárias integra fase elementar do processo eleitoral”<sup>662</sup>.

Contudo, a abordagem prevalecente foi a leitura principiológica do art. 16 da CRFB, favorecida pelo voto do Ministro Gilmar Mendes, o qual viria a ser crescentemente prestigiado nos julgamentos seguintes.

O julgamento da ADI 3685/DF foi a ocasião para que Mendes começasse a esboçar seu conceito de processo eleitoral como recorte temporal ampliado, ao analisar impactos sobre os direitos políticos dos pretensos candidatos caso admitidas alterações: i) a menos de um ano (considera prazos de filiação e fixação de domicílio); ii) a menos de 6 meses (desincompatibilização); iii) depois de 30 junho (convenções); iv) depois de 5 de julho (registro de candidatura). Seu diagnóstico é de afetação indireta aos direitos políticos dos eleitores, dada a vulneração ao devido processo legal eleitoral, entendido como “direito a que o resultado das eleições seja consequência de um processo eleitoral incólume, protegido contra fraudes e casuísmo, regido por um sistema de regras que concretize, na sua máxima efetividade, o direito fundamental ao voto”<sup>663</sup>.

---

<sup>660</sup> BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Ação Direta de Inconstitucionalidade 3685/DF, Voto do Ministro Carlos Ayres Brito.

<sup>661</sup> BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Ação Direta de Inconstitucionalidade 3685/DF, Voto do Ministro Cezar Peluso.

<sup>662</sup> *Ibid.*

<sup>663</sup> BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Ação Direta de Inconstitucionalidade 3685/DF, Voto do Ministro Gilmar Mendes.



Além disso, o Ministro introduziu a *proporcionalidade em sentido estrito* na hermenêutica da anualidade eleitoral, afirmando que esta comparecia para assegurar às minorias políticas exercer “estratégias de articulação política em conformidade com os parâmetros inicialmente instituídos”<sup>664</sup>.

Com a fácil aderência dessa leitura principiológica à corrente vencedora no julgamento da ADI 3685/DF, rechaça-se a conclusão de que as profusas concepções de *processo eleitoral* trazidas nos votos direcionaram a aplicação da regra da anualidade. O que ocorreu é que, episodicamente, a maior amplitude do processo eleitoral e a maior eficácia da regra da anualidade eleitoral convergiam com os ditames de moralização da atividade político-partidária<sup>665</sup>. Importava reconhecer que a regra da verticalização das coligações, criada pelo TSE, por via de resposta à Consulta, estava incorporada à normatização do processo eleitoral, de modo que pudesse servir de parâmetro para controle de constitucionalidade da Emenda Constitucional que, tão somente, desdobrava a disposição constitucional, pré-existente, da extensão da autonomia partidária à celebração de coligações.

### 2.3.6 ADI 3741/DF: minirreforma eleitoral de 2006 (eleições 2006)

Ação: <b>ADI 3741/DF</b> <sup>666</sup>	Eleições: <b>2006</b>
Voto vencedor: Ricardo Lewandowski (Relator)	Data do julgamento: 06/09/2006
Resultado do julgamento: unânime (ausentes os Ministros Gilmar Mendes e Cezar Peluso).	
Ato normativo questionado: Lei 11.300, de 10/05/2006, e Resolução TSE 22.205, de 23/05/2006.	
Questão: Resolução determinou que normas sobre propaganda eleitoral, financiamento eleitoral e prestação de contas, alteradas pela lei a menos de um ano da data das eleições, seriam aplicáveis a esta, “considerando que o art. 16 da Constituição Federal não se dirige à edição de normas que não afetem o processo eleitoral”.	

<sup>664</sup> *Ibid.*

<sup>665</sup> Diante dessa constatação, pontuou o Ministro Sepúlveda Pertence, com fina ironia: “Vou-me vencer de que o art. 16 permite qualquer mudança, menos em resolução do TSE.” (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Ação Direta de Inconstitucionalidade 3685/DF, aparte do Ministro Sepúlveda Pertence ao voto do Ministro Marco Aurélio.).

<sup>666</sup> BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Ação Direta de Inconstitucionalidade 3741/DF, Relator: Ministro Ricardo Lewandowski, Julgado em: 06 ago. 2006, Tribunal Pleno, **DJ**, Publicado em: 23 fev. 2007, p. 16; **Ementário**, v. 2265-01, p. 171-218. Todas as citações do quadro seguem essa referência.

<p><i>Concepção de processo eleitoral (voto vencedor e agregados):</i></p> <ol style="list-style-type: none"> <li>1. Processo eleitoral, em sua “acepção mais estrita”, abrange a “disciplina das convenções partidárias”, “coeficientes eleitorais” e “extensão do sufrágio universal”. (Ricardo Lewandowski)</li> <li>2. Processo eleitoral abrange “toda norma com aptidão, ainda que em bases minimalistas, de interferir no exercício da soberania popular, expressa pelo sufrágio universal e voto secreto, seja para impor novos condicionamentos, seja para suprimir os que já vinham sendo tidos como parte integrante do acervo normativo destinado a reger as disputas eleitorais”. (Joaquim Barbosa, repetindo a concepção adotada na ADI 3685/DF, mas concluindo pela exclusão de normas “de ordem meramente procedimental”)</li> </ol>
<p><i>Concepções de processo eleitoral (votos vencidos):</i> não houve voto vencido.</p>
<p><i>Palavras-chave:</i> <b>sufrágio/soberania; moralidade/higidez; normas instrumentais/procedimentos; recorte temporal convenções-diplomação;</b></p>
<p><i>Ratio decidendi:</i></p> <p>Regras de natureza instrumental e de caráter moralizador atendem à necessidade de reajustamento periódico dos procedimentos eleitorais e não alteram o processo eleitoral.</p>
<p><i>Subsunção:</i></p> <p>A normas introduzidas pela Lei 11.300/2006 não alteram o processo eleitoral, pois apenas promoveram o “aperfeiçoamento” de matéria procedimental (propaganda, financiamento e prestação de contas), “com vistas a conferir mais autenticidade à relação entre partidos políticos e candidatos, de um lado, e eleitores, de outro, bem como a dar maior transparência ao modo com que os primeiros obtêm e empregam os seus recursos”.</p>
<p><i>Decisão quanto à incidência da regra da anualidade:</i></p> <p>Não incidência sobre regras de caráter “eminente procedimental”, relativas a propaganda, financiamento e prestação de contas.</p>
<p><i>Efeitos da decisão:</i></p> <p>Aplicação da Resolução TSE 22.205, que selecionou os dispositivos da Lei 11.300 aplicáveis às eleições de 2006, como a proibição de showmício e a criminalização da propaganda de boca de urna.</p>

A leitura principiológica do art. 16 da CRFB foi confirmada no julgamento da ADI 3741/DF, no qual as alterações na legislação eleitoral realizadas a menos de um ano no pleito foram avaliadas conforme os critérios teleológicos enunciados na ADI 3345/DF. Assim como nesse anterior julgamento, a anualidade eleitoral foi considerada inaplicável por não se haver verificado “rompimento da igualdade”, “deformação” capaz de afetar a “normalidade das eleições”, “perturbação do pleito” ou “alteração motivada por propósito casuístico”<sup>667</sup>. E, também como havia ocorrido naquela ADI, o resultado foi a validação de Resolução do TSE,

<sup>667</sup> BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Ação Direta de Inconstitucionalidade 3741/DF, Ementa.

dentro da dinâmica de blindagem de atos editados com amparo nas funções regulamentar e normativa do tribunal.

A Lei 11.300, que introduziu diversas alterações na Lei 9.504/97, havia sido publicada em 10/05/2006. Inusitadamente, previu em seu art. 2º que “o Tribunal Superior Eleitoral expedirá instruções objetivando a aplicação desta Lei às eleições a serem realizadas no ano de 2006”<sup>668</sup>. Com isso, o legislador convocava o TSE a antecipar-se a questionamentos das alterações legislativas frente à regra da anualidade, abrindo ensejo mesmo para sua desconsideração por força de uma atípica *interpretação autêntica*.

O TSE atendeu à determinação. Por meio da Resolução TSE 22.205/2006, editada em 23 de maio e publicada em 13 de junho daquele ano, invocou “a necessidade de exame da constitucionalidade das normas aplicáveis às eleições”, estabeleceu que “o art. 16 da Constituição Federal não se dirige à edição de normas que não afetem o processo eleitoral” e, então, *resolveu* serem aplicáveis às eleições de 2006 os dispositivos que arrolou<sup>669</sup>.

Os autores da ADI 3741/DF e das ações apensas (ADIs 3742/DF e 3743/DF), três partidos políticos, questionavam a aplicação da Lei 11.300 ao pleito de 2006, ao argumento de que suas disposições “alteram e interferem diretamente no processo eleitoral, já que dispõem sobre regras que influenciam na campanha adotada pelos candidatos” e “nas estratégias que serão tomadas”<sup>670</sup>. Sua argumentação apontou, diretamente, para a incidência da regra em caso de lei, publicada a menos de um ano, com impacto sobre o processo eleitoral.

As informações prestadas pelo Presidente do Congresso Nacional, no entanto, centraram-se sobre a não indicação de “onde residiriam exatamente os riscos da manutenção da norma impugnada no sistema jurídico” e – contraditoriamente – o prejuízo decorrente de “uma nova modificação de vigência, às vésperas do início das campanhas”, caso acolhida a pretensão<sup>671</sup>. Por sua vez, a Procuradoria-Geral da República expressamente consignou entendimento no sentido de que alterações sobre “o modo pelo qual as campanhas irão se pautar” não acarretavam “surpresa no processo eleitoral”, vez que intocadas as “regras para a

---

<sup>668</sup> BRASIL, Lei 11.300, de 10 de maio de 2006, Dispõe sobre propaganda, financiamento e prestação de contas das despesas com campanhas eleitorais, alterando a Lei no 9.504, de 30 de setembro de 1997, **DOU**, 11 maio 2006, p. 1, col. 2, art. 2º.

<sup>669</sup> BRASIL, Tribunal Superior Eleitoral, Resolução 22.205, de 23 de maio de 2006, Regulamenta a Lei nº 11.300, de 10 de maio de 2006, que dispõe sobre propaganda, financiamento e prestação de contas das despesas com campanhas eleitorais, alterando a Lei nº 9.504, de 30 de setembro de 1997, **DJ**, p. 87, Publicado em: 13 jun. 2006.

<sup>670</sup> BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Ação Direta de Inconstitucionalidade 3741/DF, Relatório.

<sup>671</sup> *Ibid.*

legitimação do procedimento de escolha dos agentes políticos” e ausentes “normas que tenham o potencial de remexer os contingentes parlamentares atingindo a participação e coeficientes partidários das casas legislativas, ou ainda, possam resultar na mudança do resultado na votações majoritárias para Chefe do Poder Executivo”<sup>672</sup>.

Reconhecendo que a ADI questionava também a Resolução TSE 22.205/2006, o Relator, Ministro Ricardo Lewandowski, invocou a Súmula 72 do STF para permitir a participação, no julgamento da ação de controle concentrado, dos Ministros que subscreveram a citada Resolução. Tratava-se de interpretação extensiva ao enunciado, calcado em decisões a respeito da participação de Ministros integrantes do TSE “no julgamento da questão constitucional” devolvida, em grau de recurso, ao STF<sup>673</sup>.

Com apoio na concepção de Niklas Luhmann sobre *legitimação pelo procedimento*, Lewandowski sustentou que “o processo eleitoral [...], numa democracia, deriva sua legitimidade de um conjunto de procedimentos, aperfeiçoados de tempos em tempos, que se destinam a evitar, o tanto quanto possível, a ocorrência de deformações e desequilíbrios, conferindo a mais ampla credibilidade aos seu resultado final”<sup>674</sup>. Afirmou que o acesso de eleitores a “informações livres de distorções” e a “participação igualitária” de partidos e candidatos, com impedimento à obtenção de “vantagens indevidas”, “traduzem o ideal de um processo eleitoral livre e democrático, assentado, ademais, sobre o postulado constitucional da moralidade”<sup>675</sup>.

Essa concepção teleológica da anualidade eleitoral, encarada como princípio, fez com que se tornasse secundária a conceituação de *processo eleitoral* trazida no voto de Relatoria. De passagem, o Ministro Lewandowski afirma que as novidades trazidas pela Lei 11.300/2006 não alteraram a disciplina das convenções partidárias, dos coeficientes eleitorais ou a extensão do sufrágio universal. Estas seriam as “normas relativas ao processo eleitoral”, enquanto as regras relativas à propaganda, ao financiamento e à prestação de contas teriam “caráter eminentemente procedimental”<sup>676</sup>.

---

<sup>672</sup> *Ibid.*

<sup>673</sup> “No julgamento de questão constitucional, vinculada a decisão do Tribunal Superior Eleitoral, não estão impedidos os ministros do Supremo Tribunal Federal que ali tenham funcionado no mesmo processo, ou no processo originário.” (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Súmula 72, Disponível em: <http://www.tse.jus.br/legislacao/codigo-eleitoral/sumulas/sumulas-do-stf/sumula-stf-nb0-72>, Acesso em: 18 dez. 2018.).

<sup>674</sup> BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Ação Direta de Inconstitucionalidade 3741/DF, Voto do Ministro Ricardo Lewandowski.

<sup>675</sup> *Ibid.*

<sup>676</sup> *Ibid.*

A conclusão do voto abraça a visão teleológica própria da teoria do processo como relação jurídica: “não se registrou, portanto, qualquer alteração do processo eleitoral, propriamente dito, mas tão-somente o aprimoramento de alguns de seus procedimentos, os quais constituem regras de natureza instrumental, que permitem, em seu conjunto, que ele alcance seus objetivos”<sup>677</sup>.

A adoção da distinção entre *processo* e *procedimento*, com guarida ao instrumentalismo processual, a princípio remeteria à *ratio decidendi* do julgamento da ADI 354/DF. Porém, o que ocorre é que tal distinção foi feita, na ADI 3741/DF, com a finalidade de *excluir* do alcance do art. 16 da CRFB o que as regras procedimentais, em franco contraste com o que resultou da ADI 354/DF. Isso torna ainda menos discerníveis os limites semânticos emprestados pelo STF à expressão *processo eleitoral*, pois mesmo uma doutrina processual similar pôde ensejar duas conclusões antagônicas quanto a seu alcance – a primeira, a estabelecer que *se restringe* a normas procedimentais; a segunda, a indicar que tais normas devem justamente ser postas *fora* do âmbito do processo eleitoral.

Os votos que seguiram ao do Relator foram sucintos.

Nem mesmo por parte do Ministro Marco Aurélio de Mello, que vinha em todos os julgamentos anteriores reivindicando a adstrição hermenêutica da regra da anualidade eleitoral ao limite textual do art. 16 da CRFB, houve oposição à adoção da “interpretação teleológica do preceito”<sup>678</sup>.

O Ministro Sepúlveda Pertence limitou-se a registrar que, não obstante filiar-se “notoriamente, em vários precedentes,” a “um conceito maximalista do que seja processo eleitoral”, teve dissipadas as dúvidas relativas às alterações em matéria de propaganda eleitoral, já que não promoviam “vantagem desta ou daquela corrente partidária”<sup>679</sup>.

Quanto ao Ministro Joaquim Barbosa, embora retomando a afirmação de que “o conceito de processo eleitoral há de ter uma compreensão e extensão tão ampla quanto os seus termos comportem”, endossou a ideia de que normas *meramente procedimentais* não tinham aquela *aptidão, ainda que em bases minimalistas*, para impactar sobre o exercício da soberania popular<sup>680</sup>.

---

<sup>677</sup> *Ibid.*

<sup>678</sup> BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Ação Direta de Inconstitucionalidade 3741/DF, Voto do Ministro Marco Aurélio de Mello.

<sup>679</sup> BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Ação Direta de Inconstitucionalidade 3741/DF, Voto do Ministro Sepúlveda Pertence.

<sup>680</sup> BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Ação Direta de Inconstitucionalidade 3741/DF, Voto do Ministro Joaquim Barbosa.

Ao final da análise, a regra da anualidade eleitoral teve sua incidência afastada, com base nos critérios elencados no julgamento da ADI 3345/DF, os quais, segundo o Ministro Lewandowski, conferiam “o devido temperamento ao contingenciamento temporal a que se submete a legislação eleitoral”<sup>681</sup>. Celebrado o “caráter eminentemente moralizador” e justificada a “necessidade de reajustamento periódico dos procedimentos eleitorais”<sup>682</sup>, o conceito de *processo eleitoral* já não inspirava a aplicação incisiva da regra da anualidade vista seis meses antes, no julgamento da ADI 3685/DF<sup>683</sup>.

### 2.3.7 ADI 4298/TO MC: regras para eleição indireta de Governador (eleições 2006)

Ação: <b>ADI 4298/TO MC</b> <sup>684</sup>	Eleições: <b>2006</b>
Voto vencedor: Cezar Peluso (Relator)	Data do julgamento: 07/10/2009
<i>Resultado do julgamento:</i> unânime (Joaquim Barbosa, parcialmente vencido no mérito, pois concedeu parcialmente a medida cautelar para suspender a regra de voto aberto, aderiu ao voto de Relatoria na questão relativa à regra da anualidade. Ausente o Ministro Celso de Mello.)	
<i>Ato normativo questionado:</i> Lei 2.154, de 25/09/2009 (Lei Estadual - TO)	
<i>Questão:</i> Aplicação, nas novas eleições indiretas para os cargos de Governador e Vice-Governador, de lei estadual que, dias antes da data designada para aquelas, criou exigência de voto nominal e aberto pelos Deputados Estaduais.	

<sup>681</sup> BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Ação Direta de Inconstitucionalidade 3741/DF, Voto do Ministro Ricardo Lewandowski.

<sup>682</sup> *Ibid.*

<sup>683</sup> Cabe o registro, em arremate, que o TSE viria a se pronunciar sobre a aplicabilidade de outra minirreforma eleitoral publicada a menos de um ano da data das eleições. Tal ocorreu no bojo da CTA 1000-75, por meio da qual o TSE declarou a integral não aplicação da Lei 12.891, de 11/12/2013, às eleições 2014. Deve-se observar que algumas alterações dessa lei recaíram em pontos antes alterados pela Lei 11.300, mas o desfecho quanto à incidência da regra da anualidade eleitoral foi diverso. O Ministro Gilmar Mendes, redator para o acórdão, conseguiu fazer prevalecer o entendimento, inicialmente esboçado na ADI 3685/DF, segundo o qual o viés casuístico de alterações da legislação eleitoral se faz presente mesmo em normas que ampliavam a participação, como a eliminação da sanção de cancelamento de filiações dúplices (art. 22 da Lei 9.096), uma vez que se violava a igualdade de chances com base nas regras do jogo e o direito das minorias parlamentares. (BRASIL, Tribunal Superior Eleitoral, Consulta 1.000-75, Relator: Ministro João Otávio de Noronha, Redator para o acórdão: Ministro Gilmar Mendes, Julgado em: 24 jun. 2014, **DJe**, p. 338, Publicado em: 1 set. 2014.).

<sup>684</sup> BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Medida Cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade 4298/TO, Relator: Ministro Cezar Peluso, Julgado em: 07 out. 2009, Tribunal Pleno, **DJe**, n. 233, Publicado em: 27 nov. 2009; **Ementário**, v. 2384-01, p. 93-144. Todas as citações do quadro seguem essa referência.

<p><i>Concepção de processo eleitoral (voto vencedor e agregados):</i></p> <p>Processo eleitoral abrange eleições diretas por sufrágio popular e voto secreto e direto, dele sendo excluída a “matéria político-administrativa” relativa à “escolha do Governador e do Vice-Governador de Estado, para efeito do exercício residual do mandato político, na hipótese de dupla vacância desses cargos executivos.” (Cezar Peluso, transcrevendo voto de Celso de Mello na ADI 1.057/BA MC – neste, não foi discutida a questão relativa à incidência da regra da anualidade.)</p>
<p><i>Concepções de processo eleitoral (votos vencidos):</i> não houve voto vencido na questão.</p>
<p><i>Palavras-chave:</i> <b>sufrágio/soberania</b></p>
<p><i>Ratio decidendi:</i></p> <ol style="list-style-type: none"> <li>1. Caráter não-eleitoral na norma do art. 81, §1º, da CRFB, que dispõe sobre as eleições para suprir dupla vacância dos cargos de Presidente e Vice.</li> <li>2. Processo eleitoral não abrange regras quanto ao procedimento a ser observado pelas Assembleias para a eleição indireta de Governador e Vice.</li> </ol>
<p><i>Subsunção:</i></p> <p>A realização de eleição indireta pela Assembleia Legislativa não diz respeito ao exercício do sufrágio e, portanto, não se insere no processo eleitoral.</p>
<p><i>Decisão quanto à incidência da regra da anualidade:</i></p> <p>Não incidência sobre as regras para realização de eleições extemporâneas destinadas a suprir a dupla vacância do cargo de Governador e Vice-Governador.</p>
<p><i>Efeitos da decisão:</i></p> <p>Novas eleições em 08/10/2009, relativas aos mandatos de Governador e Vice-Governador desconstituídos no RCED 698, observaram as regras estaduais publicadas a menos de um mês da data designada: eleições indiretas, com voto nominal e aberto.</p>

A medida cautelar requerida na ADI 4298/TO foi levada a plenário na véspera da eleição designada para preenchimento dos cargos de Governador e Vice-Governador do Tocantins, em decorrência da procedência do pedido formulado no RCED 698, por acórdão publicado em 12/08/2009. Questionava-se dispositivo da lei estadual do Tocantins que, publicada em 25/09/2009, determinara que as novas eleições, na modalidade indireta, seriam decididas por voto nominal e aberto, contrariando a previsão constitucional do sigilo do voto. A lei fora editada com base no art. 39, §5º da Constituição do Tocantins, segundo o qual “ocorrendo a vacância nos dois últimos anos do período governamental, a eleição para ambos os cargos será feita trinta dias depois da última vaga, pela Assembleia Legislativa, *na forma da lei*”<sup>685</sup>.

<sup>685</sup> TOCANTINS, Constituição do Estado do Tocantins, de 5 de outubro de 1989, Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/70431>, Acesso em: 27 dez. 2018, art. 39, §5º.

O Relator, Ministro Cezar Peluso, apresentou quatro asserções para encadear seu raciocínio: i) o art. 81, §1º, da CRFB, relativo às eleições em caso de dupla vacância dos cargos de Presidente e Vice-Presidente não é de reprodução obrigatória nas Constituições Estaduais, ou seja, não se aplica, no caso, o princípio da simetria; ii) é constitucional a previsão de eleição indireta, pelas Constituições Estaduais, no caso de dupla vacância ocorrida no segundo biênio dos mandatos de Governador e Vice-Governador, uma vez que a medida se mostra *proporcional*, como “sensata resposta [...] às demandas de uma excepcional conjuntura que, por seu decisivo ingrediente temporal, desaconselharia realização de eleição direta, com todos os seus pesados e intuitivos custos ao aparato administrativo e à própria sociedade”; iii) feita, pela Constituição Estadual, remissão à *lei* para regulamentar a eleição indireta, tal lei é de competência do Estado-membro, porque “a escolha parlamentar dos novos mandatários do Poder Executivo estadual acha-se desvestida de caráter eleitoral” e, portanto, coloca-se fora da competência privativa da União para legislar sobre Direito Eleitoral (art. 22, I, CRFB); iv) a exigência constitucional do voto secreto somente se aplica a eleições diretas, sendo a regra, nas decisões dos órgãos legislativos, o voto aberto<sup>686</sup>.

A menção ao processo eleitoral e a questão da incidência da regra da anualidade foram trazidas no âmbito da terceira asserção.

O Relator invocou, como precedente, o julgamento da ADI 1.057/BA MC, julgada em 06/04/2001. Da transcrição de trechos do voto do Ministro Celso de Mello, colhe-se uma distinção de *natureza* da decisão para preenchimento de cargos eletivos conforme o tipo de procedimento para tanto previsto. Uma vez que a CRFB estipulou o sufrágio universal e o voto popular, direto e secreto para a “escolha [do] mandato quadrienal de Governador” (art. 28, CRFB), tem-se aí *processo eleitoral*. No entanto, “a escolha do Governador e do Vice-Governador de Estado, para efeito do exercício residual do mandato político, na hipótese de dupla vacância desses cargos executivos” é “matéria político-administrativa que se acha essencialmente sujeita, no que concerne à sua positivação formal, ao domínio institucional reservado à atuação normativa do Estado-membro”<sup>687</sup>.

Esse raciocínio denota mais uma utilização da distinção instrumental entre *processo* e *procedimento*, desta feita para estabelecer que a ocasional adoção do procedimento da eleição indireta, mesmo que por mera contingência temporal e de redução de *pesados e intuitivos custos*

---

<sup>686</sup> BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Medida Cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade 4298/TO, Voto do Ministro Cezar Peluso.

<sup>687</sup> BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Medida Cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade 4298/TO, Ministro Celso de Mello *apud* Voto do Ministro Cezar Peluso.



da eleição direta, tem o condão de transmutar o processo eleitoral em um processo político *sui generis*. O aspecto teleológico do processo comparece para sugerir que somente se está diante de processo eleitoral quando em curso o exercício do sufrágio direto. Cassados os eleitos e convocadas eleições indiretas,

[...] a escolha parlamentar dos novos mandatários do Poder Executivo estadual acha-se desvestida de caráter eleitoral, porque, constituindo ato essencialmente político, contém, veicula e exterioriza uma decisão de poder, cuja prática, superando o campo do mero processo eleitoral, projeta-se na dimensão mais ampla do exercício, pelo Estado-membro, da irrecusável autonomia política de que dispõe em matéria de organização dos poderes locais<sup>688</sup>.

A oposição entre *mero processo eleitoral* e *decisão de poder* evoca a tradicional compreensão dos atos performativos como atos de autoridade, que entrava a percepção da decisão eleitoral como atividade processualizada. O adjetivo *mero* denota atecnia, ausência de demarcação científica, a utilização do termo *processo* em acepção comum. Contrasta com o âmbito organizado da produção dos atos estatais, qualificados como *decisão de poder*, tecnicamente obtidas por meio de procedimentos nos quais, sem dificuldade, se divisa a autoridade performadora que os toma por instrumento.

Uma vez reduzido o *processo eleitoral* ao fenômeno cuja exteriorização é a eleição direta, o Relator da ADI 4298/TO MC avança para afirmar, quanto ao procedimento da eleição indireta, que “predefinido seu caráter não-eleitoral, não há excogitar ofensa ao princípio da anterioridade da lei eleitoral estabelecido pelo art. 16 da Constituição da República”. Nas palavras do Ministro Joaquim Barbosa “a lei impugnada não cuida de processo eleitoral, portanto a ela não se aplica o princípio da anualidade”<sup>689</sup>.

Trata-se de silogismo falho, já visto no julgamento das ADIs 733 e 718, pelo qual, para a incidência da regra da anualidade eleitoral, não mais se indaga se determinada lei altera o processo eleitoral, mas, sim, se se trata de lei eleitoral. Assim, não se colocou em questão o fato de que os mandatos formados em 2006 e desconstituídos em 2009 seriam suplementados conforme lei criada *após a decisão de cassação dos diplomas*.

A unanimidade quanto à parte dispositiva foi obtida ainda que nem todos os Ministros tenham aderido claramente à recusa de caráter eleitoral à eleição indireta. Segundo a Ministra

---

<sup>688</sup> *Ibid.*

<sup>689</sup> BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Medida Cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade 4298/TO, Voto do Ministro Joaquim Barbosa.

Carmen Lúcia, trata-se “de matéria eleitoral, mas não de Direito Eleitoral”<sup>690</sup>. Por sua vez, o Ministro Marco Aurélio afirmou que “o tema não compõe [...] o processo eleitoral, muito embora haja a índole eleitoral”<sup>691</sup>. Ambos acompanharam, sem entraves, a conclusão quanto à não incidência da regra da anualidade eleitoral.

Houve unanimidade, também, quanto à conclusão de que lei da União não poderia dispor sobre a eleição indireta destinada ao preenchimento do denominado *mandato-tampão*, o que posteriormente viria a ser feito pela Lei 13.165/2015. O ponto é digno de nota, uma vez que demonstra a fragilidade da *ratio decidendi* que culminou na não aplicação da regra da anualidade no caso em análise.

No julgamento da ADI 4298/TO MC, o modo de eleição para o *mandato-tampão* foi tratado como “matéria político-administrativa que postula típica decisão do poder geral de autogoverno, inerente à autonomia política dos entes federados”, razão pela qual somente a lei estadual poderia sobre ela dispor<sup>692</sup>. O Relator evocou a categórica afirmação de Celso de Mello na ADI 1.057/BA MC, no sentido de que, “a prerrogativa jurídico institucional da Assembleia Legislativa [...] pré-exclui [...] qualquer possibilidade de intervenção normativa da União Federal na definição da disciplina ritual desse processo de escolha eminentemente política dos sucessores, por um período administrativo meramente residual”<sup>693</sup>.

Assim, conforme consignou o STF, as eleições indiretas para complementação de tempo de mandato, porquanto inseridas no âmbito de autonomia dos Estados-membros, não poderiam ser objeto de lei federal. Estava-se a estatuir regra de competência, constitucional, que, como tal, deveria ser balizadora da análise de constitucionalidade de eventuais leis que não a observassem.

Ocorre que, em 2015, a lei 13.165 introduziu, no art. 224 do CE, o §4º, que instituiu as eleições indiretas como procedimento em caso de indeferimento de registro, cassação do diploma ou perda de mandato dos eleitos em pleito majoritário, “se a vacância do cargo ocorrer a menos de seis meses do final do mandato”<sup>694</sup>. A regra teve sua inconstitucionalidade suscitada

---

<sup>690</sup> BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Medida Cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade 4298/TO, Voto da Ministra Carmen Lúcia.

<sup>691</sup> BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Medida Cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade 4298/TO, Voto do Ministro Marco Aurélio.

<sup>692</sup> BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Medida Cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade 4298/TO, Voto do Ministro Cezar Peluso.

<sup>693</sup> BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Medida Cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade 4298/TO, Ministro Celso de Mello *apud* Voto do Ministro Cezar Peluso.

<sup>694</sup> BRASIL, **Código Eleitoral**, art. 224, §4º.

na ADI 5525, mas o STF excluiu de seu âmbito apenas os cargos de Presidente e Vice-Presidente, com fundamento na aplicabilidade do art. 81, §1º, da CRFB para a suplementação desses cargos também em razão das denominadas *causas eleitorais*<sup>695</sup>. Restou vencido o Ministro Alexandre de Carvalho, que considerou haver a supressão da competência da lei

---

<sup>695</sup> Antes do §4º do art. 224 do CE fazer uso expresso do termo *vacância*, havia celeuma quanto à aplicação do §1º do art. 81 da CRFB em caso de eventual cassação da chapa presidencial por decisão da Justiça Eleitoral. No próprio julgamento da ADI 4298/TO MC, o tema foi tangenciado. O Ministro Ayres Britto, como subsídio para a vitoriosa exclusão das eleições indiretas do âmbito do processo eleitoral, afirmou que “a eleição só é indireta, mesmo no plano federal, quando o fato gerador da dupla vacância é não-eleitoral – um impeachment, uma morte, uma renúncia, uma interdição por doença”, mas haveria eleição direta – e, então, processo eleitoral – se a renovação das eleições presidenciais decorresse de “fato gerador [...] eleitoral”. (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Medida Cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade 4298/TO, Voto do Ministro Carlos Ayres Britto.). O Ministro Marco Aurélio se opôs a essa distinção, sustentando que o dispositivo constitucional se aplicava independente da causa, uma vez impossível deixar de considerar que “o afastamento da vontade popular se dá mediante preceito sensível”, invariavelmente. (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Medida Cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade 4298/TO, Voto do Ministro Marco Aurélio de Mello.). A distinção de procedimentos para o preenchimento do cargo presidencial conforme a causa da extinção precoce do mandato encontrava também prestígio na literatura. José Jairo Gomes defendia, antes da alteração do art. 224 do CE, que a expressão “vagando os cargos de Presidente e Vice-Presidente da República”, com a qual se inicia o art. 81, §1º, CE, indicaria que este somente se aplica a situações em que tenha havido regular preenchimento dos cargos, precedido de votação e diplomação válidas. Assim, não haveria colisão entre a previsão constitucional de convocação obrigatória de novas eleições em caso de vagem os cargos de Presidente e Vice-Presidente e a possibilidade, então extraída do dispositivo do Código Eleitoral, de aproveitamento da eleição, com convocação da chapa segunda colocada para terminar o quadriênio, a despeito da anulação dos votos dos eleitos, se estes não tivessem logrado mais de 50% dos votos originariamente válidos. (GOMES, José Jairo, **Direito eleitoral**, 11. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 692.). Teve-se oportunidade de sustentar, em sentido contrário, que, não havendo a CRFB restringido a convocação de novas eleições a causas não-eleitorais, era ausente ensejo para convocação do segundo colocado com base no Código Eleitoral. Afinal, isso significaria convalidar, ainda que parcialmente, o resultado de uma eleição sabidamente viciada, quando a norma constitucional rechaça tal medida mesmo ante uma eleição plenamente válida, se em algum momento advém o término anormal dos mandatos formados. Desse modo: “há uma diretriz constitucional que recusa a possibilidade de que o acaso leve à ocupação de cargos eletivos por candidatos vencidos. [...] Essa interpretação parece juridicamente mais consistente do que considerar, sem qualquer outro elemento corroborante, que a Constituição tenha pretendido restringir o conceito de “vacância” a causas não eleitorais de extinção do mandato. [...] Constata-se a suficiência normativa da regra do art. 81, caput e §1º, da CR/88 para regular, integralmente, toda a matéria relativa à suplementação dos mandatos de Presidente e Vice-Presidente. É dizer: no caso brasileiro, a Constituição quis definir que, extintos antes de seu termo final ambos os mandatos do Executivo Nacional, serão convocadas novas eleições, reservada a modalidade indireta para a vacância no segundo biênio do mandato.” (GRESTA, Roberta Maia, O que as ações contra Dilma e Temer podem reservar ao cenário político? **Jota**, coluna e-leitor, 29 abr. 2016, Disponível em: <http://jota.uol.com.br/e-leitor-o-que-aco-es-contr-a-dilma-e-temer-podem-reservar-ao-cenario-politico>, Acesso em: 02 maio 2016.). No mesmo sentido: FRAZÃO, Carlos Eduardo, A inaplicabilidade do art. 224, §4º, do Código Eleitoral, a eleições para o Poder Executivo, *in*: FUX, Luiz; FRAZÃO, Carlos Eduardo (Orgs.), **Novos paradigmas do Direito Eleitoral**, Belo Horizonte: Fórum, 2016. Deve-se registrar que, a partir de 2016, diante da inserção do §4º no art. 224 do CE, José Jairo Gomes reviu sua posição e passou a afirmar que “o art. 81, §1º, da Constituição não aponta qualquer causa de vacância dos cargos de titular e vice”, de modo que “não se vislumbra óbice à sua incidência nos domínios eleitorais [...]”. (GOMES, **Direito eleitoral**, p. 842.).

estadual e municipal para dispor sobre a renovação das eleições para os cargos de Governador e Prefeito e respectivos Vices<sup>696</sup>.

O caso ilustra a solução técnica fornecida pela ciência dogmática: em lugar de se arguir a lei, tomando por parâmetro a construção teórica que se pretendia extrair da Constituição – a incompetência da União para legislar sobre eleições indiretas para suplementação de mandato de Governador e Vice-Governador –, reconstrói-se a norma constitucional por uma *interpretação conforme à lei*. O abandono do arcabouço teórico-dogmático se faz, assim, sem testificação crítica de suas proposições, mas por atender, em dado momento, à demanda de operatividade do sistema.

Cabia, na ocasião do julgamento da ADI 5525/DF, enfrentar as aporias deixadas no julgamento da ADI 4298/TO MC, quando se formou um consenso silencioso sobre a irrelevância do fato de que as eleições indiretas convocadas em decorrência da procedência do RCED 698 prestavam-se a substituir a decisão do eleitorado, invalidada em decorrência de cassação dos diplomas dos eleitos. A ideia de que o preenchimento de *tempo residual* de mandato decorre de um ato performativo *estatal*, de autoria do *órgão legislativo*, sem conexão com a *decisão eleitoral* produzida no âmbito do processo eleitoral foi acolhida sem qualquer resistência argumentativa.

Precisamente pela ligeireza com que refutou a incidência da regra da anualidade eleitoral para suspender a eficácia da lei que, no último ano do mandato e após a cassação dos eleitos, regulamentara o procedimento das novas eleições, o acórdão é sintomático da carência de teorização do processo eleitoral calcada em uma teoria processual democrática.

---

<sup>696</sup> SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, STF conclui julgamento de ações sobre regras da Minirreforma Eleitoral, **Notícias STF**, 8 mar. 2018, Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=371769>, Acesso em: 27 dez. 2018. Até a data da conclusão desta tese, o acórdão não havia sido publicado.

2.3.8 ADI 4307/DF: aplicação retroativa do número máximo de vereadores fixado na EC 58/2009 (eleições 2008)

Ação: <b>ADI 4307/DF</b> <sup>697</sup>	Eleições: <b>2008</b>
Voto vencedor: Carmen Lúcia (Relatora)	Data do julgamento: 11/04/2013
Resultado do julgamento: unânime (ausentes os Ministros Gilmar Mendes e Teori Zavascki)	
Ato normativo questionado: art. 3º da EC 58, DE 23/09/2009	
Questão: Determinação de aplicação às eleições 2008 da alteração do art. 29 da CRFB, que fixou quantitativos máximos de Vereadores, em patamares mais elevados que a Resolução TSE 21.702.	
<p>Concepção de processo eleitoral (voto vencedor e agregados):</p> <p>Processo eleitoral é o “conjunto de regras e ritos que devem ser seguidos para a escolha dos representantes”, o que abrange “a quantidade de vagas a serem preenchidas”. (Carmen Lúcia)</p>	
Concepções de processo eleitoral (votos vencidos): não houve voto vencido.	
Palavras-chave: <b>sufrágio/soberania; normas instrumentais/procedimentos; recorte temporal convenções-diplomação</b>	
<p>Ratio decidendi:</p> <ol style="list-style-type: none"> <li>1. O processo eleitoral se encerra com a diplomação e os recursos interpostos em face desta, não podendo haver norma que altere os efeitos do processo concluído.</li> <li>2. “A segurança jurídica e a estabilidade do direito impõem seja espeitado o devido processo legal eleitoral, cuja dinâmica fixa os parâmetros para a justa e igualitária competição no jogo político”.</li> <li>3. “[...] se a alteração da legislação eleitoral realizada há menos de um ano das eleições não pode ser a ela aplicada, pela mesma razão não se pode admitir que [...] modificações possam retroagir seus efeitos para alcançar pleito aperfeiçoado um ano antes de sua promulgação [...]”.</li> </ol>	
<p>Subsunção:</p> <p>“A incidência retroativa da norma que alterou a composição das Câmaras Municipais repercute diretamente em processo eleitoral exaurido, fragilizando as relações jurídicas que se estabeleceram em razão da disciplina normativa que vigorava no momento do pleito” e “configura agressão a direito fundamental do cidadão”.</p>	
<p>Decisão quanto à incidência da regra da anualidade:</p> <p>Incidência sobre parâmetros que permitiriam a ampliação do número de cadeiras de vereadores após a diplomação, por constituir alteração do resultado de processo eleitoral encerrado (retroação de efeitos).</p>	

<sup>697</sup> BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Ação Direta de Inconstitucionalidade 4307/DF, Relatora: Ministra Carmen Lúcia, Julgado em: 11 abr. 2013, Tribunal Pleno, **DJe**, n. 192, Publicado em: 01 out. 2013. Todas as citações do quadro seguem essa referência.

*Efeitos da decisão:*

Aplicaram-se à legislatura 2009-2012 os números de cadeiras nas Câmaras pré-existentes ao registro de candidaturas em 2008.

A disputa institucional entre o Poder Legislativo e o Poder Judiciário quanto aos parâmetros para fixação do número de cadeiras nas Câmaras Municipais teve seu derradeiro capítulo no julgamento da ADI 4307/DF. Mais de cinco anos depois de haverem o STF e o TSE, no julgamento do RE 197.917 (Mira Estrela) e na edição da Resolução TSE 21.702/2004, mitigado os limites máximos de Vereadores previstos no inciso IV do art. 29 da CRFB, adveio a reação do Congresso Eleitoral. A EC 58, de 23/09/2009, alterou o dispositivo constitucional, assimilando a ideia de *proporcionalidade* com que os tribunais haviam justificado sua intervenção normativa, mas em parâmetros mais generosos que o escalonamento antes imposto pelos Tribunais.

Ocorre que o inciso I do art. 3º da EC 58/2009 estatuiu que a alteração se aplicaria “a partir do processo eleitoral de 2008” – ou seja, às eleições concluídas no ano anterior à promulgação da Emenda.

A petição inicial da ADI 4307/DF alegava haver “aplicação retroativa da norma constitucional”, uma vez que obrigaria “todos os municípios do país a refazer os cálculos dos quocientes eleitoral e partidário (arts. 106 e 107 do Código Eleitoral), com nova distribuição de cadeiras, a depender dos números obtidos”<sup>698</sup>. Isso modificaria significativamente o desenho dos parlamentos municipais, ao ponto, mesmo, de atribuir assentos a partidos que não tivessem logrado, em 2008, atingir o coeficiente eleitoral.

As informações prestadas pelo Senado Federal refutavam o caráter processual da alteração. Para tanto, invocava a instrumentalidade processual, em uma abordagem que pretendia delimitar o término do processo eleitoral na proclamação dos resultados:

Norma processual é a que diz com a realização do pleito, com o processo de candidaturas, de eleições, de contagem de votos, etc. Em suma: as normas processuais são normas instrumentais destinadas a conformar o processo eleitoral, desde sua fase inicial até a proclamação de seu resultado. A norma contida no art. 1º da Emenda Constitucional n. 58, de 2009, e que tem seus efeitos aplicáveis ao pleito de 2008 por força do art. 3º, inc. I, da mesma Emenda, não diz com o processo eleitoral, mas com o limite de vagas nas Câmaras Municipais. Por seu turno, o inciso I do art. 3º não revolve o processo eleitoral de 2008 [...], mas apenas recebe daquele pleito uma moldura fática, pronta e acabada, que configura ato jurídico perfeito, e lhe confere uma nova

<sup>698</sup> BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Ação Direta de Inconstitucionalidade 4307/DF, Relatório.

configuração no sistema jurídico. Os efeitos do processo eleitoral são os mesmos: a ordem de classificação ali existente fica mantida.<sup>699</sup>

Essas informações partiam de uma premissa equivocada: a de que aplicar os novos quantitativos de cadeiras implicaria somente em convocar novos Vereadores, conforme a ordem de suplência já estabelecida. Implicitamente, assumiram que seriam mantidos os resultados obtidos conforme o cálculo do quociente eleitoral que tomara como divisor um número *menor* de cadeiras. O *encerramento* do processo eleitoral, conforme esse entendimento, cristalizaria o resultado apurado em 2008, mas a posse, ato posterior que não integra o processo eleitoral, poderia ser efetivada com base no número *maior* de cadeiras.

A Relatora, Ministra Carmen Lúcia, rechaçou essas conclusões. Enfatizou que o número de cadeiras em disputa é “fator que influencia a tomada de decisão em todas as etapas do processo eleitoral, desde as convenções partidárias (na escolha de candidatos e no registro de candidaturas), passando pela eleição propriamente dita”, além de projetar-se “na apuração do resultado, em razão de sua utilização no cálculo dos quocientes eleitoral e partidário”<sup>700</sup>. Concluiu, por isso, pela “afronta ao processo político juridicamente perfeito”, decorrente da “criação de mandato por aumento da representação”<sup>701</sup>.

A procedência do pedido, com declaração de inconstitucionalidade inciso I do art. 3º da EC 58/2009, foi acompanhada à unanimidade, não contando o acórdão com outros votos ou manifestações transcritas.

Embora a Relatora tenha partido da concepção de processo eleitoral como recorte temporal, conferiu a este relevante aporte argumentativo. Isso porque não tomou termos inicial e final do procedimento como guia para eliminar do conceito de processo eleitoral todos os atos anteriores ou posteriores a esse período – particularmente, a posse dos candidatos mais bem classificados na ordem de suplência. Ao contrário, atentou para a necessidade de preservação da normatividade incidente sobre uma determinada eleição *até a produção de seus efeitos decisórios*, ou seja, até a efetiva formação dos mandatos. Consignou, assim, que “a eleição é processo político aperfeiçoado segundo as normas jurídicas vigentes em sua preparação e em sua realização”<sup>702</sup>.

---

<sup>699</sup> *Ibid.*

<sup>700</sup> BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Ação Direta de Inconstitucionalidade 4307/DF, Voto da Ministra Carmen Lúcia.

<sup>701</sup> *Ibid.*

<sup>702</sup> *Ibid.*

Sua análise teve por eixo central a segurança jurídica ao exercício do voto, “liberdade política pelo eleitor, expressão máxima de sua soberania na escolha de representantes”, como “um dos atos que compõem o processo eleitoral”, resguardado pelo devido processo legal<sup>703</sup>. Nesse sentido, afirmou que a regra da anualidade previne “que os protagonistas desse processo sejam surpreendidos com fatos ou situações inesperadas que, se previamente anunciadas e consideradas, poderiam ter influenciado em suas decisões e, de forma especial, no resultado da disputa eleitoral”<sup>704</sup>.

É uma abordagem que, em contraste com o julgamento da ADI 354/DF, coloca o eleitor como titular da prerrogativa decisória quanto aos mandatos formados e, não, como mero participante de um *ritual* de votação, cujo resultado lhe é alheio. Ademais, reconhece uma racionalidade normativa às eleições, que não tem *duração* limitada pelo marco temporal da prática de atos constativos da Justiça Eleitoral – proclamação de resultados ou diplomação. Por tais aspectos, o acórdão, ainda que não tenha chegado ao ponto de enunciar uma concepção de processo eleitoral assentada em teoria processual democrática, é o que de mais próximo se teve na jurisprudência, até o momento, de elucidação da regra da anualidade eleitoral com amparo no código intradiscursivo do processo eleitoral<sup>705</sup>.

---

<sup>703</sup> *Ibid.*

<sup>704</sup> *Ibid.*

<sup>705</sup> Cabe mencionar que essa avaliação tem enfoque na argumentação objetiva. Pode-se eventualmente cogitar de intenções outras para a decisão, como a contenção de despesas que decorreriam do aumento do número de Vereadores. Mas essa hipótese apenas confirma a relevância de se reconhecer o processo como interpretante compartilhado para a testificação argumentativa. A decisão solipsista não propicia a refutação argumentativa, já que elucubrações são construções subjetivas (*mundo 2*, para Popper, como adiante se abordará). É exigência da processualidade democrática é fazer com que os juízes ofereçam argumentos dotados de objetividade, para que os sentidos enunciados sejam passíveis de controle, inclusive de *coerência interdecisória*. Assim, o que se poderá verificar, como se fará no caso presente, é que uma *posterior* decisão denuncia a inexistência de um compromisso com uma concepção teórica de *processo eleitoral*, a partir do momento em que será sumariamente ignorada a premissa decisória adotada no julgamento da ADI 4307/DF para acomodação de resultados desejados. Isso não significa que seja irrelevante analisar fundamentos decisórios, mas, antes, que essa análise é essencial para que se passe a uma cultura jurídica na qual magistrados (individualmente) e tribunais (coletivamente) sejam cobrados a atender parâmetros de legitimidade decisória próprios aos Estado Democrático de Direito, dentre os quais a observância de seu ônus argumentativo. Sem isso, volta-se a padrões schmittianos sobre desempenho do poder.



## 2.3.9 RE 633.703/MG: aplicação imediata da LC 135/2010 (eleições 2010)

Ação: <b>RE 633.703/MG</b> <sup>706</sup>	Eleições: <b>2010</b>
Voto vencedor: Gilmar Mendes (Relator)	Data do julgamento: 23/03/2011
<i>Resultado do julgamento:</i> por maioria, de 6 (Gilmar Mendes, Luiz Fux, Dias Toffoli, Marco Aurélio de Mello, Celso de Mello, Cezar Peluso) a 5 (Carmen Lúcia, Ricardo Lewandowski, Joaquim Barbosa, Ellen Gracie, Carlos Ayres Britto).	
<i>Ato normativo questionado:</i> LC 135, de 04/06/2010, cuja aplicação às eleições de 2010 havia sido admitida pelo TSE para indeferir o registro de candidatura do recorrente.	
<i>Questão:</i> Aplicação imediata das regras de criação de novas causas de inelegibilidade, ampliação dos prazos e fixação de incidência da inelegibilidade, quando decorrente de decisão judicial, a partir da decisão de órgão colegiado.	
<i>Concepção de processo eleitoral (voto vencedor e agregados):</i>	
<ol style="list-style-type: none"> <li>1. Processo eleitoral é o recorte temporal iniciado com a filiação partidária e a fixação do domicílio “dos candidatos”, um ano antes da eleição, na fase pré-eleitoral, a qual “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”. (Gilmar Mendes)</li> <li>2. Processo eleitoral é a “série concatenada de atos dirigidos à definição dos mandatários políticos através do jogo democrático”, conforme “sentido colhido da teoria geral do direito”, inexistindo “oposição entre direito material e processo eleitoral, para fins de incidência do art. 16 da CF”. (Luiz Fux)</li> <li>3. “O sentido da expressão processo eleitoral, utilizada no artigo 16 da CRFB, não pode ser confundido, de modo algum, com processo jurisdicional eleitoral, isto é, com as regras do processo judicial que tramita junto à Justiça Eleitoral. É que não há qualquer relação entre a finalidade de segurança por detrás do art. 16 da CF, que garante a igualdade de condições no pleito a ser realizado, e a imunização, no período de um ano, das regras de processo judicial na Justiça Eleitoral.” (Luiz Fux)</li> <li>4. Processo eleitoral “constitui sucessão ordenada de atos e estágios causalmente vinculados entre si, supõe [...] a sua integral submissão a uma disciplina jurídica que, ao discriminar os momentos que o compõem, indica as fases em que ele se desenvolve: a) fase pré-eleitoral, que, iniciando-se com a realização das convenções partidárias e a escolha de candidaturas (ainda que, para alguns, esse momento inaugural possa reportar-se à data da própria filiação partidária e fixação do domicílio eleitoral), estende-se até a propaganda eleitoral; b) fase eleitoral propriamente dita, que compreende o início, a realização e o encerramento da votação e c) fase pós-eleitoral, que principia com a apuração e contagem de votos e termina com a diplomação dos candidatos eleitos, bem assim dos seus respectivos suplentes.” (Celso de Mello, reiterando a concepção apresentada desde a ADI 354, com acréscimo da referência ao termo inicial adotado por Gilmar Mendes no presente julgamento)</li> </ol>	

<sup>706</sup> BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Recurso Extraordinário 633.703/MG, Relator: Ministro Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, Julgado em: 23 mar. 2011, **DJe**, n. 219. Publicado em: 18 nov. 2011. Todas as citações do quadro seguem essa referência.

*Concepções de processo eleitoral (votos vencidos):*

5. “Embora o processo seja realmente uma continuidade de atos encadeados, esses atos culminam e se aperfeiçoam exatamente a partir das convenções”, não havendo, no caso, quebra de isonomia, pois ao tempo destas todos estavam sob mesmo regime jurídico, ou casuismo, assim entendido como “mudança legislativa destinada a favorecer a própria classe política”. (Carmen Lúcia, invocando a diretriz teleológica de Moreira Alves no RE 129.392/DF)
6. “O processo eleitoral é integrado por normas que regulam as condições em que se trava o pleito, não se incluindo entre elas os critérios de definição daqueles que podem ou não apresentar candidaturas.” (Carmen Lúcia)
7. O processo eleitoral não abrange lei que versa sobre inelegibilidade, por ser esta “matéria constitucional de caráter substantivo, inserida no campo que o saudoso professor Caio Maia da Silva Pereira certa vez qualificou como direito político, e reconhecida como tal por esta Corte, no julgamento da ADI 354 e da ADI 1.805-MC”. (Joaquim Barbosa, distanciando-se da concepção sustentada na ADI 3685).

**Palavras-chave: sufrágio/soberania; moralidade/higidez; competição/regras do jogo/isonomia; normas instrumentais/procedimentos; recorte temporal convenções-diplomação; recorte temporal domicílio eleitoral e filiação partidária-diplomação**

*Ratio decidendi:*

1. A lei que modifica regras da “fase pré-eleitoral”, que se inicia “com a própria filiação partidária e a fixação de domicílio eleitoral dos candidatos, assim como o registro dos partidos no TSE” altera o processo eleitoral.
2. A incidência da anualidade eleitoral não ocorre porque, apenas, a lei nova interfere no processo eleitoral, ficando a depender de aferir “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.”
3. “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.”

*Subsunção:*

1. “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.”
2. A “restrição do âmbito de legitimados a concorrerem no pleito”, decorrente da LC 135/2010, não apenas altera o processo eleitoral como restringe direitos dos cidadãos.

*Decisão quanto à incidência da regra da anualidade:*

Incidência sobre regras que afetem a competição eleitoral, desde seu início, fixado exatamente em um ano antes das eleições.

*Efeitos da decisão:*

Deferimento, em 2010, de candidaturas de cidadãos que incorressem em impedimento criado pela LC 135/2010. Permitiu-se aos tribunais a adoção dos procedimentos relacionados ao exercício de retratação.

O julgamento do RE 633.703/MG demarca, na jurisprudência do STF, a prevalência da leitura principiológica da anualidade eleitoral apresentada pelo Ministro Gilmar Mendes, cujo esboço fora iniciado no julgamento da ADI 3685/DF. Essa leitura se caracteriza: i) pela explícita assunção da concepção de processo eleitoral como recorte temporal, cujo termo inicial é fixado em um ano *em função dos prazos mínimos, então vigentes, para a fixação de domicílio e perfazimento da filiação partidária*; ii) pela implícita ressalva de que as leis que impactem sobre o processo eleitoral possam ser aplicadas se, a juízo do tribunal, não acarretarem restrições a direitos e garantias dos eleitores, dos candidatos e das minorias parlamentares.

Apesar da apertada maioria então formada, o entendimento encontrou prestígio na jurisprudência do TSE que se seguiu, o que se deve, em larga medida, à acolhida da proposta do Relator de aplicar o art. 543, *b*, CPC/1973 para possibilitar aos Ministros do TSE exercer juízo de retratação nos recursos julgados. Uma vez que todos os recursos em face de indeferimento de registros de candidatura ainda pendentes foram resolvidos com base na decisão do STF de não incidência da LC 135/2010, incorporou-se à atividade judicial do TSE, bem como à literatura eleitoralista, essa específica noção de *processo eleitoral* como linha *temporal* a amarrar a competição eleitoral.

O acórdão em análise é ainda marcante por se tratar da primeira ocasião em que a anualidade eleitoral não foi manejada dentro da dinâmica de blindagem recíproca entre o STF e o TSE em matéria eleitoral.

A aplicabilidade da LC 135/2010 às eleições de 2010 havia sido previamente declarada na resposta à CTA 1120-26.2010.6.00.0000/DF, exarada em 10/06/2010. Na ocasião, o TSE afirmara que as inovações da Lei da Ficha Limpa, publicada três dias antes do prazo inicial das convenções partidárias para as eleições 2010, não alteravam o processo eleitoral, porque, “tratando-se efetivamente de norma eleitoral material [...], não há falar-se na incidência do princípio da anualidade”<sup>707</sup>. Quando, então, o TSE, no julgamento do recurso ordinário que daria ensejo ao RE 633.703/MG, confirmou a decisão do TRE/MG de indeferimento do registro de candidatura com base na recém-criada alínea *l* do inciso I do art. 1º da LC 64/90, seguia aquela diretriz<sup>708</sup>.

---

<sup>707</sup> BRASIL, Tribunal Superior Eleitoral, Consulta 1120-26/DF, Relator: Min. Hamilton Carvalhido, Julgado em: 10 jun. 2010, **DJe**, p. 20-21, Publicado em: 30 set. 2010.

<sup>708</sup> Transcreve-se a ementa do julgado do TSE: “AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ORDINÁRIO. ELEIÇÕES 2010. DEPUTADO ESTADUAL. CONDENAÇÃO POR IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA PROFERIDA POR ÓRGÃO COLEGIADO. ART. 1º, I, L, DA LC Nº 64/90,

No STF, o Ministro Gilmar Mendes principiou seu voto pela proposição de reconhecimento da “repercussão geral da questão constitucional que diz respeito à aplicabilidade da LC 135/2010 em face do princípio da anterioridade eleitoral (art. 16 da Constituição)”<sup>709</sup>. Acolhida a proposta, pré-estabeleceu-se que a resolução da questão teria efeitos sobre todos os recursos pendentes nos quais discutida a aplicabilidade da LC 135/2010 às eleições de 2010.

O julgamento evocava cotejo com o do RE 129.392/DF, no qual questionada a aplicabilidade imediata da LC 64/1990. Mas, segundo o Relator, os casos eram distintos, já que, enquanto se reconheceu, naquele julgamento, o *vácuo legislativo* a ser colmatado para atender ao art. 14, §9º da CRFB, a LC 135/2010 apenas alterava “preceitos existentes de um consolidado sistema de inelegibilidade instituído pela Constituição de 1988 e complementado pela LC 64/90 – vigente há vinte anos e aplicado em todas as eleições desde então”<sup>710</sup>.

Com isso, admitia a possibilidade de uma posição independente em relação à *ratio decidendi* que justificara a aplicação da Lei das Inelegibilidades à eleição realizada poucos meses depois de sua publicação. A interpretação a ser dada à anualidade dependia agora, em suas palavras, de “uma análise que, guiada por um critério de coerência, investigue a jurisprudência como um todo e dela extraia as regras que poderão servir de parâmetro para o caso”<sup>711</sup>.

Nesse intento, dividiu a “jurisprudência sobre o princípio da anterioridade eleitoral [...] em duas fases: a) a primeira é marcada pelos julgamentos das ADIs 733, 718 e 354; b) a segunda

---

COM REDAÇÃO DA LC Nº 135/2010. CONSTITUCIONALIDADE. INELEGIBILIDADE NÃO CONSTITUI PENA. INOVAÇÃO DAS TESES RECURSAIS. NÃO PROVIMENTO.1. O Tribunal Superior Eleitoral firmou o entendimento de que a Lei Complementar nº 135/2010 é constitucional e se aplica às eleições de 2010. Precedente. 2. A inelegibilidade não constitui pena, mas sim requisito a ser aferido pela Justiça Eleitoral no momento do pedido de registro de candidatura. Precedente. Como consequência de tal premissa, não se aplicam à inelegibilidade os princípios constitucionais atinentes à eficácia da lei penal no tempo, tampouco ocorre antecipação da sanção de suspensão dos direitos políticos, prevista para a condenação com trânsito em julgado pela prática de ato de improbidade administrativa. Precedente. 3. Agravo regimental não provido.” (BRASIL, Tribunal Superior Eleitoral, Agravo Regimental em Recurso Ordinário 4995-41.2010.6.13.0000, Relator: Min. Aldir Guimarães Passarinho Junior, Julgado em: 26 out. 2010, Publicado em Sessão.).

<sup>709</sup> BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Recurso Extraordinário 633.703/MG, Voto do Ministro Gilmar Mendes.

<sup>710</sup> *Ibid.* Mendes defendeu o afastamento contingencial do art. 16 da CRFB no julgado anterior, afirmando: “de toda forma, o certo é que o julgamento do RE 129.392 foi realizado em um contexto muito específico, sob a égide de uma Constituição recém-promulgada, que rompia com a ordem constitucional anterior e que necessitava da legislação complementar para implementar o novo sistema de inelegibilidade a ser aplicado nas primeiras eleições democráticas após longo período ditatorial.”

<sup>711</sup> *Ibid.*

pelos julgamentos das ADIs 3.345, 3.685, 3.741 e da ADI-MC 4.307.”<sup>712</sup>. O que distingue as duas etapas, segundo o Ministro Gilmar Mendes, é que “perdeu relevância a distinção antes efetuada pelos Ministros Paulo Brossard e Moreira Alves entre direito eleitoral processual e direito eleitoral material”, passando a haver preocupação com a “teleologia da norma constitucional” e com o “significado da expressão ‘processo eleitoral’”<sup>713</sup>.

A análise, que vem sendo desenvolvida neste subcapítulo, dos argumentos e demais circunstâncias que permearam os julgamentos anteriores permite discordar dessa leitura. Os consensos formados, ao contrário do sustentado por Mendes, não se deram em torno da “construção de consistentes parâmetros de interpretação do princípio da anterioridade”. A formação das maiorias vencedoras se deu ocasionalmente, a partir da convergência da argumentação tópica trazidas nos votos. A expressão *processo eleitoral* seguiu tratada de forma ambígua, sem que seu sentido tenha sido desvencilhado da noção de um “direito eleitoral processual” *adjetivo e secundário*, como próprio da visão instrumentalista do processo.

Ademais, se por vezes a distinção entre *processo* e *procedimento* foi utilizada para a adoção de conclusões contraditórias, isso se explica pela diretriz teleológica, perfeitamente acomodada à concepção instrumentalista do processo. Portanto, quando essa diretriz passa a ser mais claramente exposta, não se tem propriamente uma ruptura com a *fase* anterior da jurisprudência. Antes, há uma sofisticação na elaboração de um discurso que seguiu justificando decisões que negaram ao art. 16 da CRFB a hermenêutica própria da regra constitucional, que não delegou aos tribunais a *ponderação* quanto à conveniência da aplicação de leis com impacto no processo de formação dos mandatos eletivos.

Da mesma forma, o próprio voto do Ministro Gilmar Mendes colocou-se em continuidade a essa tradição hermenêutica que, desde 1990, havia logrado equacionar a aplicação da anualidade eleitoral sem demarcar o sentido de *processo eleitoral* a partir de uma teoria processual democrática. Sua originalidade esteve, assim, na apresentação de *novos critérios* que deveriam pautar a interpretação teleológica do art. 16 da CRFB.

Ao traçar o primeiro desses critérios, o voto chega a apontar para uma des-subjetivação da decisão. O Ministro Gilmar Mendes defendeu a superação do critério subjetivo de análise do *casuísmo*, que, na jurisprudência do STF, distingue entre “casuísmos bons ou não condenáveis (alterações ditas louváveis que visam à moralidade do pleito eleitoral) e casuísmos ruins ou condenáveis”, feita “com o intuito de submeter apenas estes

---

<sup>712</sup> *Ibid.*

<sup>713</sup> *Ibid.*

últimos à vedação de vigência imediata imposta pelo art. 16 da Constituição<sup>714</sup>.

Contudo, a percepção da regra da anualidade eleitoral como princípio acarretou a substituição dessa avaliação moral do *casuismo* por outra, calcada na eventual impossibilidade de as minorias parlamentares resistirem às deliberações majoritárias. Por essa via, introduziu uma peculiar abordagem do papel *contramajoritário* do STF – não para controle das decisões políticas que, por violarem direitos fundamentais, sejam inconstitucionais, mas como contrapeso no próprio debate político, permitindo ressuscitar, no âmbito do controle de constitucionalidade, posições vencidas no Congresso Nacional, caso se considere serem elas mais consentâneas a escopos metajurídicos acaso endossados por Ministros do STF<sup>715</sup>.

A abertura propiciada pela interpretação principiológica também fez com que o voto do Ministro Gilmar Mendes persistisse na atribuição ao STF de análise de circunstâncias outras, que não a constatação da inobservância do prazo mínimo de um ano entre a edição da lei e a data prevista para as eleições periódicas, como requisito para concluir pela não aplicabilidade imediata das alterações no processo eleitoral. Tais circunstâncias remetem à aferição – inevitavelmente, *casuística* – de que se tenha perpetrado ofensa a direitos dos cidadãos, na qualidade de eleitor ou candidato.

Não obstante a proposta possa parecer prestigiar direitos políticos fundamentais, o problema está em que se retira a cogência de uma regra constitucional fazendo sua efetividade depender de juízo, no plano da judicção, quanto ao que venha a ser *devido ou não* aos titulares dos direitos fundamentais. Esse *devido*, já acertado em nível instituinte (constitucional), é a estabilização da normatividade aplicável às eleições, até a formação de mandatos válidos, que se refere objetivamente ao *processo eleitoral*. Mas a hermenêutica adotada por Mendes transfere a questão para a aferição, subjetiva, de eventuais vantagens e desvantagens para as

---

<sup>714</sup> *Ibid.* Conforme constou da ementa: “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 critérios que regerão o processo eleitoral. 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 aplicado por esta Corte.”

<sup>715</sup> É o que se ilustra, por exemplo, com a decisão de admissibilidade de Recurso Extraordinário em feito que versava sobre registro de candidatura de 2016, no qual reconhecidamente se operara a perda de objeto, para permitir ao STF *debater* a conveniência da adoção da candidatura avulsa. Sobre o tema, conferir: GRESTA, Roberta Maia; SALGADO, Eneida Desiree, Candidaturas avulsas: pode o STF examinar um requerimento de candidatura de 2016?, **Justificando**, 11 out. 2017, Disponível em: <http://www.justificando.com/2017/10/11/candidaturas-avulsas-pode-o-stf-examinar-um-requerimento-de-candidatura-de-2016/>, Acesso em: 28 dez. 2018; SANTANO, Ana Claudia, Ativismo judicial no caso das candidaturas independentes, **Justiça do Direito**, v. 32, n. 1 (jan./abr.), p. 120–152, 2018.

pretensões políticas na disputa eleitoral.

No caso em julgamento, o Ministro Gilmar Mendes concluiu pela existência de ofensa aos direitos dos cidadãos e das minorias parlamentares. Tomado esse fator como *ratio decidendi* é que concluiu pela necessidade de reforma da decisão recorrida e declarou a não aplicação da LC 135/2010 às eleições realizadas em outubro daquele ano. Ainda que o resultado seja o mesmo daquele que decorreria da simples constatação da alteração do processo eleitoral a menos de um ano antes das eleições, não se pode desconsiderar essa particularidade – especialmente porque, embora nem todos os votos agregados para a formação a maioria vencedora tenham explicitamente endossado esse critério, a proposta hermenêutica de Mendes restou consignada na ementa do julgado.

Caso o acórdão fosse lavrado buscando-se, dentro dos votos vencedores, a *maioria fundamentadora*, o resultado seria diverso, como se pode perceber da análise dos votos dos Ministros que acompanharam, na parte dispositiva, o Relator.

O Ministro Luiz Fux introduziu seu voto com inédita abordagem da anualidade eleitoral. Fazendo clara a distinção de sua premissa em relação à do Relator, fixou tratar-se ela de *regra*, afirmando que “o art. 16 da Constituição Federal [...] consubstancia uma regra jurídica, e não um princípio jurídico; constatação que impõe não seja possível simplesmente desconsiderar seu enunciado lingüístico para buscar desde logo as razões que lhe são subjacentes”<sup>716</sup>. Coerente com essa premissa, assentou que “sua interpretação literal traz, como *punctum saliens*, o processo eleitoral, por isso que, a partir da sua concepção, ou seja, da concepção do que seja processo eleitoral” é que se pode definir “aquilo que pretende dizer a Constituição Federal, ao proibir a mudança do processo eleitoral no mesmo ano da eleição”<sup>717</sup>.

Assim, para o Ministro Fux, a questão se resolveu pela demarcação da concepção de processo eleitoral e da aferição do impacto da LC 135/2010. Também aqui, apesar de acolher a ideia de recorte temporal, adotou posição diversa do Relator, pois assinalou o termo inicial do processo eleitoral na data das convenções partidárias. Na sequência, sustentou a necessidade de preservação das regras relativas à elegibilidade, porquanto impactem estas nas decisões tomadas nas convenções<sup>718</sup>.

---

<sup>716</sup> BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Recurso Extraordinário 633.703/MG, Voto do Ministro Luiz Fux.

<sup>717</sup> *Ibid.*

<sup>718</sup> *Ibid.* Em suas palavras: “se o processo eleitoral, como visto, tem início com o ato da convenção partidária, cuja finalidade é a definição dos candidatos ao pleito, é evidente que as regras que interferem na produção desse ato, com a enunciação das qualidades subjetivas que devem satisfazer os candidatos, integram o processo eleitoral, pois é justamente disso que tratará a convenção partidária”.

O voto do Ministro Dias Toffoli, implicitamente, fez entrever a inadequação do condicionamento da regra da anualidade eleitoral à aferição judicial de prejuízo a direitos subjetivos<sup>719</sup>. Em um exercício hipotético, supôs emenda constitucional que, a menos de um ano da eleição, reduzisse o prazo de desincompatibilização do Chefe do Executivo ou revogasse a inelegibilidade reflexa – portanto, alterações legislativas que ampliariam o *rol de concorrentes*. Sustentou que, mesmo nesse caso, a regra da anualidade eleitoral incide para estabilizar as normas aplicáveis às eleições<sup>720</sup>.

O Ministro Marco Aurélio reportou-se a seu voto vencido no julgamento da CTA 1120-26, para sustentar, em sentido similar ao Ministro Luiz Fux, que “o preceito do artigo 16 da Constituição Federal é linear, e é princípio de hermenêutica e aplicação do direito o de que, onde a lei não distingue – e pouco importa a envergadura da lei –, não cabe ao intérprete fazê-lo”<sup>721</sup>. Para o Ministro, o registro de candidatura é o primeiro ato do “processo eleitoral propriamente dito” e é indubitavelmente afetado por lei que, alterando o regime das inelegibilidades, “afasta ou dá base ao Judiciário Eleitoral para concluir no sentido da glosa da candidatura”<sup>722</sup>.

---

<sup>719</sup> BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Recurso Extraordinário 633.703/MG, Voto do Ministro Dias Toffoli. O Ministro, inicialmente, fez referência às conjecturas sobre a “quebra da previsibilidade das condições subjetivo-políticas dos candidatos”, que haviam sido apresentadas pelo Ministro Gilmar Mendes no julgamento da ADI 3685/DF. Observou que os cidadãos apanhados pela LC 135/2010, desde o momento em que “preteridos em convenções”, poderiam “invocar que foram eles indevidamente alienados do processo eleitoral”. Mas seu voto se distancia da trilha percorrida pelo Relator no ponto em que reconhece na própria enunciação do art. 16 da CRFB “o objetivo específico de interromper a ação casuística do legislador”, de modo que a não aplicação da LC 135/2010 decorre da “singela razão de afetar, alterar, interferir, modificar e perturbar o processo eleitoral em curso”.

<sup>720</sup> *Ibid.* Os exemplos hipotéticos denotam que soluções jurisprudenciais de ocasião, que proponham interpretar a regra da anualidade eleitoral com base em critérios teleológicos, não são aptas a fornecer um parâmetro hermenêutico consistente: “Na campanha presidencial que tivesse quatro governadores estaduais como pré-candidatos, dois deles, em clara obediência aos ditames do prazo de desincompatibilização, renunciam a seus mandatos no período de seis meses e os outros dois não o fazem. Em maio de 2010, sancionada uma nova lei que exige a desincompatibilização apenas quatro meses antes do pleito, permaneceriam as coisas assim (*rebus sic stantibus*)? A nova lei não alteraria o quadro político-eleitoral, em claríssima afronta ao princípio democrático e à isonomia entre os postulantes? Veja-se outra situação hipotética. O Congresso Nacional aprova emenda à Constituição em 31/5/2010, que revoga o §7º do artigo 14, CF/1988. Torna-se lícita a candidatura do cônjuge do chefe do Poder Executivo para sucedê-lo na eleição subsequente. A esposa do presidente da República poderia ser candidata nestas eleições presidenciais?”

<sup>721</sup> BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Recurso Extraordinário 633.703/MG, Voto do Ministro Marco Aurélio de Mello.

<sup>722</sup> *Ibid.* O voto do Ministro Marco Aurélio foi concluído com a seguinte reflexão a respeito da invocação da moralidade do processo eleitoral como justificativa para *flexibilização* da regra da anualidade eleitoral: “Costumo dizer, Senhor Presidente, que se paga um preço por se viver em um Estado Democrático de Direito, e esse preço é módico: o respeito às regras estabelecidas e, principalmente, às constantes da Constituição Federal. Não posso, como guarda dessa mesma Constituição, quer ocupando



Por sua vez, o Ministro Celso de Mello reproduziu a exposição de argumentos trazida desde a ADI 354. Assim, reiterou sua aceção teleológica do art. 16 da CRFB – bem mais contida que a apresentada no voto de Relatoria do julgamento em curso, já que centrada apenas na contenção ao casuísmo – e seu conceito de processo eleitoral como sucessão de atos, causalmente vinculados, desde as convenções partidárias até a diplomação. A novidade, nesse ponto, foi assinalar a posição divergente do Ministro Gilmar Mendes, assinalando que “para alguns, esse momento inaugural possa reportar-se à data da própria filiação partidária e fixação do domicílio eleitoral”<sup>723</sup>.

Com esse arcabouço, Celso de Mello salientou que a LC 135/2010, ao introduzir alterações significativas no regime jurídico de inelegibilidades, “interfere, de modo direto, no processo eleitoral, na medida em que viabiliza a exclusão e/ou a inclusão de candidatos na disputa por mandatos eletivos, submetendo-se, por isso mesmo, à restrição de seu conteúdo eficaz”, uma vez “não decorrido o prazo de um ano estabelecido pelo art. 16 da Constituição da República”<sup>724</sup>.

O Ministro ainda fez considerações sobre o “caráter fundamental da anterioridade eleitoral”, garantia à “liberdade de participação, que se exterioriza na dimensão dos direitos políticos”, como “expressão de um direito individual outorgado ao cidadão e que lhe confere a prerrogativa de influir na formação dos corpos representativos e, até mesmo, na condução dos negócios governamentais”<sup>725</sup>. Ainda que compreendendo a anualidade eleitoral como princípio, não o considerou contingenciável por uma análise judicial do tipo de impacto das alterações legislativas do processo eleitoral. Para Celso de Mello, “a cláusula constitucional encerra, em favor de qualquer cidadão, o direito de ver observada, pelas instituições do Estado, a garantia do devido processo eleitoral” o que significa que “há de prevalecer, quer em face da normalidade dos pleitos eleitorais, quer em razão da legitimidade dos resultados deles advindos,

---

a cadeira que ocupo [no TSE], quer no Supremo, simplesmente entender que, ante os parâmetros dessa Lei, o aplauso geral – e não digo da turba ou do populacho, mas da sociedade –, no caso, deve ficar o artigo 16 da Constituição Federal em verdadeiro *stand by*, para ser pinçado em situações, não esta, em que há realmente a pretensão da sociedade brasileira de alcançar a correção de rumos. Por isso, peço vênua ao Relator e àqueles que o acompanharam, para entender que incide, na espécie, o disposto no artigo 16 da Constituição Federal e que, portanto, a recente Lei Complementar nº 135/2010 entrou em vigor imediatamente, como previsto na primeira parte do citado artigo, mas não alcança a eleição que se avizinha, a de 2010, principalmente porque o processo eleitoral já está em pleno curso, tendo em vista a escolha dos candidatos.”

<sup>723</sup> BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Recurso Extraordinário 633.703/MG, Voto do Ministro Celso de Mello.

<sup>724</sup> *Ibid.*

<sup>725</sup> *Ibid.*

a exigência de estabilidade normativa decorrente do respeito estatal ao postulado da não surpresa”<sup>726</sup>.

O último voto agregado para cômputo da maioria foi o do Ministro Cezar Peluso, que tampouco recorreu à análise do impacto restritivo da LC 135/2010 sobre a participação política. Em suas palavras:

[...] diante do disposto no artigo 16 da Constituição Federal, a data em que se inicia o processo eleitoral, concebido e entendido nesses termos, é absolutamente irrelevante, pois basta que a lei interfira em qualquer fase do processo, antes ou depois do início de vigência da lei, para estar proibida pela Constituição. O artigo 16 não permite que, no ano em que haja eleição, no ano da lei, nenhuma das fases do processo eleitoral, compreendido no seu exato sentido, possa ser alterada para não quebrar a segurança jurídica, a estabilidade, a previsibilidade, enfim, para evitar o dirigismo, o casuísmo, a que todos se referem como fatos contrários à boa ordem dos trabalhos eleitorais.<sup>727</sup>

Assim, a ementa do acórdão do RE 633.703/MG não corresponde estritamente à fundamentação adotada pela maioria dos Ministros que votaram pela incidência da regra da anualidade. Não obstante, por meio dela ficaram consignados, com a possibilidade de futura invocação na condição de *precedente*, critérios de contingenciamento do art. 16 da CRFB, em função dos quais, *após* constatado o impacto sobre o processo eleitoral, caberá aos tribunais avaliar se esse impacto pode ser considerado prejudicial a direitos de eleitores, candidatos e minorias parlamentares.

A abertura semântica desse entendimento permite o aporte de sentidos fornecidos pelo código heterodiscursivo. É por isso que segue o *devido processo legal eleitoral*, ainda que enunciado pelo Ministro Gilmar Mendes como “sistema de normas” que assegura “o pleno exercício de direitos políticos por seus titulares (eleitores, candidatos e partidos)”, dissociado da possibilidade de controle dos sentidos pela veredicação pautada pelo código intradiscursivo extraído do discurso constitucional.

Veja-se, por exemplo, que a hermenêutica apresentada no voto de Relatoria poderia, com facilidade, conferir supedâneo à corrente vencida no próprio RE 633.703/MG, desde que afirmado que não há direito fundamental de participação política titularizado por cidadãos que não se amoldassem aos novos parâmetros legais de aferição da moralidade com base na *vida progressa*. Essa linha de argumentação foi exatamente a adotada pelos Ministros Joaquim

---

<sup>726</sup> *Ibid.*

<sup>727</sup> BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Recurso Extraordinário 633.703/MG, Voto do Ministro Cezar Peluso.

Barbosa<sup>728</sup>, Ayres Britto<sup>729</sup> e Ellen Gracie<sup>730</sup>.

A ambiguidade da estipulação de critérios teleológicos para aplicação do art. 16 da CRFB, mesmo na versão mais contida apresentada por Celso de Mello, é revelada pelo voto do Ministro Ricardo Lewandowski. Transcrevendo a fundamentação adotada por aquele na ADI 3345/DF, que extraíra da vedação ao casuísmo as diretrizes segundo as quais se poderia concluir pela ofensa à isonomia, Lewandowski observa que, publicada a LC 135/2010 ainda antes da data das convenções partidárias, não houve “rompimento da igualdade das condições de disputa entre os contendores, ocorrendo, simplesmente, o surgimento de novo regramento normativo, de caráter linear, ou seja, de disciplina legal que atinge igualmente todos os aspirantes a cargos eletivos”<sup>731</sup>.

Dentre os votos vencidos, ressoou, ao contrário do que sugerira o Relator, o prestígio à constrição do processo eleitoral pela teoria do processo como relação jurídica.

Ayres Britto evocou a instrumentalidade do processo, em sua mais contundente compreensão dogmática, para sustentar que o *processo eleitoral* é servil à moralidade pública. Em seu entendimento, a menção constitucional ao processo eleitoral, porque feita em único dispositivo constitucional, deve ser compreendido como mais uma *peculiaridade* do Direito Eleitoral, o que refuta a *interpretação literal* do art. 16 da CRFB e comanda sua *interpretação sistemática*, à luz do art. 14, §9º da CRFB. Sua manifestação deixa patente que não se pode falar em superação da compreensão *adjetiva* do processo eleitoral:

---

<sup>728</sup> Segundo Barbosa, “há de prevalecer a ótica interpretativa que privilegie a proteção dos interesses maiores de toda a coletividade, que afirme a probidade e a moralidade administrativas, que coíba o abuso no exercício de funções públicas, pois são estes vetores, em última instância, os mais elevados valores a serem preservados quando se tem em jogo o exercício dos direitos políticos, especialmente na perspectiva passiva. [...], no caso da Lei Complementar 135/2010, não houve surpresa ou quebra dos princípios da segurança e da isonomia. Não houve desestabilização do processo eleitoral porque este sequer havia sido iniciado.” (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Recurso Extraordinário 633.703/MG, Voto do Ministro Joaquim Barbosa.).

<sup>729</sup> Ayres Britto, na linha de entendimento já apresentada na ADPF 144/DF, refuta a própria possibilidade de que os direitos políticos sejam oponíveis ao Estado para favorecer candidaturas por parte de quem não ostente “vida pregressa retilínea”: “E vida pregressa é vida passada, não é vida futura, considerada a biografia do candidato, o político que não tiver biografia, desfilar pela passarela inteira do Código Penal ou da Lei de Improbidade Administrativa - ou quase isso -, não pode ter a ousadia de pedir o registro de sua candidatura.” (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Recurso Extraordinário 633.703/MG, Voto do Ministro Ayres Britto.).

<sup>730</sup> Para a Ministra Ellen Gracie, “o sistema de inelegibilidade é uma desqualificação, que a Constituição atribui a certas pessoas, limitando-lhes o exercício do direito de serem votados”. (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Recurso Extraordinário 633.703/MG, Voto da Ministra Ellen Gracie.).

<sup>731</sup> BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Recurso Extraordinário 633.703/MG, Voto do Ministro Ricardo Lewandowski.

Esse processo eleitoral de que trata a Constituição é aquele apetrechado o bastante para cumprir o conteúdo do § 9º do artigo 14, ou seja, legitimidade e normalidade do processo eleitoral, porque assim é que se serve à democracia. Esse processo eleitoral do artigo 16 está a serviço da democracia representativa, porque a eleição é o momento mais luminoso e culminante, pinacular da democracia representativa. E o processo eleitoral só pode ter função instrumental, é um instrumento, é serviente. Serviente de quê? Da democracia representativa no plano da sua autenticidade, no plano da legitimidade e no plano da normalidade. Uma coisa servindo a outra. Não é o artigo 14, § 9º, que deve ser interpretado à luz do 16; é o 16 que deve ser interpretado à luz do § 9º do artigo 14 [...].<sup>732</sup>

A Ministra Carmen Lúcia também invocou a compreensão instrumentalista de processo para afastar a incidência da regra da anualidade eleitoral, reduzindo seu âmbito de incidência ao do processo judicial. Adotando conceito de José Frederico Marques, afirmou que processo é um “conjunto de atos concatenados, que devem ser praticados numa sequência pré-estabelecida, servindo de instrumento para o exercício da função jurisdicional”<sup>733</sup>. Daí concluiu que “o que a Lei da Ficha Limpa faz é, simplesmente, estabelecer condições de inelegibilidade, sem qualquer interferência no processo eleitoral, que continua a ser exatamente o mesmo anteriormente fixado por lei”<sup>734</sup>.

A concepção antagoniza com aquela que embasara o voto da Ministra na ADI 4307/DF e que levava à formação de decisão, unânime, cuja *ratio decidendi* assentara a aplicação do art. 16 da CRFB para preservar a normatividade com base na qual os cidadãos tomam decisões já nas convenções partidárias<sup>735</sup>. Observa-se que, caso encampada a mesma premissa decisória, a conclusão seria, necessariamente, pela incidência da regra da anualidade sobre a LC 135/2010.

O derradeiro voto vencido foi proferido pela Ministra Ellen Gracie, que, sem negar “que o processo eleitoral [...] começa até antes do ano da eleição, com a inscrição dos candidatos, enfim, com a filiação partidária e tudo o mais”, enxergou-o em sua visão estritamente procedimental, de modo que “a inelegibilidade não corresponde a qualquer ato ou a qualquer

---

<sup>732</sup> *Ibid.*

<sup>733</sup> BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Recurso Extraordinário 633.703/MG, Voto da Ministra Carmen Lúcia.

<sup>734</sup> *Ibid.*

<sup>735</sup> Não pode deixar de ser notada a ausência de menção ao julgamento da ADI 4307/DF no “exame dos precedentes mais recentes sobre o alcance do chamado princípio da anterioridade eleitoral”, apresentado no voto ora em comento, que revelaria “além da continuidade jurisprudencial dos fundamentos jurídicos firmados no início da vigência da Constituição – o aperfeiçoamento da interpretação sistemática e teleológica realizada pelo Supremo Tribunal Federal sobre essa importante cláusula constitucional”. (*Ibid.*)

fato desse processo”<sup>736</sup>.

Da exposição dos votos vencedores e vencidos percebe-se que o julgamento do RE 633.703/MG, embora constantemente invocado como *precedente* no qual se teria *pacificado* entendimento do STF a respeito do conceito de processo eleitoral e de incidência da regra da anualidade eleitoral, é permeado de aporias que tornam difícil divisar uma decisão colegiada coesa.

Nem mesmo quanto ao recorte temporal que corresponderia ao *processo eleitoral* houve clareza, chegando os Ministros, no improviso dos debates, a confundir a extensão temporal da garantia de estabilidade das normas do processo eleitoral com a própria duração temporal deste<sup>737</sup>. A adoção da premissa, meramente operativa, de processo eleitoral *calendarizado*, e a (outrora existente) coincidência de datas entre a regra da anualidade eleitoral e os prazos mínimos para fixação de domicílio eleitoral e da filiação partidária não suprimam, como não poderiam suprir, a demarcação conceitual indispensável ao esquema hermenêutico imposto pelo art. 16 da CRFB.

#### 2.3.10 RE 637.485/RJ: aplicação imediata de viragens jurisprudenciais do TSE (eleições 2008)

Ação: <b>RE 637.485/RJ</b> <sup>738</sup>	Eleições: <b>2008</b>
Voto vencedor: Gilmar Mendes (Relator)	Data do julgamento: 01/08/2012
<i>Resultado do julgamento:</i> por maioria, de 6 (Gilmar Mendes, Luiz Fux, Dias Toffoli, Celso de Mello, Rosa Weber) a 4 (Carmen Lúcia, Ricardo Lewandowski, Joaquim Barbosa, Ayres Britto); Cezar Peluso e Marco Aurélio de Mello não se pronunciaram sobre a questão da anualidade, pois votaram pela constitucionalidade do <i>prefeito itinerante</i> .	

<sup>736</sup> BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Recurso Extraordinário 633.703/MG, Voto da Ministra Ellen Gracie.

<sup>737</sup> Segundo Gilmar Mendes, a fixação do termo inicial do processo eleitoral na data das convenções “modificaria, por lei e por interpretação, o artigo 16”, “encurtando o prazo, dizendo que é de seis meses, de cinco”. Essa afirmação foi feita em resposta a Ayres Britto que, por sua vez, sustentava que o conceito de *vida progressa* trazia em si a impossibilidade de diferir a aplicação da lei nova para um ano depois de sua publicação, pois “vida progressa é vida passada, não é vida futura”. (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Recurso Extraordinário 633.703/MG, Debates.). Traz-se esse dado, sem qualquer depreciação intelectual, para evidenciar as dificuldades que acabam sendo, de imediato, experimentadas pelos julgadores em decorrência da ausência de demarcação teórica do processo eleitoral.

<sup>738</sup> BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Recurso Extraordinário 637.485/RJ, Relator: Ministro Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, Julgado em: 01 ago. 2012, **DJe**, n. 95, Publicado em: 21 maio 2013. Todas as citações do quadro seguem essa referência.

<i>Ato normativo questionado:</i> “viragem jurisprudencial” do TSE ocorrida no curso do “processo eleitoral”
<i>Questão:</i> cassação de diploma em RCED, em razão da configuração da prática de “prefeito itinerante” passar a ser considerada violação ao art. 14, §5º, CRFB. O registro de candidatura havia sido deferido sem impugnação.
<i>Concepção de processo eleitoral (voto vencedor e agregados):</i> Processo eleitoral como recorte temporal iniciado com a filiação partidária e a fixação do domicílio "dos candidatos", um ano antes da eleição (Gilmar Mendes, transcrevendo fundamentação do RE 633.703/MG).
<i>Concepções de processo eleitoral (votos vencidos):</i> não foi apresentada.
<i>Palavras-chave:</i> <b>moralidade/higidez; competição/regras do jogo/isonomia; recorte temporal registro-diplomação; recorte temporal filiação e domicílio-diplomação</b>
<i>Ratio decidendi:</i> <ol style="list-style-type: none"><li>1. “Mudanças na jurisprudência eleitoral [...] têm efeitos normativos diretos sobre os pleitos eleitorais, com sérias repercussões sobre os direitos fundamentais dos cidadãos (eleitores e candidatos) e partidos políticos.”</li><li>2. A “mudança de jurisprudência do Tribunal Superior Eleitoral está submetida ao princípio da anterioridade eleitoral.”</li></ol>
<i>Subsunção:</i> A quebra de isonomia resultante da alteração jurisprudencial, que passou a reputar ilícita a prática denominada <i>prefeito itinerante</i> , altera o processo eleitoral.
<i>Decisão quanto à incidência da regra da anualidade:</i> Incidência nos seguintes termos: “as decisões do Tribunal Superior Eleitoral que, no curso do pleito eleitoral ou logo após o seu encerramento, impliquem mudança de jurisprudência, não têm aplicabilidade imediata ao caso concreto e somente terão eficácia sobre outros casos no pleito eleitoral posterior”.
<i>Efeitos da decisão:</i> Manutenção do diploma do Prefeitos que se elegeu para o 3º mandato em município diverso. Determinação expressa de vedação da prática a partir da eleição seguinte.

O RE 637.485/RJ foi interposto por chapa eleita no pleito majoritário de 2008 que teve seu diploma cassado no REspE 41980-06. O feito, originariamente Recurso Contra a Expedição de Diploma, fora ajuizado com fundamento na inelegibilidade do Prefeito eleito para o terceiro mandato consecutivo (art. 14, §5º, CRFB).

A eleição, contudo, havia ocorrido em município diverso daquele em que o candidato fora reeleito, circunstância que o recorrente sustentava ser reconhecida, na jurisprudência do

STF<sup>739</sup> e do TSE<sup>740</sup>, como descaracterizadora da reeleição. O TSE, ao cassar o mandato, reconheceu que aplicava nova interpretação, fixada em 17/12/2008, pela qual passou a considerar vedada a prática denominada *prefeito itinerante*, ao fundamento de que “a faculdade de transferência de domicílio eleitoral não pode ser utilizada para fraudar a vedação contida no art. 14, §5º, da Constituição Federal, de forma a permitir que prefeitos concorram sucessivamente e ilimitadamente ao mesmo cargo em diferentes municípios”<sup>741</sup>.

Consta do relatório do acórdão que o recorrente alegou violação da segurança jurídica, uma vez que “registro de sua candidatura sequer foi impugnado e que o recurso que cassou seu diploma foi interposto com base em uma nova orientação jurisprudencial fixada já no período de diplomação dos eleitos”<sup>742</sup>. Pleiteava, nesse ponto, “a modulação de efeitos da nova interpretação da norma constitucional”, caso mantida<sup>743</sup>. Mas não se indica haver invocação da incidência do art. 16 da CRFB.

Todavia, foi essa a premissa normativa adotada pelo Relator para, apesar de referendar o entendimento do TSE, deixar de aplicá-lo ao caso objeto do recurso. Afirmou o Ministro Gilmar Mendes que, considerado o “o peculiar caráter normativo dos atos judiciais emanados do Tribunal Superior Eleitoral”, retira-se do art. 16 da CRFB a existência de uma norma constitucional, “ainda que implícita, que traduz o postulado da segurança jurídica como princípio da anterioridade ou anualidade em relação à alteração da jurisprudência do TSE”.

O raciocínio empregado no voto condutor eleva exponencialmente a abertura semântica da abordagem principiológica do art. 16 da CRFB: parte do princípio da segurança jurídica, do qual retira o princípio da confiança, por sua vez *plasmado* no princípio da anterioridade eleitoral – e este, em sua máxima amplitude de garantia à igualdade de chances, é estendido à *jurisprudência*<sup>744</sup>. Porém, o esquema hermenêutico efetivamente aplicado permeia-se de aporias de difícil superação.

---

<sup>739</sup> BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Recurso Extraordinário 100.825/PR, Relator: Ministro Francisco Rezek, Redator para o acórdão: Ministro Aldir Passarinho, Julgado em: 05 abr.1984, Tribunal Pleno, **DJ**, p. 20990, Publicado em: 07 dez. 1984; **Ementário**, v. 1361-02, p. 335-364.

<sup>740</sup> BRASIL, Tribunal Superior Eleitoral, Consulta 706/DF (Resolução 20.864, de 11 de setembro de 2001), Relator: Ministro Sepúlveda Pertence, Julgado em: 11 set. 2001, **DJ**, p. 234, Publicado em: 1 fev. 2002.

<sup>741</sup> BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Recurso Extraordinário 637.485/RJ, Relatório.

<sup>742</sup> *Ibid.*

<sup>743</sup> *Ibid.*

<sup>744</sup> BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Recurso Extraordinário 637.485/RJ, Voto do Ministro Gilmar Mendes. Segundo a fundamentação do voto: i) “mudanças na jurisprudência eleitoral [...] têm efeitos normativos diretos sobre os pleitos eleitorais, com sérias repercussões sobre os direitos fundamentais dos cidadãos (eleitores e candidatos) e partidos políticos”; ii) “no âmbito eleitoral [...] a segurança

Primeiro, foi tomada como premissa ligeira a equiparação da mudança de interpretação da lei no exercício da função judicial à vigência de lei nova. O caráter normativo de atos regulamentares da Justiça Eleitoral – junto com toda a discussão acadêmica que o acompanha – é afirmado, pelo próprio TSE, sob a ideia de que o Código Eleitoral lhe atribui competência para expedir *instruções*, as quais, abstratas, gerais e impessoais, podem criar normas<sup>745</sup>. Não se divisa, nem mesmo sob essa ótica, amparo para afirmar que as decisões judiciais em casos sob julgamento possam ser consideradas criadoras de normas<sup>746</sup>. A adoção dessa asserção como premissa não poderia, por coerência, ignorar seus desdobramentos, dentre os quais a possibilidade de controle concentrado de constitucionalidade.

Segundo, a decisão parte da premissa fática de que se estava diante de “uma situação diferenciada, em que houve regular registro da candidatura, legítima participação e vitória no pleito eleitoral e efetiva diplomação do autor, tudo conforme as regras então vigentes e sua interpretação pela Justiça Eleitoral”<sup>747</sup>. Porém, o reconhecimento de que a segurança jurídica resguarda a situação do candidato colide com a regra de ajuizamento do RCED com fundamento em inelegibilidade constitucional *pré-existente e não arguida na fase de registro de candidatura*, que era, e ainda é, aplicada pelo TSE<sup>748</sup>. O voto de Relatoria não se desvencilha

---

jurídica assume a sua face de princípio da confiança para proteger a estabilização das expectativas de todos aqueles que de alguma forma participam dos prélios eleitorais”; iii) essa diretriz está “plasmada no princípio da anterioridade eleitoral positivado no art. 16 da Constituição”, segundo o qual “qualquer modificação normativa que altere o processo eleitoral [...] não poderá ser aplicada à eleição que ocorra até um ano da data de sua vigência”; iv) a interpretação fixada no RE 633.703/DF compreende o princípio como “garantia constitucional (1) do devido processo legal eleitoral, (2) da igualdade de chances e (3) das minorias”.

<sup>745</sup> A crítica a essa autoafirmação da competência normativa será apresentada no Subcapítulo 3.3.

<sup>746</sup> O mais peculiar é que a milenar compreensão da jurisprudência como *fonte do Direito* é sempre apresentada como novidade advinda para libertar o juiz de ser *a boca da lei* e com isso permitir ao Judiciário suprir a inércia e o desvirtuamento do Poder Legislativo, tal como acredita Sálvio de Figueiredo Teixeira. A *construction* é celebrada como novidade salvífica, capaz de empurrar o *civil law* para próximo ao *common law* de modo a atender aos reclames de uma “sociedade dinâmica, veloz, complexa e conflitiva”. (TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo, **A criação e realização do Direito na decisão judicial**, Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 5–17 passim.).

<sup>747</sup> BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Recurso Extraordinário 637.485/RJ, Voto do Ministro Gilmar Mendes.

<sup>748</sup> Conforme sintetizam Luiz Carlos dos Santos Gonçalves e Rodrigo López Zilio, “O c. TSE, na linha já sedimentada doutrinariamente, adotou a distinção entre inelegibilidade constitucional (que não preclui) e inelegibilidade infraconstitucional (que, para não precluir, deve ser superveniente ao registro)”. (GONÇALVES, Luiz Carlos dos Santos; ZILIO, Rodrigo López, **Comentários às súmulas do TSE**, Salvador: Jus Podivm, 2017, p. 242.). Essa é a interpretação extraída da conjugação do art. 262, I, do CE (vigente à época do julgamento do RE 637.485/RJ), com o art. 223, §3º, também do CE: “Art. 262. O recurso contra expedição de diploma caberá somente nos seguintes casos: I - inelegibilidade ou incompatibilidade de candidato; [...]”; e “art. 223. [...] § 3º A nulidade de qualquer ato, baseada em motivo de ordem constitucional, não poderá ser conhecida em recurso interposto fora do prazo. Perdido



do ônus argumentativo de esclarecer porque, no caso em exame, haveria precluído a possibilidade de suscitar a inelegibilidade do candidato eleito com fundamento no art. 14, §5º, da CRFB<sup>749</sup>.

Terceiro, a invocação da proteção à isonomia contrasta com o fundamento para a cassação do diploma no TSE: a aplicação do entendimento que havia se firmado em outro caso em que foi impugnada a prática de prefeito itinerante. Deve-se destacar que o recorrente se manteve no mandato, durante quase todo o período deste, por força de medida cautelar concedida pelo Relator do RE 637.485/RJ. Somente em agosto de 2012 é que foi o recurso submetido a julgamento do mérito. Assim, situações similares tiveram tratamento distinto, o que parece contraditório com o fundamento exposto<sup>750</sup>.

Quarto, surge um impasse da conjugação da aplicação da regra da anualidade à lei nova e à viragem jurisprudencial: se a lei vigente exatamente um ano antes da eleição vindoura é aplicável a esta, em que momento poderá ser aplicada a interpretação correlata àquela, que necessariamente ocorre a menos de um ano? Pelo que se fixou na *ratio decidendi* do RE 637.485/RJ, uma nova linha jurisprudencial firmada “no curso do processo eleitoral” – o qual, como estabelecido no RE 633.703/MG, também se inicia um ano antes da eleição – não se aplica de imediato. Desse modo, tomando-se rigorosamente a aplicação dada pelo STF à anualidade eleitoral nesses julgados: a) ou se dá prevalência à lei nova, cuja alteração demandará logicamente interpretação compatível com a inovação, e nesse caso a viragem jurisprudencial não é alcançada pela anualidade eleitoral; b) ou se resguarda as expectativas estabelecidas com base em jurisprudência firmada sob a vigência de lei revogada, mantendo-se

---

o prazo numa fase própria, só em outra que se apresentar poderá ser arguida.” (BRASIL, **Código Eleitoral (1965)**, Lei n. 4.737, de 15 de julho de 1965, Institui o Código Eleitoral, **D.O.**, 19 jul. 1965, art. 262, I, redação original; art. 223, §3º.). Note-se que a Lei 12.891/2013, posteriormente, consolidou a regra no sentido de que “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”. (BRASIL, **Código Eleitoral (1965)**, art. 262, redação atual.).

<sup>749</sup> Esse ponto recebeu intensa objeção do Ministro Joaquim Barbosa (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Recurso Extraordinário 637.485/RJ, Debates.) e foi assim refutado pela Ministra Carmen Lúcia: “ao candidato, uma vez eleito, não se pode garantir uma espécie de “salvo conduto” de modo a imunizá-lo das ações constitucionais e infraconstitucionais previstas para a impugnação do mandato ou da diplomação”. (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Recurso Extraordinário 637.485/RJ, Voto da Ministra Carmen Lúcia.).

<sup>750</sup> A circunstância foi ressaltada pela Ministra Carmen Lúcia: “de 2008 para cá, o Tribunal Superior Eleitoral julgou inúmeras vezes, capitaneado até pelo Ministro Carlos Britto. Inúmeras decisões foram tomadas, outros prefeitos que não chegaram aqui com recursos foram afastados, portanto, surpresa vai ter, [...] daquele que foi afastado, que não teve recurso [...]”. (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Recurso Extraordinário 637.485/RJ, Debates.).

sua aplicação, e nesse caso o que se tem é a postergação da eficácia da lei nova para o pleito subsequente.

Diante dessas inconsistências, o art. 16 da CRFB parece não ter aplicação ao caso levado a julgamento. Quis-se, da regra já transmudada em princípio, retirar-se efeitos não radicados nos limites literais de seu texto. Como decorrência, criou-se outra regra, que nem mesmo remete ao prazo de estabilização previsto na norma constitucional ou ao termo inicial assinalado ao *processo eleitoral*. Isso porque, como solução pragmática frente ao impasse acima exposto, a prática do TSE é no sentido de protrair, para aplicação às ações relativas à eleição subsequente à *adoção da viragem jurisprudencial*, o que, dado o momento em que ocorrem os julgamentos no TSE, *não aguarda um ano após a adoção do novo entendimento*<sup>751</sup>.

Aderindo ao voto de Relatoria, o Ministro Dias Toffoli fez referência à necessidade de “não haver alterações, dentro de um mesmo processo eleitoral, abruptas, que pegam o cidadão na disputa do *jus honorum* [...] de maneira imprevista”. A abordagem segue, na esteira de seu voto no RE 633.703/MG, a diretriz de não-surpresa, em especial firmada no fato de que o candidato havia renunciado ao cargo em exercício, para fins de desincompatibilização. Trata-se de reconhecimento de justa expectativa subjetiva, o que não se extrai da regra da anualidade, mas, sim, de uma noção ampla de segurança jurídica.

Dentre os votos vencidos que se opuseram ao “efeito prospectivo” da decisão, o mais contundente foi o da Ministra Carmen Lúcia, que destacou o ajuizamento tempestivo do RCED, conforme a previsão legal, e afirmou que o TSE não se encontra “engessado aos seus pronunciamentos anteriores, sob pena de se subverter o interesse público e o legítimo processo eleitoral democrático em favor da segurança jurídica, subjetivamente considerada”<sup>752</sup>. A Ministra também refutou a legitimidade da expectativa do eleito de exercer o cargo, uma vez que a jurisprudência se consolidara ainda em 2008 e seu “eventual abalo em favor do interesse pessoal do candidato (ou mesmo de um pretense – porém ilegítimo eleitoral)” esvaziaria o

---

<sup>751</sup> Exemplo é a fixação da exigência de litisconsórcio passivo necessário entre o candidato beneficiado e o agente público em caso de abuso de poder político, por decisão de 21/06/2016, como “entendimento, a ser aplicado a partir das Eleições de 2016”, ou seja, a ações passíveis de serem ajuizadas menos de dois meses depois. Note-se que a ação se referia às eleições de 2012 e o Relator, ao definir a aplicação, afirmou que “para as Eleições 2014, também já foram propostas inúmeras ações de investigação judicial eleitoral, motivo pelo qual se recomenda a aplicação do novo entendimento somente para o pleito vindouro”. (BRASIL, Tribunal Superior Eleitoral, Recurso Especial Eleitoral 843-56.2012.6.13.0136, Relator originário: Ministro João Otávio de Noronha, Redator para o acórdão: Ministro Henrique Neves da Silva, Julgado em: 21 jun. 2016, **DJe**, p. 73-74, Publicado em: 02 set. 2016.).

<sup>752</sup> BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Recurso Extraordinário 637.485/RJ, Voto da Ministra Carmen Lúcia.

RCED, “recurso que pela sua própria dinâmica e nomenclatura, só tem lugar após a eleição e antes da diplomação”<sup>753</sup>.

O Ministro Ricardo Lewandowski, também divergindo, afastou a incidência do art. 16 da CRFB “porque não se tratava [...] de alteração de normas de natureza procedimental, no que diz respeito ao pleito eleitoral”, o que deixa entrever sua compreensão instrumental do *processo eleitoral*, ainda que não enunciado conceito.

Constata-se que, no julgamento do RE 637.485/RJ, toda a discussão sobre a segurança jurídica poderia ser travada sem invocação da regra da anualidade eleitoral. A explicação para que o art. 16 da CRFB, sequer mencionado pelo recorrente, tenha sido adotado no voto de Relatoria pode ser estratégica: assim como no RE 633.703/MG, o Ministro Gilmar Mendes propôs a afetação da decisão à repercussão geral. Ao tratar da anualidade eleitoral, reiterando a concepção de processo eleitoral e a definição do alcance da garantia apresentadas naquele julgado, teve a oportunidade – exitosa – de fazer consolidar sua abordagem principiológica como entendimento prevalecente no STF e de possibilitar a retratação de decisões nos recursos pendentes<sup>754</sup>.

---

<sup>753</sup> *Ibid.*

<sup>754</sup> Sobre a proeminência das eruditas construções decisórias apresentadas pelo Ministro Gilmar Mendes no STF, das quais é característica a abordagem principiológica que toma por empréstimo teorias estrangeiras, em especial alemãs, conferir a abordagem de João Andrade Neto sobre o que denomina *Corte Mendes*: “Mendes has been an unusually prominent Justice since his nomination, in 2002, and for at least a decade the STF’s case law fell under his influence and leadership. I shall refer to this period, which lasts from 2002 until 2012, as the Mendes Court. It is not a coincidence that he had attained a doctoral degree after researching on comparative constitutional law in the University of Münster. Brazilian lawyers seem to be mesmerized by the authority of German constitutional law in general and the BVerfG’s findings in particular.”; “In the Mendes Court era, which lasted from 2003 to approximately 2012, the opinions of Justice Gilmar Mendes had, in general, a decisive impact for the final ruling delivered by the court. Justice Mendes was also the responsible for the court’s first references to the principles theory.” (ANDRADE NETO, João, **Borrowing justification for proportionality: on the influence of the principles theory in Brazil**, Cham: Springer, 2018, p. 52 e 110.).

2.3.11 ADI 5577/DF: aplicação do parâmetro de representação parlamentar mínima para assegurar participação em debates (eleições 2016)

Ação: <b>ADI 5577/DF</b> <sup>755</sup>	Eleições: <b>2016</b>
Voto vencedor: Rosa Weber (Relatora)	Data do julgamento: 25/08/2016
<i>Resultado do julgamento:</i> unânime (na questão da anualidade, considerando-se, apesar da pontuação do Ministro Marco Aurélio de Mello quanto à “quebra de impessoalidade” da alteração, a ausência de invocação expressa do art. 16 da CRFB para impedir a aplicação às eleições de 2016).	
<i>Ato normativo questionado:</i> art. 46 da Lei 9.504/97, alterado pela lei 13.165, de 29/09/2015.	
<i>Questão:</i> Aplicação às eleições de 2016 da exigência mínima de 10 deputados federais para que o partido tenha direito a ter candidato convocado para debates realizados em rádio e TV, que toma por parâmetro a representação parlamentar obtida no pleito anterior.	
<i>Concepção de processo eleitoral (voto vencedor e agregados):</i> Processo eleitoral como regime jurídico que não abrange expectativas supostamente decorrentes de ato jurídico consolidado com base no resultado das eleições anteriores. (Rosa Weber)	
<i>Concepções de processo eleitoral (votos vencidos):</i> não houve voto vencido.	
<i>Palavras-chave:</i> <b>competição/regras do jogo/isonomia</b>	
<i>Ratio decidendi:</i> 3. “A exigência constitucional – da anterioridade da lei eleitoral – consubstancia marco temporal objetivo, que tem por escopo impedir mudanças abruptas na legislação eleitoral, como forma de assegurar o direito das minorias, em particular a paridade de armas na disputa eleitoral.” 4. “[...] ausência de direito adquirido a regime jurídico – na espécie o regramento eleitoral anterior – a reforçar a ausência da ventilada arbitrariedade da novel legislação[...].”	
<i>Subsunção:</i> “Ausência de óbice formal à aplicação do novo regime jurídico da Lei nº 9.504/97, com as alterações introduzidas pela Lei nº 13.165/15, nos termos do art. 16 da Constituição Federal.”	
<i>Decisão quanto à incidência da regra da anualidade:</i> Não incidência sobre lei publicada mais de um ano antes das eleições, inexistindo garantia de estabilidade das regras aplicáveis ao processo eleitoral que ultrapassem o marco objetivo do art. 16 da CRFB.	

<sup>755</sup> BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Ação Direta de Inconstitucionalidade 5577/DF, Relatora: Ministra Rosa Weber, Julgado em: 25 ago. 2016, Tribunal Pleno, **DJe**, n. 180, Publicado em: 25 ago. 2016. Todas as citações do quadro seguem essa referência.

*Efeitos da decisão:*

Não foi reconhecido direito de participação de candidatos de partidos com representação na Câmara dos Deputados inferior a 10, os quais, pela lei eleitoral vigente no momento em que tal representação foi conquistada, tinham apenas expectativa de direito.

O mais recente julgado do STF a enfrentar a questão relativa à regra da anualidade eleitoral tem por peculiaridade versar sobre inovação legislativa efetivada a *mais* de um ano antes da data designada para as eleições de 2016. Na ADI 5577/DF, a regra da anualidade eleitoral foi invocada com o intuito de assegurar a participação de candidatos, nos debates eleitorais, com base na redação do art. 46 da Lei 9.504/97 anterior à alteração promovida pela Lei 13.165, de 29/09/2015. Isso significaria que não poderiam ser excluídos “candidatos dos partidos com representação na Câmara dos Deputados”, a despeito de a norma atual fazer referência à “representação superior a nove Deputados”<sup>756</sup>.

O voto de Relatoria contemplou sucintamente o exame da questão.

Primeiramente, a Ministra Rosa Weber distinguiu o caso daquele decidido na ADI 5398/DF, invocado pelo autor como precedente aplicável ao caso. Conforme explicou, tratou-se, naquele julgamento, da eficácia imediata do art. 22-A na Lei 9.096/95, que estipulou rol de justas causas para desfiliação partidária sem nele fazer incluir a *criação de partido novo*, prevista na Resolução TSE 22.610/2007. Com isso, a migração para novos partidos, no prazo de trinta dias da criação destes, não mais assegurou a conservação do mandato pelo parlamentar. Ocorre que, quando adveio a alteração – promovida pela Lei 13.165 em 29/09/2015 – três partidos recém-registrados no TSE se encontravam com o trintídio para recebimento de filiados em curso. O deferimento de medida cautelar, em caráter liminar, amparou-se, assim, no *direito adquirido* daqueles partidos políticos<sup>757</sup>.

Similar direito adquirido não foi reconhecido ao partido político autor da ADI 5577/DF. Sua pretensão foi tratada, pela Relatora, como de sustentar direito adquirido a regime jurídico. Segundo Weber, a anualidade eleitoral encerra uma proteção às minorias parlamentares contra alterações das regras aplicáveis às eleições, apenas no interregno de um ano antes das eleições. Uma vez não invadido esse “período vedado”, não há como sustentar que “a alteração

<sup>756</sup> BRASIL, **Lei das Eleições**, art. 46.

<sup>757</sup> A ADI 5398/DF não foi examinada em apartado no presente estudo porque não foi invocada ou debatida a aplicação do art. 16 da CRFB, mas, sim, o princípio da segurança jurídica, com fundamento na existência de direito adquirido.

legislativa impugnada tenha suplantado expectativas legítimas, ato jurídico consolidado com base no *status* por eles obtido nas eleições de 2014”<sup>758</sup>.

Esse entendimento não recebeu objeção ou complemento por parte dos demais Ministros.

Deve-se, todavia, registrar que o Ministro Marco Aurélio, embora não tenha afirmado a incidência do art. 16 da CRFB para impedir a aplicação da alteração legislativa aos debates a serem realizados em 2016, trouxe novo ângulo de abordagem da questão. Valendo-se da terminologia *princípio da anterioridade pura* – atendido “porque, entre a lei nova e as eleições, tem-se período superior a um ano” –, observou que o requisito mínimo de dez Deputados foi instituído “já sabendo o quadro político que nortearia não só a propaganda eleitoral, como também a participação em debates”<sup>759</sup>.

A asserção provoca uma reflexão sobre os limites da efetividade da regra da anualidade eleitoral como garantia de estabilização do processo eleitoral. A reforma da legislação eleitoral tem sido uma constante em anos ímpares – entre eleições –, produzindo decisões legislativas estratégicas, inclusive como reação à interferência judicial e normativa dos tribunais no Direito Eleitoral. A complexidade crescente deste, como decorrência do discurso moralizador especialmente sobre a elegibilidade, a propaganda eleitoral e o financiamento das campanhas, faz com que o interregno de um ano antes das eleições já não se mostre suficiente para alijar as opções do Congresso Nacional de resultados específicos.

Cite-se, como exemplo a proposta de retorno do prazo mínimo de filiação partidária para um ano antes da eleição, que chegou a ser apresentada perante a Comissão de Especial da Reforma Política de 2017, como estratégia refratária ao crescente interesse de membros do Ministério Público e da Magistratura em disputar cargos eletivos<sup>760</sup>. Caso consumada sua

---

<sup>758</sup> BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Ação Direta de Inconstitucionalidade 5577/DF, Voto da Ministra Rosa Weber.

<sup>759</sup> Disse, ainda, o Ministro Marco Aurélio: “Claro que não se lançou, na lei nova, a nomenclatura dos partidos políticos que ficariam prejudicados com a nova regência, mas dispôs-se, a partir do conhecimento do quadro [...], das consequências que se teria a normatização. Conhecia-se os destinatários das vedações.” (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Ação Direta de Inconstitucionalidade 5577/DF, Voto do Ministro Marco Aurélio de Mello.).

<sup>760</sup> A Comissão Especial de Reforma Política (CEPOLITI) consolidou a proposta em 9 meses, mas houve sugestões, que voltaram a ser ventiladas na deliberação plenária, pelo retorno aos 12 meses. Conforme consta do Relatório do Relator n. 1 da CEPOLITI: “A sugestão de n. 13, dos Deputados Chico Alencar e Luiza Erundina, que propõe que o prazo de filiação partidária seja de 12 meses antes do pleito, já se encontra, de certa forma, contemplada em nosso anteprojeto de lei. Com razão, o atual art. 9º da Lei n. 9.504/97 exige filiação partidária com a antecedência de 6 meses, enquanto o nosso anteprojeto propõe 9 meses, um meio termo entre a norma em vigor e a sugestão ora analisada.” (CÂMARA DOS DEPUTADOS, Deputado Federal Vicente Cândido, Relatório do Relator 1 da Comissão Especial para

aprovação – o que não ocorreu, ao menos, para 2018 –, a alteração respeitaria o que o Ministro Marco Aurélio denominou *anterioridade pura*, já que as leis aprovadas no bojo da minirreforma eleitoral de então entraram em vigor em 06/10/2017. Ocorre que seria imposto aos pretensos candidatos definirem suas filiações até o dia seguinte, em 07/10/2017, o que dificultaria ou, mesmo, inviabilizaria candidaturas que dependessem de migração partidária ou celebração originária de vínculo de filiação.

A tensão entre a classe política e as elites judiciárias não tende a arrefecer, uma vez que o TSE e o STF têm constantemente reafirmado seu papel ativo na decisão das questões político-eleitorais<sup>761</sup>. O cenário favorece o exercício casuístico das prerrogativas institucionais, por parte de órgãos legislativos e judiciários, o que torna mais dramático o problema da ausência de demarcação conceitual do processo eleitoral.

### 2.3.12 *O processo eleitoral incógnito: o problema da fundamentação nas decisões seriatim do STF sobre a regra da anualidade eleitoral*<sup>762</sup>

A partir do estudo de caso realizado, é possível sustentar que a correlação entre o significado de processo eleitoral (premissa) e o alcance da anualidade eleitoral (conclusão), propugnada na CRFB, art. 16 (e apresentada no Capítulo 1), não vem sendo observada na prática do STF. O esquema hermenêutico demandado pela regra da anualidade frequentemente foi ignorado, produzindo decisões sobre a aplicação daquela sem vinculação necessária a uma concepção de *processo eleitoral*. Nesses casos as conceituações, tópicas, surgem como *obiter dictum* – digressões que não foram consideradas determinantes para a resolução da questão.

---

análise, estudo e formulação de proposições relacionadas à Reforma Política (RR1/CEPOLITI), de 23 de maio de 2017, Disponível em: [http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?codteor=1561753&filename=RRL+1+CEPOLITI+%3D%3E+RPA+3/2017+CEPOLITI](http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1561753&filename=RRL+1+CEPOLITI+%3D%3E+RPA+3/2017+CEPOLITI), Acesso em: 22 jan. 2019.).

<sup>761</sup> É o que se colhe, no próprio julgamento da ADI 5577/DF, da manifestação do Ministro Luiz Fux: “[...] exatamente porque matérias intimamente ligadas ao processo eleitoral aumentam consideravelmente as chances de manipulação e parcialidade no seu tratamento pelos órgãos eleitos por este mesmo processo, justifica-se, a meu sentir, uma postura mais expansiva e particularista por parte do Supremo Tribunal Federal, em detrimento de opções mais deferentes e formalistas. Creio que, ao assim agir, a Corte não amesquinha a democracia, mas antes a fortalece, corrigindo pelo menos algumas de suas naturais disfuncionalidades.” (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Ação Direta de Inconstitucionalidade 5577/DF, Voto do Ministro Luiz Fux.).

<sup>762</sup> Esse subcapítulo contém aportes do capítulo de livro: GRESTA, Roberta Maia, Isomenia e dever de fundamentação no modelo decisório seriatim: sobre acordos parcialmente teorizados e desacordos quase completamente não teorizados, *in*: OMMATI, José Emílio Medauar; DUTRA, Leonardo Campos Victor (Orgs.), **Teoria crítica do processo: contributos da Escola Mineira de Processo para o constitucionalismo democrático**, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

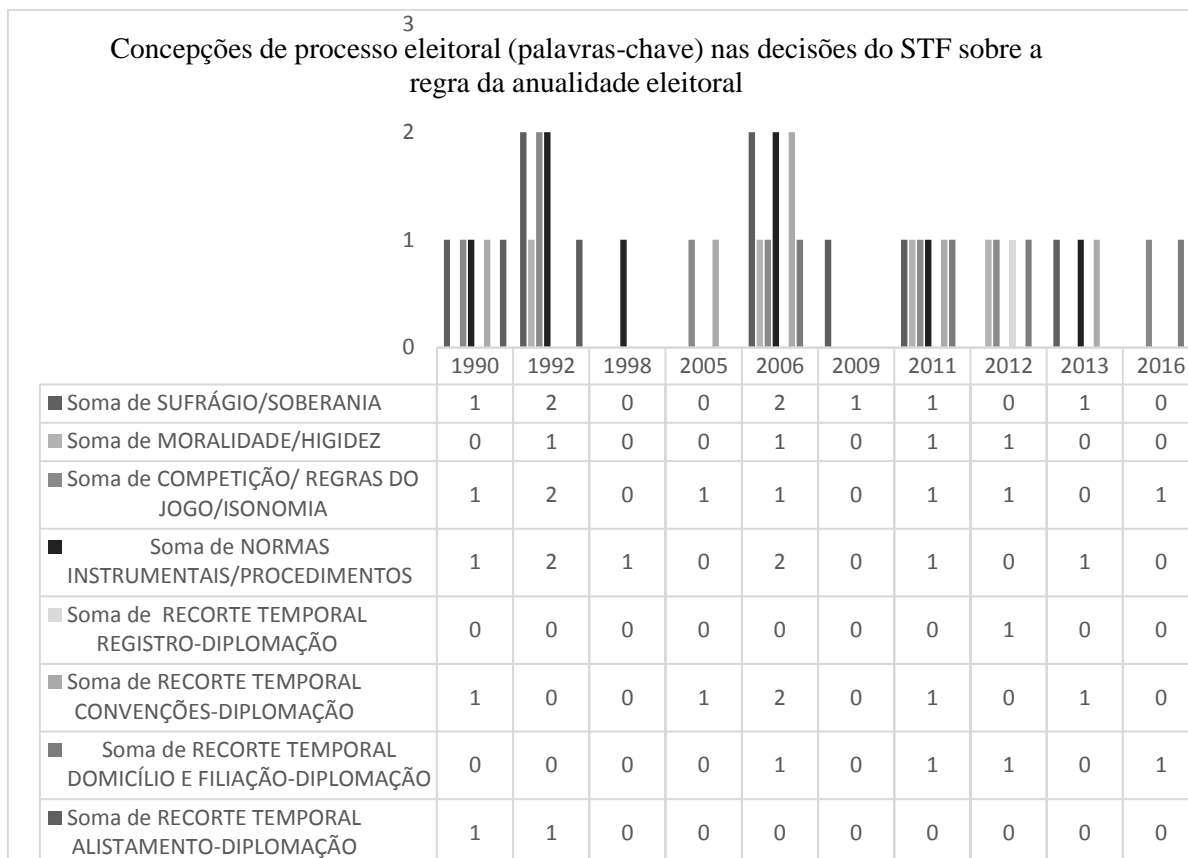
São fatores associados a esse problema: i) a aplicação casuística da anualidade eleitoral; ii) a enunciação de concepções de processo eleitoral amparadas em argumentos tópicos e digressões que raramente buscam aportes em teorias processuais; iii) a pressuposição, não problematizada, da hegemonia da teoria do processo como relação jurídica, que respalda a compreensão instrumental e teleológica do *processo eleitoral*; iv) a inexistência de momento no julgamento em que se promova a estabilização dos sentidos do *processo eleitoral*, como premissa para o julgamento colegiado; v) a produção de acórdãos a partir de maiorias decisoras, sem necessária identificação de maiorias fundamentadoras.

A flutuação da abordagem do *processo eleitoral* pôde ser medida com apoio nos indicadores descritos na metodologia do estudo de caso. Esses indicadores foram assinalados, no fichamento, para cada julgamento no qual considerações sobre o *processo eleitoral* foram feitas com base no enfoque a que eles se referem. Conforme se antecipou, os indicadores não foram utilizados para medir o *número de julgadores* que, em um mesmo julgamento, adotaram determinado enfoque. Isso porque o objetivo foi demonstrar a persistente polissemia da expressão *processo eleitoral*, que refuta a afirmação quanto à existência de *superação* de concepções ou de entendimento *pacificado* quanto ao tema.

A leitura dos resultados ora medidos não pode, ademais, desconsiderar a ambiguidade do manejo de conceitos como *sufrágio*, *soberania*, *democracia*, *moralidade*, *segurança jurídica* e *isonomia*. Frequentemente utilizados com carga retórica, esses termos não tiveram sua indeterminação conceitual dissipada com utilização do código intradiscursivo constitucional. Por exemplo, quando utilizado o enfoque do *sufrágio*, não comparece necessariamente uma visão associada a direito político fundamental, especialmente no que concerne aos candidatos, mas a uma noção idealizada do voto.

Feitas essas advertências, apresenta-se o gráfico que demonstra a variabilidade das concepções de *processo eleitoral* ventiladas nas decisões do STF desde o advento da CRFB. No gráfico, as linhas correspondem aos anos em que ocorreram os julgamentos e as colunas correspondem ao número de julgamentos em que os enfoques associados às palavras-chave foram utilizados para apresentar concepções de *processo eleitoral*:





Fonte: elaborado pela autora

Sendo este o retrato da jurisprudência do STF sobre a matéria, é possível afirmar que, a despeito de ocasionais esforços de Ministros para elucidar o significado de *processo eleitoral*, este permanece *incógnito – in-cógnito*, porquanto desprovido, até o momento, de sentido estabilizado por meio de testificação crítica referenciada no código constitucional intradiscursivo. Enquanto decisões sobre a regra da anualidade eleitoral seguem sendo tomadas sem a contraposição dialógica de argumentos com vistas à (provisória) aferição da resistência conceitual do *processo eleitoral* e adoção de seus desdobramentos lógicos como efeitos jurídicos necessários, frustra-se a eficácia coconstitucionalizante do art. 16 da CRFB.

Se o *processo eleitoral* deixa, assim, de funcionar como variável independente – o que, como visto, é demandado pelo esquema hermenêutico que decorre do art. 16 da CRFB –, é necessário lançar olhos para as variáveis intervenientes que acarretam esse efeito. Dentre estas, merece destaque o *modelo decisório* adotado pelos tribunais brasileiros<sup>763</sup>.

<sup>763</sup> Outras variáveis intervenientes, algumas das quais tratadas ao longo da pesquisa, são: a adoção de metas de tempo, pelo CNJ, para medição da qualidade da prestação jurisdicional, agravada, no caso da Justiça Eleitoral, pela ideia de celeridade específica, ligada à duração dos mandatos; o discurso da moralidade pública, alçado à criminalização da política; a alteração contínua do corpo de juízes dos órgãos eleitorais; o dilema da postura imparcial ou ativista dos juízes frente aos fatos políticos notórios;

Esse aspecto constitui parâmetro de atuação dos órgãos judiciários, amoldando-se ao conceito de *capacidade institucional*, critério que Cass Sunstein e Adrian Vermeule fornecem para o estabelecimento de diretrizes da atividade hermenêutica a ser esperada de um determinado tribunal<sup>764</sup>. A capacidade institucional redireciona a pergunta sobre “como, em regra, um texto deve ser interpretado” para a pergunta sobre “como determinadas instituições, levando em conta suas habilidades e limitações características, devem interpretar um texto”<sup>765</sup>.

Todavia, em função da proposta epistemológica da presente pesquisa, a capacidade institucional é tomada em sua dimensão *descritiva*, para aferir como as citadas habilidades e limitações de um tribunal impactam sobre seu modo de julgar.

Não se defende, como Sunstein e Vermeule, que daí se retire uma dimensão normativa, ou seja, que as capacidades institucionais determinem *como devem* julgar os tribunais. Deflui da Constituição o dever de fundamentação, que impõe um ônus argumentativo aos que exercem a atividade judicante. Tomado esse parâmetro, a capacidade institucional deve ser constantemente arguida quanto a sua *adequação* ao princípio do devido processo legal. Assim, considera-se possível um aproveitamento problematizante, e não dogmático, da bem construída noção de capacidade institucional.

A definição do modelo decisório toma por critério a atribuição da autoria do(s) entendimento(s) (opinions) apresentado(s) na decisão. Segundo a tipologia apresentada por James Markham<sup>766</sup>, tem-se: i) decisão *seriatim*: cada juiz elabora seu julgamento independente e a decisão publicada contém todos os entendimentos, com identificação de seus autores individuais; ii) decisão *per curiam*: é apresentado um único entendimento, considerado proferida pelo tribunal (*by the Court*), em geral aplicado aos casos de unanimidade ou de baixa complexidade jurídica; iii) decisão na qual o relator subscreve o entendimento, em seu próprio nome, mas indicando que fala pelo tribunal (*for the Court*), com o que se ocultam eventuais divergências; iv) decisão majoritária em nome do tribunal, com inscrição, ao final, dos

---

a dinâmica de blindagem das funções consultiva e regulamentar da Justiça Eleitoral. Para uma crítica a esses fatores: PEREIRA, Condições de registrabilidade e condições implícitas de elegibilidade: esses obscuros objetos do desejo; AIETA, Vânia Siciliano, **Criminalização da política: a falácia da judicialização da política como instrumento democrático**, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

<sup>764</sup> SUNSTEIN, Cass R; VERMEULE, Adrian, Interpretation and institutions, **Michigan Law Review**, v. 101, n. 2002–2003, p. 885–951, 2012.

<sup>765</sup> No original: “The central question is not ‘how, in principle, should a text be interpreted?’ The question instead is ‘how should certain institutions, with their distinctive abilities and limitations, interpret certain texts?’” (*Ibid.*, p. 886.).

<sup>766</sup> MARKHAM, James, Against individually signed judicial opinions, **Duke Law Journal**, v. 56, p. 923–951, 2006, p. 928.

entendimentos divergentes ou convergentes por fundamento diverso, em relação aos quais são indicados, *nominalmente*, os juízes que os proferiram ou que a eles aderiram.

Ao analisar o modelo decisório da Suprema Corte estadunidense, Markham observa que o modelo *seriatim* (i) foi adotado por breve período, entre 1790 e 1801, quando o Juiz John Marshall se tornou *Chief Justice* e, com a justificativa de potencializar a autoridade institucional daquele tribunal, passou a utilizar o modelo *per curiam* (ii) <sup>767</sup>. Desde então, as críticas a esse modelo alertam para o fato de que, com isso, as divergências entre juízes não são dadas a conhecer e que a unanimidade pode ser fabricada por um *Chief Justice* engenhoso. Os modelos (iii) e (iv) surgem para atenuar esses efeitos, mas, por outro lado, estimulam o personalismo e podem comprometer a legitimidade do entendimento prevalecente.

Markham propõe a adoção de um quinto tipo: v) decisão majoritária na qual sejam assinaladas as divergências (*dissents*) e as convergências como fundamentação diversa (*concurring*) associadas ao *número* de juízes votantes – mas, não, ao *nome* desses juízes<sup>768</sup>. Em síntese, o autor defende a necessidade de que os jurisdicionados conheçam as teses debatidas, mas, sem se convencer do argumento de que a identificação da autoria dos entendimentos assegura responsividade (*accountability*), transparência e independência, considera mais profícuo manter o anonimato dos entendimentos exarados pela Suprema Corte.

O STF – e, de regra, os tribunais brasileiros – adotam o modelo decisório *seriatim*. O fazem por opção institucional, já que não existe comando constitucional ou legal nesse sentido. Esse modelo decisório propicia que cada Ministro se comporte como um julgador individual, que analisa o caso e o resolve conforme fundamentos que expuser. O resultado dessa atividade intelectual individual é o voto.

Os votos são levados a um procedimento decisório que é agregativo e, não, deliberativo. Isso significa que não integra o procedimento decisório uma etapa obrigatória de debate e aproximação do conteúdo dos votos proferidos. Estes são agrupados a partir de seu *desfecho*, o que determina a formação da corrente vencedora, e, não, a partir de sua *fundamentação*. Para a proclamação do resultado, portanto, não existe nenhuma exigência de compatibilização dos fundamentos decisórios: a fundamentação é intrínseca a cada voto e não precisa dialogar com a dos demais votos considerados convergentes.

O reflexo prejudicial da adoção do modelo *seriatim* para o desempenho do dever de fundamentação é facilmente perceptível a partir da análise do estudo de caso. É possível – e

---

<sup>767</sup> *Ibid.*, p. 929.

<sup>768</sup> *Ibid.*, p. 944.

frequentemente ocorre – que as decisões sejam formadas sem que haja acordo sobre a fundamentação. Por vezes, não é possível identificar a maioria fundamentadora (convergência da fundamentação dos votos), ainda que clara esteja a maioria decisora (convergência na parte dispositiva dos votos). Ademais, como é da praxe manter a redação do acórdão com o Relator caso este seja vencedor na parte dispositiva, as ementas podem não refletir a argumentação vencedora<sup>769</sup>.

Tais características se tornam perniciosas em um momento em que a aproximação (sincretismo) com o sistema de *common law* vem sendo sustentada como solução em favor da celeridade e da segurança jurídica no Brasil. Essa proposta é consagrada no CPC/2015 com a adoção de um sistema de precedentes, que, conforme gradativamente percebido pelos processualistas<sup>770</sup>, acentua a restrição do espaço argumentativo nos procedimentos judiciais.

Conforme ilustra o presente estudo de caso, a tendencial elevação dos julgamentos anteriores a *normas*, não precedida do esgotamento da refutação de teses contrárias e nem sempre adstrita à causa de pedir, revela a vigência de *precedentes judiciais*, como “regras jurisprudenciais de interpretação”<sup>771</sup>, que sequer asseguram a *previsibilidade* das decisões futuras, já que incapazes de promover uma vinculação interdecisória – quer institucionalmente, quer, mesmo, individualmente, considerada a variabilidade das votações pessoais.

Expostos, em detalhes, os argumentos como os quais os Ministros do STF enfrentaram a pretensão de *paralisação eficaz* de normas por força do art. 16 da CRFB, constata-se não ter havido, até o momento, a estabilização de sentido da expressão *processo eleitoral* por meio

---

<sup>769</sup> Essa prática foi reconhecida no estudo empírico conduzido por Klafke e Pretzel, que envolveu 266 acórdãos do STF exarados em ações de controle concentrado de constitucionalidade, conforme adiante se detalhará, nesta seção.

<sup>770</sup> A denúncia à falácia da segurança jurídica pela padronização decisória, tão somente propagadora de um direito jurisprudencial desprocessualizado, pode ser encontrada em obras anteriores ao CPC/2015, citando-se, por todas, RAMIRES, Maurício, **Crítica à aplicação de precedentes no Direito Brasileiro**, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010; FARIA, Gustavo de Castro, **Jurisprudencialização do direito: reflexões no contexto da processualidade democrática**, Belo Horizonte: Arraes Editores, 2012; GRESTA, Roberta Maia, Segurança jurídica: o edifício de ponta-cabeça arquitetado na Exposição de Motivos do projeto do Novo Código de Processo Civil Brasileiro, in: **Anais do XXI Encontro Nacional do CONPEDI**, Florianópolis: Fundação Boiteux, 2012, p. 12.635-12.652. Mais recentemente, mesmo entre autores que fizeram parte da comissão de juristas encarregada da elaboração do CPC ou dela estiveram próximos localiza-se crítica ao resultado da incorporação legislativa dos precedentes, como se pode conferir na seguinte passagem: “O *animus* no uso de precedentes no *common law* não é o engessamento, mas o esclarecimento e, assim, ele não fecha o debate, mas o dinamiza [...]. Quer-se usar precedentes por aqui para pasteurizar entendimentos quando ele foi e é pensado para melhorar debates sobre ‘que direitos as partes têm em um dado sistema jurídico’.” (THEODORO JÚNIOR, Humberto *et al*, **Novo CPC: fundamentos e sistematização**, 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 408.).

<sup>771</sup> MUNDIM, **Precedentes: da vinculação à democratização**, p. 105.

de uma concepção reconhecida, pelos próprios Ministros, como posição institucional. Não se observa aquela que seria, segundo a tradição historicista do *common law*, a *regra de ouro* dos precedentes, segundo a qual “juízes irão reconhecer o valor e a utilidade do precedente de outros julgadores, respeitando-os da mesma forma que gostariam que seus precedentes fossem respeitados”<sup>772</sup>.

Há uma diferença substancial entre o modelo decisório brasileiro e o modelo estadunidense, o qual, embora contendo variações, é marcadamente deliberativo e por isso resulta na clara indicação do entendimento que constitui fundamento para o resultado do julgamento. A característica fragmentária das decisões dos tribunais brasileiros torna, por si, muito difícil a utilização de precedentes em sentido restrito, pois estes dependem da existência de “razões passíveis de serem generalizadas e identificadas a partir de uma decisão judicial”<sup>773</sup>. Se, como visto nos casos acima analisados, a argumentação dos julgadores tende à ampliação da abertura semântica, deixando à escolha daqueles um leque de conceitos abertos, não se tem elementos lógicos que permitam identificar a premissa decisória consolidada que sustenta a aplicação da regra da anualidade eleitoral.

Não se está a defender a maior coerência do sistema de *common law*. O que ocorre é que, nesse sistema, as contradições e aporias tendem a ser mais facilmente ocultadas. A decisão *per curiam* demarca o pronunciamento uníssono da autoridade, sem dar a conhecer – ao menos além do que desejado pelo próprio tribunal – os testes de refutação a que aquele foi submetido. Em tal contexto, a celebrada fórmula dworkiniana do *romance em cadeia* exime julgadores de promover a estabilização de sentidos, uma vez que o recurso à tópica se mostra suficiente para entregar a prestação jurisdicional<sup>774</sup>.

É naquela cultura judicial, bem acostumada à *revelação episódica* de saberes solipsistas, que se pode compreender a elaboração de uma proposta hermenêutica calcada em *acordos*

---

<sup>772</sup> *Ibid.*, p. 99. A denominada *regra de ouro dos precedentes*, bem sintetizada por Mundim, foi originariamente cunhada por Michael J. Gerhardt, nos termos seguintes: “[...] an essential dynamic in constitutional law is what I call the Golden rule of precedent: Justices [...] generally know from experience, training, and temperament they cannot be to disdainful of precedents or else they risk having other justices show the same, or even more, disdain for their preferred precedents.” (GERHARDT, Michael J., **The power of precedent**, New York: Oxford University Press, 2008, p. 79.).

<sup>773</sup> MUNDIM, **Precedentes: da vinculação à democratização**, p. 97.

<sup>774</sup> Segundo explica Andréa Alves Almeida, o sistema principiológico de Ronald Dworkin concebe o direito como um romance em cadeia, integrado por decisões passadas a serem continuamente interpretadas e reavaliadas. Referido sistema, na análise daquela autora, “não rompe com a tópica, [pois] as decisões históricas consistem no catálogo de topoi”. (ALMEIDA, **Espaço jurídico processual na discursividade metalinguística**, p. 52.).

*parcialmente teorizados*, conforme apresentada por Cass Sunstein<sup>775</sup>. Seu argumento é de que o constitucionalismo – estadunidense, ao menos – somente é possível por meio de acordos parciais sobre *formulações abstratas* e sobre *doutrinas e práticas específicas*.

No primeiro caso, propiciam que as pessoas, mesmo discordando sobre temas específicos, sejam capazes de partilhar a aceitação de uma ideia mais abstrata<sup>776</sup>. Já os acordos sobre doutrinas e práticas específicas apontam para a possibilidade de que seja deixada incompleta a teorização de determinada regra ou doutrina a fim de que se possa, no caso prático de difícil solução, chegar-se a um resultado concreto. Pelo mecanismo da *descida conceitual* (*conceptual descent*), as pessoas reduzem o nível de abstração da discussão para alcançar uma decisão que contemple um resultado para o qual podem convergir ainda que divirjam (ou mesmo deixem sem explicação) as teorias que fundamentam seu ponto de vista<sup>777</sup>.

Sunstein afirma que “o silêncio pode ser uma força construtiva”<sup>778</sup>. O autor não considera a teorização parcial como uma falha ou sintoma de um problema grave, ainda que admita que “não seria sensato celebrar a modéstia teórica a todo tempo e em todos os contextos”, havendo ocasiões em que há “informação suficiente e acordo suficiente para que se seja muito ambicioso” ou mesmo casos que exijam essa postura<sup>779</sup>. Em seu entendimento, na maioria das situações, diante da falibilidade dos juízes e das exigências da vida privada e pública, há que se considerar que o que é deixado fora da decisão pode ser tão importante quanto o que se aborda. Assim, o “silêncio – sobre algo que se mostre falso, obtuso ou excessivamente contencioso – pode ajudar a minimizar o conflito, permite que o presente aprenda com o futuro e economiza uma grande dose de tempo e recursos”<sup>780</sup>.

A posição de Sunstein quanto à adoção dos acordos parcialmente teorizados na fundamentação das decisões fica clara quando o autor afirma que os “acordos parcialmente

---

<sup>775</sup> SUNSTEIN, Incompletely theorized agreements in constitutional law.

<sup>776</sup> O exemplo dado é que pessoas que discordam sobre os temas da incitação à violência e do discurso de ódio podem, ainda assim, aceitar um princípio geral de liberdade de expressão.

<sup>777</sup> Por exemplo, as pessoas podem concordar em estabelecer uma medida protetiva à liberdade religiosa sem chegar a acordo se isso se deve à necessidade de paz social, ao respeito à dignidade humana, à razão utilitária ou a um imperativo divino.

<sup>778</sup> No original em inglês: “[...]silence can be a constructive force.” (SUNSTEIN, Incompletely theorized agreements in constitutional law, p. 2.).

<sup>779</sup> No original em inglês: “[...] it would not be sensible to celebrate theoretical modesty at all times and in all contexts. Sometimes participants in constitutional law and politics have sufficient information, and sufficient agreement, to be very ambitious. Sometimes they have to reason ambitiously in order to resolve cases.” (*Ibid.*, p. 13.).

<sup>780</sup> No original: “Silence—on something that may prove false, obtuse, or excessively contentious—can help minimize conflict, allow the present to learn from the future, and save a great deal of time and expense.” (*Ibid.*).

teorizados podem funcionar como pilares tanto de regras quanto de analogias, e tais acordos são especialmente convenientes para os limites de diversas instituições, inclusive parlamentos e tribunais”<sup>781</sup>. Essa posição se associa a duas ordens de preocupação do autor: a limitação dos juízes e dos órgãos judiciários (no que diz respeito à capacidade individual e institucional) e o risco de que a ambição por teorizações profundas se torne um empecilho ao desempenho da tarefa judicante.

Mas cabe, então, redarguir, quanto à adoção de acordos parcialmente teorizados como fundamentos decisórios: 1) Não correm eles o risco de conduzir à acomodação dos juízes com as limitações existentes ou, pior, de encaminhar a elaboração de decisões sincréticas ou ecléticas de conveniência casuística em que não se identifique o fundamento decisório? 2) Não há, por parte dos juízes e tribunais, um dever de coerência *interdecisória* que lhes imponha desenvolver uma linha de julgamentos ou votos amarrados por um alinhamento teórico definido?

Essas questões ganham especial magnitude no caso brasileiro, dado que o paradigma do Estado Democrático de Direito, tal como instituído pela CRFB, traz, dentre os pressupostos de legitimidade dos atos estatais, o dever de fundamentação das decisões judiciais. Considerado o caso específico dos acórdãos analisados, como considerar devidamente fundamentada uma decisão produzida no modelo decisório *seriatim* sem o cuidado de nessa se promover, ao menos entre a maioria decisora, uma *ratio decidendi* comum e que se encaixe no esquema hermenêutico exigido pelo art. 16 da CRFB?

A invocação de *precedentes* nos julgamentos examinados se fez, com frequência, nos extremos: há acordos sobre *formulações abstratas*, como o ideal de democracia, e acordos sobre *práticas específicas*, relativas à conveniência ou não de aplicação da lei nova. Mais recentemente, a consolidação da abordagem principiológica da regra da anualidade é determinante para que o salto de um extremo a outro seja pouco perceptível em uma leitura ligeira, dada a erudição das digressões que parecem preencher o espaço da fundamentação. Mas, dissecados os argumentos jurídicos, o percurso hermenêutico – onde necessariamente deveria se instalar a estabilização do sentido da expressão *processo eleitoral* e a vinculação necessária quanto à incidência ou não da regra da anualidade – se revela permeado pelo desacordo, pelas aporias, pelo incógnito.

---

<sup>781</sup> No original: “Incompletely theorized agreements can operate as foundations for both rules and analogies, and such agreements are especially well-suited to the limits of many diverse institutions, including legislators and courts.” (*Ibid.*, p. 3.).

Quanto aos desacordos, tem-se agravada a situação no STF pelo fato de que os votos dos Ministros podem não ser mutuamente conhecidos em caráter prévio. O art. 96, §2º do Regimento Interno do STF somente trata da disponibilização de votos *posteriormente* ao julgamento, pelos Gabinetes dos Ministros, para a composição do acórdão<sup>782</sup>. O conhecimento do voto na sessão de julgamento pode levar ou a uma manifestação irrefletida sobre seu conteúdo por parte dos demais julgadores<sup>783</sup>; ou, no outro extremo, à elaboração prévia pelos Vogais de votos completos e herméticos, que não dialogam com os demais. Uma vez que a fundamentação da decisão é uma oferta individual de cada Ministro da qual não se exige – e, por vezes, não pode – tomar em consideração o que se expôs nos demais votos, a definição da maioria *fundamentadora* do acórdão é dificultada.

Mas as aporias e o incógnito se devem, significativamente, à formação de *acórdãos prolixos*. Se, conforme dito, o modelo *seriatim* e a ausência de prévia disponibilização dos votos entre os Ministros torna expectável uma certa dificuldade de aferição da fundamentação *do acórdão*, a tendência, dos votos individuais escritos, de serem desenvolvidos de modo cada vez mais extenso e menos circunscrito ao código intradiscursivo constitucional demanda outra explicação.

Pode-se suscitar um paralelo com os Estados Unidos, no que diz respeito a um efeito dinâmico das decisões dos tribunais constitucionais: juízes não mais votam apenas para decidir, mas também para produzir um impacto perante a sociedade. Embora (ainda) mantidas a portas fechadas, as deliberações da Suprema Corte já não se apresentam incólumes à prática de *jogar para a plateia* (*play for the gallery*) que, para Markham, compromete a legitimidade institucional<sup>784</sup>. A midiaticização do STF, especialmente a partir das transmissões das sessões de

<sup>782</sup> “Art. 96. Em cada julgamento a transcrição do áudio registrará o relatório, a discussão, os votos fundamentados, bem como as perguntas feitas aos advogados e suas respostas, e será juntada aos autos com o acórdão, depois de revista e rubricada. § 1º Após a sessão de julgamento, a Secretaria das Sessões procederá à transcrição da discussão, dos votos orais, bem como das perguntas feitas aos advogados e suas respostas. § 2º Os Gabinetes dos Ministros liberarão o relatório, os votos escritos e a transcrição da discussão, no prazo de vinte dias contados da sessão de julgamento.” (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, **Regimento interno: atualizado até outubro de 2018**, Brasília: STF, 2018, art. 96.).

<sup>783</sup> Cite-se, aqui, como exemplo, o julgamento das ADCs 29 e 30 e da ADI 4.578, no qual efetivado o controle concentrado de constitucionalidade da Lei Complementar 135/2010 (Lei da Ficha Limpa). Em dado momento, a transcrição dos debates orais sobre a tese proposta pelo Relator, Ministro Luiz Fux, de aplicar a detração ao caso da alínea “e”, do inciso I, do art. 1 da LC 64/90 denota que a matéria estava sendo votada sem que todos os Ministros tivessem compreendido que o cômputo da inelegibilidade decorrente de condenação criminal se iniciava, invariavelmente (com ou sem detração), da condenação pelo órgão colegiado. (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Ações Declaratórias de Constitucionalidade 29/DF e 30/DF e Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.578/DF, Relator: Luiz Fux, Julgado em: 16 fev. 2012, Tribunal Pleno, **DJe**, Publicado em: 29 jun. 2012, p. 312-320).

<sup>784</sup> MARKHAM, Against individually signed judicial opinions, p. 927.



juízo pela TV Justiça, em 14/08/2002<sup>785</sup>, é um fenômeno que pode, sim, guardar alguma semelhança com o modo como os Juízes da Suprema Corte vêm manejando os *dissent* e os *concurrency*<sup>786</sup>.

O período de transmissões dos julgamentos coincide com o início da *Corte Mendes*, que, segundo Andrade Neto, se caracterizou como um período no qual o STF “deliberadamente direcionou seus julgamentos para uma concepção de direitos fundamentais como direitos de espectro amplo e de princípios como comandos de otimização”, muitas vezes instilando as condições que tornariam inevitável recorrer ao princípio da proporcionalidade para solucionar as questões<sup>787</sup>.

A combinação do modelo de decisão *seriatim*, que permite a fragmentação da opinião do tribunal, com exposições extensas e abrangentes, que primam pela erudição em detrimento da estabilização de sentidos dos elementos normativos a serem interpretados, caracterizam o que aqui se denominará *acórdão prolixo*.

O acórdão prolixo se encontra na raiz da crítica de Conrado Hübner Mendes segundo a qual o STF se comporia de *onze ilhas* que não dialogam entre si<sup>788</sup>. Essa questão foi tratada em artigo que analisa dados empíricos a respeito da temática e que procura promover a desambiguação da expressão, ao expor as três vertentes a ela associáveis:

[...] Três críticas são frequentemente veiculadas quando se usa a metáfora das onze ilhas: (i) primeiro, a dificuldade em se encontrar uma maioria decisora clara, principalmente em casos de divergência acentuada; (ii) segundo, a inexistência de uma maioria fundamentadora

<sup>785</sup> SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 120 anos de Supremo Tribunal Federal, In: **Assessoria Internacional**, Disponível em: [http://www2.stf.jus.br/portalStfInternacional/cms/verConteudo.php?sigla=portalStfSobreCorte\\_pt\\_br&idConteudo=196222&modo=cms](http://www2.stf.jus.br/portalStfInternacional/cms/verConteudo.php?sigla=portalStfSobreCorte_pt_br&idConteudo=196222&modo=cms), Acesso em: 11 jul. 2015.

<sup>786</sup> É nesse contexto estadunidense que bem se situam as preocupações de Sunstein, Vermeule e Posner quanto às ambições pessoais dos juízes e que os levam a recomendar maior modéstia e constrição nas decisões. Pode-se afirmar que, para tais autores, a decisão *per curiam* reflete melhor a essência do que é (ou deve ser) um tribunal constitucional, o que torna desejável, em sua visão, que os Juízes da Suprema Corte contenham o ímpeto de se valer dos julgamentos para desenvolver teorizações e suscitar conflitos desnecessários para a resolução da demanda. Assim, as digressões de Sunstein sobre a preservação dos acordos parcialmente teorizados como suficientes para fundamentar decisões é praticamente um apelo do pragmatismo judicial a que a Suprema Corte reconduza seu foco para a produção de resultados úteis e mantenha as discordâncias nos limites da deliberação secreta.

<sup>787</sup> ANDRADE NETO, **Borrowing justification for proportionality: on the influence of the principles theory in Brazil**, p. 317. Tradução do original em inglês extraída do trecho: “[...] the STF, following the lead of Justice Mendes, in a period that I have been referring to as the Mendes Court, deliberately turned its case law towards a conception of fundamental rights as wide-scope rights and of constitutional principles as optimization requirements. In an example of self-fulfilling prophecy, and although sometimes reluctantly, the court borrowed the conditions that would eventually make proportionality inevitable.”

<sup>788</sup> MENDES, Conrado Hübner, *Onze ilhas*, **Folha de São Paulo**, 1 fev. 2010, p. 3.

em alguns casos, em razão da ausência de fundamentos adotados pela maioria dos ministros da corrente vencedora; (iii) terceiro, a dificuldade em se encontrar a maioria fundamentadora acaso existente, o que ocorre principalmente quando vários votos no mesmo sentido são juntados ao acórdão. A multiplicidade de declarações de voto, ainda que veiculando os mesmos fundamentos, representa em si uma dificuldade para que se encontre a opinião do tribunal. Em outras palavras, demanda um esforço de leitura e interpretação que, como ressalta a crítica à questão das ilhas, poderia ser evitado caso o desenho institucional da corte fosse outro.<sup>789</sup>

Klafke e Pretzel consideram que os dados empíricos coletados atenuam a crítica das *onze ilhas* especialmente porque, de 266 acórdãos relativos ao controle concentrado de constitucionalidade que examinaram, 180 acórdãos (68%) indicariam uma concentração da fundamentação em grau máximo (apenas o voto do Relator apresentado por escrito) ou submáximo (há mais de um voto escrito mas que ainda representam menos da metade dos votos da corrente vencedora). A dispersão (votos escritos compondo a metade ou mais da corrente vencedora) somente ocorreu em 86 acórdãos (32%).

Não obstante, os autores reconhecem haver um aspecto da concentração submáxima que foi deixada de lado, tendo em vista os propósitos do trabalho que conduziram: trata-se da situação em que os votos podem ter “competido” entre si dentro da corrente vencedora – ou seja, hipótese de prolação de votos convergentes (quanto ao resultado) com fundamentação diversa. Nesses casos, o estudo indicou que o entendimento considerado prevalecente para firmar a *opinião da corte* costuma ser o externado no voto do Relator, uma “solução que está longe de ser ideal, mas aparenta ser bastante comum, especialmente como base para a elaboração da ementa”<sup>790</sup>.

Se para Klafke e Pretzel (2014) essa solução por um critério “formal” é suficiente para indicar onde se encontra a *opinião da corte*, não se pode afirmar que o mesmo critério é suficiente para a abordagem ora feita do dever de fundamentação. Afinal, se votos convergentes que adotam fundamentação diversa são tratados como um pronunciamento uniforme, persiste a dúvida quanto ao sentido da norma aplicada, exatamente no ponto em que discrepam, quanto ao fundamento da decisão.

Além disso, se, dentre as fundamentações concorrentes, justamente a adotada pelo Relator vier a ser a vencida, a ementa tenderá a afirmar que a opinião da corte é um entendimento que, na realidade do julgamento, não prevaleceu. O problema daí decorrente é

---

<sup>789</sup> KLAFKE; PRETZEL, Processo decisório no Supremo Tribunal Federal: aprofundando o diagnóstico das onze ilhas, p. 93.

<sup>790</sup> *Ibid.*, p. 97.

que, futuramente, o teor da ementa poderá ser invocado como *ratio decidendi* em um outro julgamento e aquele entendimento, que *não correspondia à maioria fundamentadora*, mas meramente *integrava a maioria decisora*, será replicado com a autoridade de precedente.

Por tais motivos, no que concerne à aptidão da decisão para conectar o resultado do julgamento a uma fundamentação condutora, as decisões com concentração submáxima se assemelham mais às decisões com dispersão do que às decisões com concentração máxima. Nessa perspectiva, os acórdãos prolixos, que entravam o adequado desempenho do dever de fundamentação, poderiam, em tese, constituir 190 acórdãos (71%) estudados por Klafke e Pretzel (2014)<sup>791</sup>.

A dificuldade de identificação da tese condutora do resultado em acórdãos com dispersão ou concentração submáxima permite levantar a hipótese de que, em tais casos, o tribunal não foi capaz de promover o adensamento teórico exigido pelo dever de fundamentação. Isso porque, sem a definição da exposição teórica prevalente que *determinou* o resultado, fica-se naquela segunda ordem de irradiação dos acordos parcialmente teorizados, conforme formulada por Sunstein: obtém-se a decisão sem que se apresente uma explicação suficiente da teoria que fundamenta esse resultado.

O estudo de caso ora conduzido acrescenta à pesquisa quantitativa de Klafke e Pretzel um dado qualitativo, uma vez que, centrando-se na análise da fundamentação adotada por cada Ministro do STF, adentrou a questão da *competição* de teses dentro da corrente vencedora nas decisões com concentração submáxima. Com base no levantamento das concepções de processo eleitoral *concorrentes* no mesmo acórdão, associadas a indicadores diversos, e que ao final são agregadas na maioria decisora sem, ademais, necessariamente vincularem a decisão quanto a aplicação da regra da anualidade eleitoral, corrobora-se aquela hipótese.

A profusão textual dos acórdãos do STF, à qual não necessariamente correspondem exposições vincadas por uma teoria condutora, permite alertar que decisões relevantes vêm sendo tomadas não somente sem enfrentamento dos *acordos parcialmente teorizados*, mas, também, por meio de *desacordos quase completamente não teorizados*. São pontos de vista que têm força porque proferidos pela autoridade, mas não oferecem uma argumentação passível de crítica dos sentidos enunciados e de controle quanto a sua utilização como precedente. Assim,

---

<sup>791</sup> Perceba-se que essa conclusão é, sem dúvida, adstrita ao modelo *seriatim*. No modelo norte-americano, em que um Juiz é expressamente designado para redigir a *opinião da corte*, os entendimentos registrados em separado (*dissent* e *concurrance*) não têm estes potencialidade para turvar a apreensão da fundamentação que conduz ao resultado do julgamento.

há um déficit de legitimidade decisória que se instala do vazio jurídico do pronunciamento da autoridade.

No que concerne ao objeto específico da presente pesquisa, tem-se demonstrado que a demarcação teórica do *processo eleitoral* não foi institucionalmente considerada premissa necessária para a produção das decisões. A opção conceitual foi selecionada individualmente, sem que isso tenha sido considerado um impasse para a formação das maiorias decisoras. Além disso, a criação jurisprudencial de critérios para fixar a incidência da regra da anualidade eleitoral e a abertura semântica propiciada por tais critérios não possibilitam a veredicação dos sentidos atribuídos ao art. 16 da CRFB.

A ausência de demarcação prévia do sentido de *processo eleitoral* subtrai a premissa necessária ao adequado dimensionamento da anualidade eleitoral. Mas não apenas. O problema evidenciado pelo estudo de caso vai além: nas tópicas considerações sobre o processo eleitoral e na estratégia de abstração da regra da anualidade eleitoral a ponto de torná-la um *sem-sentido* substituível por juízos jurisprudenciais de conveniência, oculta-se a negativa contundente da pretensão normativa e epistemológica do *processo eleitoral*. Afinal, se, nem mesmo ante o inequívoco comando para parametrizar a decisão por uma concepção unívoca de *processo eleitoral* se assume a cogência do devido processo legal democrático como fonte de sentidos normativos vinculantes, não se estabilizam balizas para controle da legitimidade de atos estatais que interferem nesse processo.

À medida que a interpenetração das temáticas eleitorais suscita questões complexas que exigem uma reflexão sobre o conceito de processo eleitoral, mas que acabam por ser resolvidas pontualmente, o problema se agrava. A decisão não necessariamente dialoga com decisões anteriores e raramente se testam as implicações lógicas que redundam das premissas adotadas caso a caso. Por isso, a indefinição dos contornos jurídicos do processo eleitoral impacta negativamente sobre a racionalidade *intradecisória* e *interdecisória* que devem ser observadas em favor da segurança jurídica haurida da processualidade democrática.

Mostra-se pertinente ao problema detectado a observação de Rosemiro Pereira Leal quanto à interpretação criativa que desborda dos limites da linguagem normativa:

Aqui o intérprete prodigiosamente desenvolve uma compreensão por argumentos (cuja lógica e teoria da linguagem não se explicitam) que se rotulam linguísticos e sistemáticos habilmente manejáveis pela experiência e talento (razão) pseudocientífico do julgador. Claro que ninguém exclui a interpretação, como leitura da palavra escrita, para experimentar operações mentais; entretanto, dizer que a palavra escrita (written word) não traz em si sentido algum na formação de juízos oracionais, cabendo somente à atividade interpretativa, ante as palavras,

gerar por si uma norma a estabelecer coerência e universalidade pelas intenções de segurança jurídica do decisor judicial, é negar por milênios a comunicação humana [...] <sup>792</sup>

A superação desse problema exige a democratização das práticas decisórias. O modelo *seriatim*, longe de ser um apanágio para a tolerância à ausência de demarcação dos elementos normativos, provoca a maior necessidade de condução dialógica das decisões. Quanto à coerência interdecisória, é preciso, conforme propugna Leal, abandonar a ideia de precedentes *judiciais* – isto é, outorgado pela autoridade judicial – para assumir a construção de precedentes a partir das decisões *jurídicas* egressas da procedimentalidade processualizada, cujos sentidos são necessariamente testificáveis pelo código intradiscursivo constitucional.

O que se sustenta, enfim, é que, em Estado Democrático de Direito, e especialmente consideradas as dificuldades impostas pelo modelo decisório *seriatim*, não é possível aos tribunais se furtarem da enunciação e estabilização de sentidos dos elementos normativos. A tópica, que a visão pragmática de Sunstein considera adequada ao constitucionalismo do *common law*, não atende ao dever de fundamentação ínsito ao devido processo democrático.

No caso do processo eleitoral, exige-se a elaboração de sua compreensão teórica a partir de uma teoria de processo compatível com o Estado Democrático de Direito e com o código intradiscursivo fornecido pelas normas coinstitucionais relativas aos direitos políticos. Exige-se, ainda, que aquela compreensão seja adotada como premissa vinculante da aplicação não apenas do art. 16 da CRFB, mas, também, das demais decisões que impactem sobre o processo de formação dos mandatos. Somente com isso se terá a *cognoscibilidade* do processo eleitoral e vias de implementação de sua pretensão epistemológica e normativa.

## 2.4 Conclusões parciais do capítulo

O capítulo ora concluído dedicou-se a testar a segunda premissa da pesquisa, segundo a qual *a pretensão epistemológica e normativa da expressão “processo eleitoral” não vem sendo tratada adequadamente na literatura e nas decisões dos tribunais, o que é problemático de um ponto de vista democrático*. Finda a revisão bibliográfica proposta, considera-se evidenciadas e, em alguma medida, explicadas as dificuldades encontradas no enfrentamento da polissemia do termo *processo eleitoral*. Por sua vez, o estudo de caso conduzido expõe a instabilidade e

---

<sup>792</sup> LEAL, Rosemiro Pereira, A questão dos precedentes e o devido processo, **Revista brasileira de direito processual (RBDPro)**, v. 25, n. 98 (abr-jun), p. 295–313, 2017, p. 300.

imprevisibilidade das decisões sobre a regra da anualidade eleitoral, que comprometem o controle de legitimidade dos sentidos produzidos judicialmente.

Na literatura jurídica brasileira, constata-se como principais problemas: i) a fragmentação científica do Direito Político, entre Direito Constitucional e Direito Eleitoral; ii) a hegemonia da teoria da relação jurídica e do instrumentalismo processual no campo do Direito Processual. Se, em um primeiro momento, aquelas disciplinas se dedicaram a capturar apenas parcialmente o objeto de estudo, tampouco puderam posteriormente se socorrer da última para elucidar sentidos, já que as ilações extraídas da teoria do processo como relação jurídica fizeram persistir problemas.

Em outras palavras, a limitação da linguagem teórica ofertada para a elaboração do discurso levou à limitação das proposições científicas. A *crítica* aos conceitos citados, portanto, não se traduz em desvalorização do notável empenho de seus autores, mas, sim, constitui vertente epistemológica destinada a propiciar o avanço dos conteúdos da ciência.

Por outro lado, o exemplo espanhol, se é fonte preciosa para o estudo comparado, não pode ser tomado como *fórmula* a ser reproduzida. Primeiro, porque, conforme exposto, há um percurso disciplinar próprio em cada país, que leva a produção científica própria. Esse percurso não pode ser ignorado ou reconstruído artificialmente.

Segundo, porque, as teorias devem ser escolhidas, em cada contexto, conforme demonstrem ser “eficiente linha auxiliar de perquirição de normas, institutos e instituições jurídicas”<sup>793</sup>. Importa, nesse particular, que a abordagem do Direito Constitucional, no Brasil, não vem sendo suficiente para cumprir essa tarefa com êxito em relação ao *processo eleitoral*, mesmo porque tem sido preponderantemente caudatária da produção jurisprudencial.

Quanto a esta, o que os resultados do estudo de caso sustentam é que conceituações tópicas, por vezes apresentadas após digressões eruditas, não se desincumbiram da tarefa de demarcar o sentido do processo eleitoral no paradigma da CRFB. A teoria da relação jurídica surge como única teoria processual invocada, no mais das vezes apenas sugerida no reforço da ideia de instrumentalidade do processo, com propostas de flexibilização da forma (especificamente, a regra da anualidade eleitoral) por imperativo do *escopo* de moralização da política. Por vezes, é a sofisticação de teorias hermenêuticas que se vê manejada pelos julgadores de modo fragmentado e sem pleito de coerência *intra* ou *interdecisória*.

Nos acórdãos, se avolumam asserções sobre o processo eleitoral que em nenhum momento foram arguidas em sua compatibilidade com uma teoria processual democrática ou

---

<sup>793</sup> LEAL, *Teoria geral do processo: primeiros estudos*, p. 78.

submetidas a teste de veredicação com base no código intradiscursivo constitucional. Raros esforços, em geral iniciados pelos Ministros Celso de Mello e Marco Aurélio de Melo, foram empreendidos no sentido de convocar o Tribunal Pleno do STF a delimitar e testar a resistência das proposições quanto ao sentido de processo eleitoral.

Na concepção mais bem-sucedida do ponto de vista operacional, o *processo eleitoral* se viu reduzido a um recorte temporal entre a data limite para fixação de domicílio e filiação partidária dos pretensos candidatos e a data da diplomação. E, há que se registrar, é um resultado que ainda se mostra mais achegado à noção de direitos políticos como direitos fundamentais do que aquelas concepções, de alta carga moralizante e indisfarçado apelo instrumentalista, sobre as quais prevaleceu.

Talvez por isso, essa concepção tenha sido assimilada satisfatoriamente como conceito operacional pelo Direito Eleitoral. Na praxe eleitoralista, cada minirreforma eleitoral é recebida com o desafio de que, nos breves meses entre o advento da lei nova e o registro de candidatura, seja possível desvendar armadilhas, prevenir surpresas nos tribunais e oferecer respostas técnicas que permitam chegar ao derradeiro ato da diplomação *sem desassossegos grandes*<sup>794</sup>. O denominado *contencioso eleitoral* segue à margem desse *processo calendarizado*, ainda que aquele possa levar à anulação da decisão que nele tenha sido produzida.

Assim, a pretensão normativa e epistemológica da enunciação do processo eleitoral no art. 16 da CRFB se vê paralisada ante um ciclo vertiginoso de *desacordos quase completamente desteorizados*, os quais, pouco problematizados, se consolidam ao encontrar eco na *doutrina*. Por isso, o avanço científico necessário somente se faz possível pela oferta de nova linguagem teórica, que permita conjecturar o *processo eleitoral* como instituição coconstituente inscrita na processualidade democrática.

Sem descartar a relevância de outras iniciativas, o percurso adotado na presente pesquisa é, uma vez desvelada a influência da teoria da relação jurídica e expostas as premissas autoritárias que impedem seu aproveitamento em contexto democrático, buscar no Direito Processual um novo marco teórico para o estudo do processo eleitoral. Considera-se que essa investigação pode viabilizar a construção, na ciência jurídica brasileira, de um Direito Político *processualizado*, no bojo do qual se possa arguir o atual estágio legal e jurisprudencial do tratamento dos direitos políticos, em especial quanto a sua compatibilidade com a pretensão normativa da norma coconstitucionalizante do processo eleitoral.

---

<sup>794</sup> Releve-se, aqui, a ligeira licença poética: “Quer gozemos, quer não gozemos, passamos como o rio./Mais vale saber passar silenciosamente/E sem desassossegos grandes.” (PESSOA, Fernando, *Vem sentar-te comigo*, Lídia, à beira do rio, In: **Odes de Ricardo Reis**, Lisboa: Ática, 1946.).

### 3 PROCESSO ELEITORAL: UMA CONJECTURA A PARTIR DA TEORIA NEOINSTITUCIONALISTA DO PROCESSO

No percurso da pesquisa foram apresentados, até esse ponto, argumentos que permitem sustentar que há uma pretensão epistemológica e normativa na utilização, pela CRFB, da expressão *processo eleitoral*, que deve ser extraída do discurso constitucional e por este confirmada, por meio do teste de *veredicação* amparado no *código intradiscursivo* fornecido pelo estatuto constitucional dos direitos políticos. Considera-se que essa asserção se sustenta como decorrência do reconhecimento do impacto da vigência da CRFB, que instaura um novo contexto jurídico, a exigir a interpretação de suas normas e a estruturação das instituições sob o paradigma do Estado Democrático de Direito.

Ainda no Capítulo 1, principiou-se a crítica em favor da desnaturalização da compreensão instrumentalista do processo, a fim de que se fizesse perceptível que não há na CRFB subserviência do processo ao agir estatal, mas previsão daquele como metainstituição – devido processo legal coinstitucionalizado e coinstitucionalizante – que se estabelece como *locus* de produção das decisões públicas e como interpretante democrático dos sentidos da normatividade. Por conseguinte, o ponto de partida normativo-constitucional é de enunciação do *processo eleitoral* como quarta matriz processual, ao lado do *processo legislativo*, *administrativo* e *judicial*. Todas são conformadas pelo *devido processo legal*, que comanda a estruturação de procedimentos e a interpretação e aplicação das normas.

O exame da literatura e da jurisprudência, no Capítulo 2, demonstraram que, no atual estágio e desenvolvimento científico, o *processo eleitoral* não foi ainda compreendido como essa quarta matriz processual. Não se procedeu, até o momento, a uma demarcação de sentido que parta de uma teoria processual de cariz democrático. A instrumentalidade do processo, diretriz fornecida por uma teoria processual de gênese autocrática (teoria do processo como relação jurídica) segue influenciando, de forma consciente ou inconsciente, os esforços de conceituação do *processo eleitoral*. Mesmo isso, somente se faz por fragmentos, ante a inabalável presunção de que somente há processo em sentido jurídico onde houver ato estatal a ser produzido como decisão.

O efeito da ausência de demarcação do processo eleitoral a partir de uma teoria processual democrática é seu esvaziamento normativo. Tomado dogmaticamente como signo de sentidos cambiáveis conforme necessidades de operacionalização de escopos metajurídicos, o *processo eleitoral* se vê cooptado pela jurisprudência do momento. A oscilação de sua conceituação, exibida em gráfico ao final do Capítulo 2, abrange desde a mais restrita



interpretação como regras de procedimentalização do voto até a amplíssima dimensão mítica da depuração moral da sociedade pela escolha de representantes, passando pela enunciação de recortes temporais, como construção auxiliar ao controle jurisprudencial sobre “as regras do jogo eleitoral”.

Especificamente, o recorte temporal iniciado com o limite para a fixação de domicílio e a filiação partidária de pretensos candidatos teve sua propagação amplificada por meio da afetação como tema de repercussão geral de dois recursos extraordinários e com a adesão da literatura eleitoralista. Porém, nem mesmo nos julgamentos específicos em que proferida a concepção recebeu adesão suficiente para se estabelecer como precedente interpretativo. Ademais, seu frágil apoio em regras infraconstitucionais como baliza da norma constitucional teve exposta sua volubilidade ante a redução dos prazos referidos para 6 meses antes da eleição, com as reformas da legislação ocorridas em 2015 e 2017. Por fim, o conceito trata a regra da anualidade eleitoral como princípio e reduz o *processo eleitoral* a elemento de ordem secundária daquela, neutralizando a precedência epistemológica e normativa que defluem da CRFB.

Tem-se, assim, a frustração do impacto do discurso constitucional no âmbito da formação dos mandatos eletivos. Não há balizas interpretativas que forneçam parâmetros consistentes de racionalização e veredicação das atividades estatais no âmbito incógnito do *processo eleitoral*. A hermenêutica dos direitos políticos fica relegada a juízos de conveniência.

O presente Capítulo desenvolverá a terceira premissa da pesquisa, segundo a qual *a teoria neoinstitucionalista do processo é capaz de fornecer uma resposta consistente a esse problema*. Para tanto, serão expostos os aspectos centrais daquela, demonstrando os avanços críticos próprios de uma teoria processual que tem como contexto de enunciação a CRFB, Constituição democrática promulgada em 1988.

Serão, na sequência, apresentadas proposições para a compreensão democrática das instituições *Cidadania e Estado* já com aderência ao *processo eleitoral*.

O Capítulo é finalizado com a apresentação da concepção de processo eleitoral democrático e com conjecturas relativas ao código intradiscursivo cujo esquema foi construído no Capítulo 1. Essas conjecturas conferirão suporte à crítica-problematizante quanto à legitimidade dos atos estatais legislativos, administrativos e judiciais que interferem no processo eleitoral.

### 3.1 A inserção da teoria neoinstitucionalista no eixo paradigmático da CRFB

A *teoria neoinstitucionalista do processo*, desenvolvida por Rosemiro Pereira Leal ao longo de sua perene pesquisa acadêmica<sup>795</sup>, e que conta com desenvolvimento significativo por outros autores<sup>796</sup>, se apresenta como construção teórica de inovadora abordagem do processo no âmbito do Estado Democrático de Direito. Sua intervenção se faz, com incisão precisa, no ponto da desnaturalização da instrumentalidade processual, trazendo à luz e, por isso, à possibilidade de refutação as práticas estatais consolidadas no eixo ciência-técnica, no qual não são arguidas as matrizes teóricas da produção do conhecimento.

Não se cogita, aqui, da possibilidade de  *sintetizar* a teoria neoinstitucionalista do processo. Essa seria, fatalmente, a via para levar o leitor erroneamente a considerar estar diante de uma excentricidade acadêmica. A teoria neoinstitucionalista é densa e precisa vencer, antes de tudo, as barreiras engendradas pelos anos de ensino dogmático da ciência processual. E isso não se alcança por tentativas de  *simplificação* , já que esta é estratégia do pensamento analítico que devolve o estudioso ao centro do labirinto dos sentidos, embora o faça crer que encontrou a saída.

Assim, o presente Subcapítulo se dedica a uma explanação introdutória de elementos da teoria neoinstitucionalista do processo que serão tomados para a formulação da concepção de processo eleitoral democrático. Há de se desdobrar conjecturas, intensificar a problematização.

---

<sup>795</sup> Para uma introdução paulatina às obras basilares da teoria neoinstitucionalista do processo, de autoria de Rosemiro Pereira Leal, recomenda-se o seguinte percurso: 1ª) LEAL, Rosemiro Pereira, **Teoria processual da decisão jurídica**, 3. ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017; 2ª) LEAL, Rosemiro Pereira, **A teoria neoinstitucionalista do processo: uma trajetória conjectural**, Belo Horizonte: Arraes Editores, 2013; 3ª) LEAL, **Teoria geral do processo: primeiros estudos**; 4ª) LEAL, **Processo como teoria da lei democrática**.

<sup>796</sup> Cf., entre outras obras: ALMEIDA, **Espaço jurídico processual na discursividade metalinguística**; LEAL, André Cordeiro, **O contraditório e a fundamentação das decisões no direito processual democrático**, Belo Horizonte: Mandamentos, 2002; LEAL, André Cordeiro, **Instrumentalidade do processo em crise**, Belo Horizonte: Mandamentos, FUMEC/FCH, 2008; DEL NEGRI, André, **Processo constitucional e decisão interna corporis**, Belo Horizonte: Fórum, 2011; WALTER, Carlos, **Discurso jurídico na democracia: processualidade constitucionalizada**, Belo Horizonte: Fórum, 2008; THIBAU, Vinícius Lott, **Garantismo e processualidade democrática**, Belo Horizonte: D'Plácido, 2018; FARIA, **Jurisprudencialização do direito: reflexões no contexto da processualidade democrática**; ANDRADE, Francisco Rabelo Dourado de, **Tutela de evidência, teoria da cognição e processualidade democrática**, Belo Horizonte: Fórum, 2017; OMMATI, José Emílio Medauar; DUTRA, Leonardo Campos Victor (Orgs.), **Teoria crítica do processo: contributos da Escola Mineira de Processo para o constitucionalismo democrático**, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018; CRUZ, Clenderson, **A ampla defesa na processualidade democrática**, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016; BARROS, Vinícius Diniz Monteiro de, **O conteúdo lógico-objetivo do princípio da inocência: uma proposição segundo a Teoria Neoinstitucionalista do Processo e o Racionalismo Crítico**, Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (Tese), 2016.

Há de se evitar a *trivialização*<sup>797</sup>, mantendo acesa a advertência de que as dinâmicas de dominação se encontram instaladas na sociedade *pressuposta* que, no silêncio dos consensos supostamente compartilhados, recusa transmudar-se em comunidade jurídica.

O enfrentamento do senso comum, no qual se inserem saberes jurídicos milenares já promovidos à dominância eclética da tradição e da burocracia<sup>798</sup>, é árido e laborioso. Possivelmente, nenhum esforço intelectual é mais *complexo* que a refutação da *simplicidade* forjada em bases ideológicas. Dogmas oriundos da falácia naturalística a que alude Carrió – a ideia de que do *ser* se extrai o *dever ser*<sup>799</sup> – permitem a reprodução de modos de vida nos quais o silenciamento da violência é elevado a escopo teleológico cognominado *pacificação de conflitos*<sup>800</sup>.

Uma teoria que pretenda expor a incongruência do Direito dogmático com a normatividade instalada a partir de um novo discurso constitucional perturba não apenas como proposição acadêmica que contesta a *epistême* feita de absolutas certezas<sup>801</sup>, mas sobretudo como via epistemológica capaz de desmistificar o simulacro de rituais de legitimação procedimental e apontar o caminho para a produção do Direito democrático. Sendo esta a aptidão da teoria neoinstitucionalista do processo, não espanta que suas conjecturas teórico-problematizantes sigam *marginais* à preferência da *doutrina jurídica*. Nesta, a escolha de

---

<sup>797</sup> Conforme alerta Edgard Morin, “a trivialização do conhecimento não faz do conhecimento apenas um produto determinando, faz também dele um produto qualquer”. (EDGARD MORIN, **As ideias: habitat, vida, costumes, organização**, 6. ed. Porto Alegre: Editora Sulina, 2011, p. 95.).

<sup>798</sup> A referência aqui é a dois dos tipos puros de dominação legítima, dissecados em: WEBER, Max, Os três tipos puros de dominação legítima, *in*: COHN, Gabriel (Org.), **Weber**, São Paulo: Ática, 1997, p. 128–141.

<sup>799</sup> Cf. Seção 1.1.1.

<sup>800</sup> Concorde-se com a afirmação de Carlos Walter no sentido de que “a compreensão do discurso democrático pela Teoria do Processo prescinde [...] do *marketing* axiológico da interpretação pragmática (*phronesis*) que, professando uma paz sistêmica pela imposição deontológica do legislador, conduz seus intérpretes a uma docilidade aprazível e receptadora das modalidades weberianas de dominação (legal, tradicional e carismática).” (WALTER, **Discurso jurídico na democracia: processualidade constitucionalizada**, p. 61.)

<sup>801</sup> Segundo Vinícius Diniz Monteiro de Barros: “Pelo princípio da não contradição, Aristóteles afirma que as premissas de toda explicação epistêmica (científica) precisam ser verdadeiras. Este é o primeiro dos quatro requisitos extralógicos que Aristóteles impõe às premissas das explicações científicas na forma de silogismo. Os outros três são a indemonstrabilidade, a necessidade de que sejam mais bem conhecidas do que a conclusão e de que elas sejam a(s) causa(s) das atribuições conferidas na conclusão. Em Aristóteles, toda *epistême* se funda em premissas indemonstráveis para evitar o regresso ao infinito (o horror ao *ápeiron* ou indeterminado, com seu caráter divino e universal). Assim, as leis ou premissas gerais de cada ciência, que dela fixam os atributos próprios, ou são indemonstráveis ou são evidentes, dispensando, por constituírem verdades necessárias, tanto um esforço indutivo quanto outro dedutivo” (BARROS, **O conteúdo lógico-objetivo do princípio da inocência: uma proposição segundo a Teoria Neoinstitucionalista do Processo e o Racionalismo Crítico**, p. 16.).

teorias processuais se faz por seu grau de operatividade pragmática e, não, por sua maior resistência a testes de refutação argumentativa.

O mais comum é que esses testes sejam sobejamente ignorados, em nome de uma suposta eficiência, por receio de que a *regressão infinita* inviabilize à ciência jurídica criar *condições para a ação*. Daí se justificaria o prestígio à segurança dos dogmas, enquanto *premissas e conceitos básicos tomados de modo não problemático* tal como defende Tercio Sampaio Ferraz Jr.<sup>802</sup>. Karl Popper, contudo, argumenta que a ciência estanca precisamente ao se buscar imunizar enunciados básicos pelo argumento de que se encontram suficientemente *justificados*<sup>803</sup> – no caso do Direito, como supõe a dogmática jurídica, pela autoridade e pela adoção de procedimentos legalizados.

Popper resolve o *trilema de Fries* (dogmatismo x regressão ao infinito x psicologismo)<sup>804</sup> pela provisoriedade de todas as teorias científicas. Estas subsistem como hipóteses testáveis, o que não significa que *todos* os testes tenham que ser efetivamente realizados para que se possa produzir conhecimento a partir dessa teoria. Segundo Popper, os enunciados básicos não escapam dessa perspectiva: são convenções que devem ser facilmente testáveis, mas podem ser (provisoriamente) aceitos como satisfatórios. A ciência pode se valer, assim, de um dogmatismo *inócuo* – isto é, que se sabe revogável – para realizar paradas necessárias ao avanço do conhecimento<sup>805</sup>.

Sob essa ótica, afirmar que a CRFB institui um Estado Democrático de Direito se sustenta como enunciado básico, aceito, nesta pesquisa, como parada dogmática (inócua). É aberta a possibilidade de que essa asserção seja refutada por quem a isto se dedique, porém, o desafio científico envolverá a realização de testes de eliminação de erros. Assim, até que alguma

---

<sup>802</sup> Cf. Subcapítulo 1.1.

<sup>803</sup> POPPER, **A lógica da pesquisa científica**, p. 113. Segundo o autor, “as experiências podem *motivar uma decisão* e, conseqüentemente, a aceitação ou rejeição de um enunciado, mas um enunciado básico não pode ver-se *justificado* por elas – não mais do que por um murro na mesa”.

<sup>804</sup> Esse trilema refere-se ao que Popper denomina *problema da base dos enunciados da experiência*. Sintetizando a formulação de J. F. Fries, diz Popper: “se não cabe aceitar dogmaticamente os enunciados da Ciência, devemos ter como justificá-los. Se exigimos justificação através de argumento que desenvolva razões, no sentido lógico, seremos levados à concepção segundo a qual *enunciados só podem ser justificados por enunciados*. A exigência de que todos os enunciados devam ser logicamente justificados [...] tende, portanto, a conduzir a uma regressão infinita. Ora, se quisermos evitar o perigo do dogmatismo, ao mesmo tempo que a regressão infinita, aparentemente não restará outro recurso que não o *psicologismo*, isto é, a doutrina de acordo com a qual os enunciados podem encontrar justificação não apenas em enunciados, mas também na experiência perceptual.” Para Fries, a melhor saída é a fornecida pelo psicologismo, com a aceitação de que o conhecimento imediato justifica o conhecimento mediato. (*Ibid.*, p. 99–100.).

<sup>805</sup> *Ibid.*, p. 112–114 passim.

*teoria de falsificação* logre se mostrar *melhor* que aquelas que permitem lançar a asserção acima, esta é colocada como enunciado básico satisfatório<sup>806</sup>.

A partir desse enunciado básico, torna-se possível fazer uma escolha paradigmática, a balizar a testificação das teorias concorrentes que procurem explicar os conteúdos jurídicos da CRFB. O paradigma, como se colhe da Linguística, possibilita o *emprego das formas*, orienta o modo de *agenciamento* das palavras (sintagma), de modo que, “em vez de uma série de ‘ocorrências’ singulares, inumeráveis, contingentes, obtemos um número finito de unidades e podemos caracterizar uma estrutura linguística pela sua distribuição e pelas suas combinações possíveis”<sup>807</sup>.

Do que não se pode descuidar, ao compreender-se a Constituição como um discurso contextualizado, é que as escolhas paradigmáticas são por ela determinadas. Desse modo, o *agenciamento de palavras* dá-se no desenvolvimento do texto constitucional, que, por isso mesmo, não pode ser tomado como “linguagem escriturada, cujos sentidos não estão nela mesma, mas ‘adscritos’ (sentidos *a-latere*), só capturáveis pela *auctoritas*”<sup>808</sup>. A enunciação do *devido processo legal* no texto constitucional (sintagma), respeitado o contexto do Estado Democrático de Direito, aponta para o contingenciamento da noção de processo como necessariamente adstrita à processualidade democrática (paradigma).

É nesse ponto que não se pode considerar satisfatório o consenso em torno da instrumentalidade do processo, que persiste em limitar o processo a instrumento de atuação da autoridade estatal.

Ocorre que essa noção se encontra presente, de modo mais ou menos explícito, nas teorias do processo ainda hoje prevalentes – teoria do processo como relação jurídica, teoria estruturalista, policentrismo e mesmo a teoria constitucionalista do processo<sup>809</sup>. É significativo

---

<sup>806</sup> A *teoria de falsificação* é aquela que pode emergir como *melhor* após conduzida a *experiência crucial* com base em uma *lei de falsificação* (formulação com “nível de universalidade tão baixo que possa não conseguir explicar os êxitos da teoria a ser testada mas que, não obstante, sugerirá [...] uma experiência que possa refutar, dependendo de seu resultado, ou a teoria a ser testada, ou a teoria de falsificação”). *Melhor* tem o sentido de *mais resistente*, empregado para qualificar a teoria que demonstrar “não só ter êxito onde sua predecessora refutada o teve, mas também ter êxito onde essa predecessora falhou”. (POPPER, **Conhecimento objetivo: uma abordagem evolucionária**, p. 24–25.).

<sup>807</sup> BENVENISTE, Émile, **Problemas de lingüística geral II**, 2. ed. Belo Horizonte: Pontes Editores, 2006, p. 32; BENVENISTE, **Problemas de lingüística geral I**, p. 24.

<sup>808</sup> LEAL, A questão dos precedentes e o devido processo, p. 300–301.

<sup>809</sup> A ênfase dada na presente pesquisa recais sobre a teoria da relação jurídica, que é a matriz de elaboração da instrumentalidade do processo. Mas a instrumentalidade se encontra presente também em outras teorias, conforme crítica desenvolvida em GRETA, **Introdução aos fundamentos da processualidade democrática**, cap. 4 (p. 111-195). Conforme argumentação apresentada nessa obra: i) a teoria *estruturalista*, inaugurada por Elio Fazzalari, recusa o viés teleológico da teoria da relação

que nenhuma dessas teorias tenha sido capaz de romper com o atrelamento do *processo* à *autoridade*. O estudo do *processo* somente é conduzido, no âmbito dessas teorias, a partir de uma correspondência específica com alguma das funções estatais, persistindo-se na lógica de que processo é *modo de proceder* das funções estatais administrativa, legislativa e judicial.

Por isso, não se desgarram do princípio autoritário, o qual, como paradigma, remete a decisão, necessariamente, ao âmbito da estatalidade. Se a decisão se faz *pele processo*, também o processo é elemento vinculado à autoridade estatal, sendo este o limite das *combinações possíveis*: decisões públicas são atos performativos da autoridade; o processo é concebido como seu *meio* para atuar. Dê-se este atuar com maior ou menor deferência aos destinatários da decisão, volve-se sempre ao ponto em que o *intérprete* produz sentidos.

Não se recusa que haja uma crescente pretensão de democratização entre essas teorias. Progressivamente (não necessariamente em ordem cronológica, mas, sim, argumentativa), produziu-se teorias *melhores*, porquanto mais aptas a oferecer explicações frente ao paradigma do devido processo legal inscrito na CRFB.

Porém, conservam, todas, como herança comum da teoria da relação jurídica, uma “aporia que se erige incontornável” e que André Cordeiro Leal denomina *paradoxo de Bülow*: a impossibilidade de “controle da atividade judicial pelos fundamentos da ciência bülowiana”, uma vez que esta concebe a jurisdição como “atividade do juiz na criação do direito em nome do Estado com a contribuição do sentimento e da experiência do julgador” e entrega aos magistrados “o controle da relação processual” e, “em última análise, o controle de todo o direito vigente”<sup>810</sup>.

Cordeiro Leal é enfático ao expor a raiz da instrumentalidade do processo:

---

jurídica, o que constitui avanço. Mas o contraditório, conforme essa teoria, é elemento da estrutura procedimental: o dizer e o contradizer das partes não as coloca no mesmo plano do juiz e por isso o processo (procedimento em contraditório) acaba operando como instrumento de legitimação de uma decisão solipsista; ii) o *policentrismo* de Nicola Picardi enxerga no processo um ditame ético, historicamente construído, a ser traduzido pelo juiz. Essa teoria consolida a cooptação do contraditório, na diretriz do *processo compartilhado*, no qual se espera das partes atitude idealizadamente colaborativa com a vontade estatal. É teoria que merece estudos atentos, dado seu aporte (não necessariamente assumido) ao CPC/2015 como suposta fórmula para redução da conflitualidade que tanto é responsabilizada por embaraçar metas estatais de celeridade; iii) a teoria constitucionalista do processo, que apresenta o devido processo legal como garantia constitucional, conserva uma abordagem eminentemente procedimentalista, fazendo com que, nas palavras de Rosemiro Pereira Leal, o processo siga como instrumento da jurisdição para a realização de escopos metajurídicos, ainda que de uma jurisdição constitucional. Raras exceções, se assenta em uma constitucionalidade *porosa*, feita de influxos axiológicos e teleológicos que, supostamente oriundos da Constituição, mantêm uma abertura extrassistêmica, pela qual os decisores podem buscar sentidos hauridos do código heterodiscursivo.

<sup>810</sup> LEAL, **Instrumentalidade do processo em crise**, p. 60–61.

[...] o propósito de Bülow foi o de apresentar, com base na releitura do direito romano, fundamentos histórico-sociológicos pretensamente autorizativos da migração do controle social para as mãos da magistratura alemã e de justificar, a partir daí, a adoção de técnicas que permitissem a desvinculação dos julgadores das abordagens formalistas ou legalistas na aplicação do direito, municinando, com isso, a magistratura de instrumento de dominação idênticos aos dos pretores e magistrados em Roma.<sup>811</sup>

Se esse é o motivo pelo qual “o aproveitamento de sua teoria restou prejudicado em paradigmas que não se alinhavam ao do Estado Social”<sup>812 813</sup>, também ocorre que a replicação, por obras doutrinárias e por decisões estatais, da ciência e da técnica jurídica produzidas com base naquela teoria, significa a recusa em observar as novas escolhas paradigmáticas já formuladas no âmbito do discurso constitucional.

A maior dificuldade para a refutação dessa dinâmica é o êxito da ocultação ideológica da superação paradigmática da teoria relacionista do processo, ao ponto de convencer que subsiste um Estado Democrático e *Social* de Direito, ainda autor do Direito e condutor tutelar dos destinos humanos num suposto contexto democrático. Uma efetiva superação da instrumentalidade do processo exige a ruptura com as premissas teóricas que outorgam ao intérprete judicial o privilégio cognitivo de um Direito concebido em simbiose com o Estado.

O paradigma da processualidade democrática, no contexto da CRFB, exige a desnaturalização da autoridade e de seu agir; exige desvelar que “atualmente, o processo, desatando-se do fatalismo sociológico e historicista”, assume “o *status* de direito fundamental coinstitucionalizado”<sup>814</sup>. Trata-se de reconhecer a originalidade do movimento constitucionalista posterior a 1945, em que a Constituição, como *estatuto jurídico-político*

---

<sup>811</sup> *Ibid.*, p. 62.

<sup>812</sup> *Ibid.*, p. 63.

<sup>813</sup> A compreensão de Estado Social aqui referida é apresentada por Mirjan Damaska, em estudo da concepção totalizante que sucedeu ao Estado Liberal e propiciou a ascensão política do fascismo. Segundo o autor, o Estado Social “hace mucho más que adoptar unas cuantas políticas y programas de bienestar. Abarca la lucha por una teoría coherente de la buena vida y trata de usar su base para un programa completo de mejora material y moral de los ciudadanos”. Damaska explica que, nessa matriz ideológica, a sociedade é vista como *defeituosa* e o Estado avoca para si o papel de melhorá-la, o que conduz ao descrédito dos modos de expressão da Cidadania: “Con la sociedad civil despojada de su legitimidad, los proyectos y perspectivas que surgen espontáneamente entre los ciudadanos son sospechosos, pues pueden chocar con los que apoya el Estado, pueden debilitar el compromiso con los objetivos del Estado y socavar la confianza en sus acciones. De modo similar, tendrían que desmantelarse o ponerse bajo supervisión las asociaciones voluntarias. [...] El Estado se vuelve el único foro de actividad política, al que se debe entera fidelidad: la sociedad está ‘estatizada’, tragada por el Estado. Por lo tanto los problemas y las políticas sociales se disuelven en problemas y políticas de Estado.” (DAMASKA, Mirjan R., **Las Caras de la justicia y el poder del Estado: análisis comparado del proceso legal**, Santiago: Editora Jurídica de Chile, 2000, p. 140–142.).

<sup>814</sup> LEAL, **Teoria geral do processo: primeiros estudos**, p. 138.

*básico* resultante do exercício de autodeterminação voltada para assegurar direitos fundamentais, se apresenta como “fonte, núcleo e paradigma dos ordenamentos nacionais”<sup>815</sup>.

### 3.1.1 *Refutação da teoria institucionalista do processo: a ressignificação da “instituição” no paradigma da processualidade democrática*

Nesse contexto é que se pode falar de “*instituições jurídicas* (criadas pelas normas)” em superação a “um direito que reproduzisse servilmente a realidade sociológica ou a homologasse pelo discurso da jurisdição”<sup>816</sup>. A lei, como instituto linguístico egresso da discursividade constitucional, passa a “juridificar (implantar) as instituições, dando-lhes os elementos de sua conceituação legal, e não mais a homologar (jurisdicizar) realidades históricas envelhecidas ou ineficientes ou herdadas de estruturas feudais”.

É importante assimilar o alcance desse contraste entre instituição *juridificada* e instituição *jurisdicizada*, que perpassa compreender o termo *instituição* na nomenclatura da teoria *neoinstitucionalista do processo* como superação do sentido que lhe é conferido por Jaime Guasp, em sua *teoria institucionalista do processo*, a partir de premissas sociológicas.

O objetivo é seguir na denúncia da incompatibilidade paradigmática de teorias cunhadas no contexto do Estado Social, a fim de sustentar o imperativo de seu expurgo da ciência processual e o clareamento do horizonte de possibilidade para teorização processual do *processo eleitoral*. Isso não implica em qualquer demérito ao citado autor, pois “Jaime Guasp, ao acolher o processo como instituição, não poderia mesmo assentar essa teoria em outros pilares, senão os sociológicos que, entre os anos 1930 e 1940, com a propagação das ideias positivistas, faziam sucesso entre os intelectuais”<sup>817</sup>.

Guasp classifica sua teoria como sociológico-jurídica, porque acresce à abordagem jurídica o que identifica como dado social da *gênese* do processo: a insatisfação social, decorrente da autopercepção da limitação individual no contato com os outros, exteriorizada

---

<sup>815</sup> *Ibid.*

<sup>816</sup> *Ibid.*

<sup>817</sup> *Ibid.*



por meio de uma reclamação<sup>818</sup>. A base jurídica não é abandonada, sendo esta que “esclarecerá qual o tratamento dispensado pelo direito ao material sociológico vinculado ao processo”<sup>819</sup>.

É o “direito processual [que] se encarrega de transformar [a] reclamação (pretensão social) em ‘pretensão jurídica’, que seria a reclamação do cidadão frente ao órgão público”<sup>820</sup>. O processo cumpre sua *função jurídica* quando transforma a insatisfação em satisfação e, com isso, *responde*, juridicamente, ao problema social<sup>821</sup>.

Assim, vê-se que, não se contrapõe radicalmente à teoria da relação jurídica<sup>822</sup> – desde então hegemônica – pois não se desfez da concepção teleológica de pacificação dos conflitos pela atividade resolutiva estatal ou, tampouco, da noção de instrumentalidade do processo. Ao contrário, é possível sustentar que a teoria institucionalista *amplifica* essas características, pois passa a considerar o processo, de acordo com os elementos da *instituição*, como uma organização coletiva voltada à consecução de um fim comum (satisfação de pretensões), de destinação perene (sentença). Nem mesmo a noção de relação jurídica processual é abandonada, pois acaba tomada como um dos aspectos do processo<sup>823</sup>, já que a organização dos indivíduos se dá em torno de um centro de poder, que é o Estado-juiz<sup>824</sup>.

<sup>818</sup> GUASP, Jaime, La pretensión procesal, **Revista de derecho procesal**, p. 333–392, 1951; GUASP, Jaime, **Juez y hechos en el proceso: una crítica del derecho de disposición de las partes sobre el material de hecho del proceso**, Barcelona: Casa Editorial Bosch, 1943; GUASP, Jaime, **Derecho procesal civil I**, 4. ed. Madrid: Editorial Civitas, 1998.

<sup>819</sup> CRUZ JÚNIOR, Jeziel Rodrigues; ROCHA, Líbero Cristiano Leal da; PIMENTAL, Luciana Pereira, A teoria processual de Jaime Guasp Delgado, *in*: LEAL, Rosemiro Pereira (Org.), **Estudos continuados de teoria do processo VI**, Porto Alegre: Síntese, 2005, p. 124.

<sup>820</sup> *Ibid.*, p. 123–124.

<sup>821</sup> Convém transcrever o raciocínio de Guasp, inclusive para deixar evidente que a *satisfação da pretensão* por ele referida não se confunde com a concepção adotada por Carnelutti, de acréscimo ao patrimônio jurídico do autor: “El proceso aparece así como un instrumento de satisfacción de pretensiones, una construcción jurídica destinada a remediar, en derecho, el problema planteado por la reclamación de una persona frente a otra. El ordenamiento jurídico trata de resolver este problema mediante un mecanismo de satisfacción, pero de satisfacción evidentemente jurídica y no de satisfacción intersociológica o social. Para el derecho una pretensión está satisfecha cuando se la ha recogido, se la ha examinado y se la ha actuado o se ha denegado su actuación: el demandante cuya demanda es rechazada está jurídicamente tan satisfecho como aquel cuya demanda es acogida.” (GUASP, La pretensión procesal, p. 354.)

<sup>822</sup> À mesma conclusão chega Flávia Ávila Penido: “[...] Guasp não faz uma crítica negativa à teoria da relação jurídica, mas propõe a observação de parte de seu conteúdo”. (PENIDO, Flávia Ávila, **Processo e interpretação em Eduardo J. Couture**, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 22.)

<sup>823</sup> “[...] ambas nociones no son incompatibles (la institución es la expresión unitaria de una cierta pluralidad de relaciones)”. (GUASP, La pretensión procesal, p. 388.)

<sup>824</sup> Conforme argumenta Eduardo Couture em momento no qual, temporariamente, chegou a se filiar à teoria institucionalista: “Esta doutrina supera, em nossa opinião, os resultados da conceituação do processo como relação jurídica. [...] A idéia de ‘instituição’ [...] tem sobre a de relação jurídica a vantagem de abarcar a totalidade do objeto. Além da própria relação em si, aquela idéia abrange o conjunto de relações jurídicas que nascem por força do processo. [...] processo [...] é um conjunto de

O que se deve trazer à investigação, pois ainda pouco explorado na literatura jurídica brasileira, são as fontes teóricas – sociológicas – das quais Guasp sorve o conceito de instituição, as quais podem ser reunidas sobre a denominação de *institucionalismo*.

Segundo Guy Peters, a origem do *institucionalismo* se confunde com o momento de autonomia disciplinar da Ciência Política, no final do século XIX<sup>825</sup>. Relata o autor que desde a Antiguidade (cita Aristóteles) até o Estado Moderno (Althusius, Hobbes, Locke e Montesquieu, dentre outros), o estudo das *instituições governamentais* e seu papel no aprimoramento do comportamento dos indivíduos ocorria na História ou na Filosofia.

A disciplina se organiza em torno de duas grandes temáticas: os aspectos formais (legais e estruturais) e os normativos (orientados ao melhor funcionamento) dos governos, de modo que “a ciência política estava principalmente a serviço do Estado”<sup>826</sup>. Essa conformação se fazia mais clara na Europa, dentro de um paradigma de Estado em que “a lei é mais uma instituição formal de governo que elabora e impõe à sociedade uma série de normas e valores claramente articulados”, mas não esteve ausente nos Estados Unidos, cujos principais teóricos “tinham uma ideia de Estado e do lugar que ocupa na sociedade”<sup>827</sup>.

É característica desse “velho institucionalismo”, de acordo com Peters, o *legalismo*, aí significada a *lei* como “estrutura do setor público”, mas, também, “ferramenta fundamental do governo para influir sobre o comportamento dos cidadãos”<sup>828</sup>. Como instituição, seu

---

relações. Esse conjunto de relações constituirá uma instituição desde que por tal se entenda, como faz a doutrina francesa, como conjunto de regras estabelecidas para assegurar a satisfação de interesses coletivos ou individuais [sic]”. (COUTURE, Eduardo J., **Fundamentos do direito processual civil**, São Paulo: Saraiva, 1946, p. 102.). Posteriormente, Couture retornaria sua filiação à teoria relacionista, já que considerou, em exame mais detido, que “la concepción institucional del derecho se apoya en una serie de supuestos más sociológicos que jurídicos”. (COUTURE, Eduardo J., *El proceso como institución*, in: ASSIS, Jacy de (Org.), **Couture e a teoria institucional do processo**, Uberlândia: Faculdade de Direito de Uberlândia, 1961, p. 39.). Para um detalhamento do percurso intelectual da teorização do processo por Couture, cf.: PENIDO, **Processo e interpretação em Eduardo J. Couture**, cap. 1. A autora conclui que “a adesão [de Couture à teoria do processo como relação jurídica] não foi exclusiva, senão repleta de complementos retirados de outras teorias”, em especial as teorias do processo como situação jurídica (Goldschmidt) e como instituição (Guasp)”. (*Ibid.*, cap. 33.).

<sup>825</sup> PETERS, B. Guy, **El nuevo institucionalismo: teoría institucional en ciencia política**, Barcelona: Editorial Gedisa, 1999, p. 16.

<sup>826</sup> *Ibid.*, p. 17. Tradução do original em espanhol: “[...] la ciencia política estaba principalmente al servicio del Estado.”

<sup>827</sup> *Ibid.*, p. 18–19 passim. Tradução do original em espanhol: “[...] dentro de esta concepción del Estado, la ley es más una institución formal de gobierno que elabora e impone a la sociedad una serie de normas y valores claramente articulados.”; “los principales teóricos e Estados Unidos habían tenido una idea del Estado y del lugar que ocupa en la sociedad.”

<sup>828</sup> *Ibid.*, p. 20–21. Tradução do original em espanhol extraída dos trechos: “La ley constituye tanto la estructura del sector público mismo como una herramienta fundamental del gobierno sobre el comportamiento de los ciudadanos.”

funcionamento era justificado de modo diverso, conforme o paradigma normativo. Na França, a *lei positiva* – como “realidade empírica que expressa as decisões que se tomam através dos meios institucionais” –, tem reconhecida “certa capacidade para difundir uma lógica do adequado”; nos Estados Unidos, o direito consuetudinário ampara uma perspectiva de *lei evolutiva*; na Prússia, cabe à lei “moldar o que era, em essência, um Estado novo e convertê-lo em corpo efetivo”, promovendo “a socialização de uma nova geração da elite alemã [...] sobre a responsabilidade cívica e o compromisso com o Estado”<sup>829</sup>.

Nota-se, portanto, que se trata de um legalismo imbricado na estatalidade, no marco dos Estados Liberal e Social. Para os institucionalistas, o Estado surge primeiro como *fenômeno social organizativo*, o que permite a Sebastián Martín-Retortillo aproximar concepções tão distintas quanto a dos precursores Maurice Hauriou e Santi Romano, sob a afirmação de que “o aspecto orgânico [...] em ambos os casos identifica a instituição”; qualquer “instituição supõe sempre um elemento organizativo, supõe sempre uma efetiva unidade social, umas vontades”<sup>830</sup>.

Martín-Retortillo distingue as abordagens de Hauriou, que considera mais política que jurídica, e de Romano, notadamente jurídica<sup>831</sup>. O último autor efetivamente conduz o legalismo ao ápice. Em sua teoria, a instituição “é a manifestação primária, original e essencial do direito, que por sua vez não pode ser externalizado se não por uma instituição e esta por sua vez existe e pode ser dita como tal contanto que sua vida seja criada e mantida pelo direito”<sup>832</sup>.

---

<sup>829</sup> *Ibid.*, p. 21–22 passim. Tradução do original em espanhol extraída dos trechos: “En Francia [...] la ley es [...] una realidad empírica que expresa las decisiones que se toman a través de medios institucionales [...] y tenía cierta capacidad para difundir una lógica de lo adecuado [...]”; “[...] la perspectiva anglosajona la ley era más evolutiva [...]”; “[...] en el Estado prusiano y, por ende, en Alemania [...] la ley era decisiva para moldear lo que era, en esencia, un Estado nuevo y convertirlo en un cuerpo efectivo [...]. [...] este dominio de la ley tuvo importancia para la socialización de una nueva generación de la elite alemana [...] sobre la responsabilidad cívica y el compromiso con el Estado”.

<sup>830</sup> MARTÍN-RETORTILLO, Sebastián, Estudio preliminar: la doctrina del ordenamiento jurídico, de Santi Romano y algunas de sus aplicaciones en el campo del Derecho Administrativo, *in: El ordenamiento jurídico*, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2013, p. LXXX. Tradução do original em espanhol: “[...] el aspecto orgánico [...] en ambos casos presenta la institución”.

<sup>831</sup> *Ibid.*, p. LXXVIII. Segundo Pablo Lucas Verdú, “el institucionalismo de Santi Romano, menos genial que el de Hauriou, desprovisto de aliento metafísico, es sin embargo más preciso y técnico”. (VERDÚ, Pablo Lucas, Sobre el concepto de institución política, *Revista de estudios políticos*, n. 108, p. 25–44, 1959, p. 26.).

<sup>832</sup> ROMANO, Santi, *El ordenamiento jurídico*, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2013, p. 36. Tradução do original em espanhol: “[...] la institución [...] es la manifestación primaria, original y esencial del derecho, que a su vez no puede exteriorizarse sino una institución y ésta en tanto existe y puede decirse tal, en tanto en cuanto su vida es creada y mantenida por el derecho.”

De forma mais direta, “a instituição é um ordenamento jurídico, uma unidade independente de direito objetivo”<sup>833</sup>.

Há então uma completa *simbiose*, gerada com o propósito de superar debilidades individuais pela criação de “entes sociais mais fortes e mais duradouros” que os indivíduos<sup>834</sup>. Romano explicitamente admite que as instituições perfazem “aquela síntese, aquele sincretismo no qual o indivíduo permanece trancado: não apenas é regulada sua atividade, como também a posição mesma – seja de supremacia ou de subordinação, que tem em relação com os demais [...]”<sup>835</sup>.

Santi Romano considera que seu conceito se aplica a todas as *organizaciones – entes* ou *corpos sociais* com existência *objetiva e concreta*, com *individualidade própria*, cujo *substrato* é a relação entre pessoas com caráter *permanente*<sup>836</sup>. Em sua concepção, “toda força que efetivamente seja social e esteja, portanto, organizada se transforma por isso mesmo em direito”<sup>837</sup>. Mas o Estado, referido constantemente pelo autor como *a mais importante das instituições*, por desdobramento lógico ostenta absoluta *supremacia* na sociedade, o que se espalha para as

---

<sup>833</sup> *Ibid.*, p. 35. Tradução do original em espanhol: “[...] la institución es un ordenamiento jurídico, una unidad independiente de derecho objetivo [...]”.

<sup>834</sup> *Ibid.*, p. 36. Tradução do original em espanhol: “[...] entes sociales más fuertes y más duraderos que ellos [los individuos].”

<sup>835</sup> *Ibid.* Tradução do original em espanhol: “Estos entes vienen a establecer así aquella síntesis, aquel sincretismo en el que el individuo permanece encerrado: no sólo es regulada su actividad, sino también la posición misma – sea de supremacía o de subordinación –, que tienen en relación con los demás [...]”. A passagem denota, mais uma vez, que a noção de *relação jurídica* se estrutura como *vínculo de subordinação*.

<sup>836</sup> *Ibid.*, p. 29–34 passim. Os termos destacados em itálico correspondem aos caracteres sobre os quais discorre Santi Romano até o ponto em que afirma que “hay una palabra que intencionadamente hemos eludido hasta ahora y que pudiera resultar no sólo necesaria, sino también suficiente para aclarar la naturaliza de la institución: es el término ‘organización’.”

<sup>837</sup> *Ibid.*, p. 36. Tradução do original em espanhol: “Toda fuerza que efectivamente sea social y este por tanto organizada, se transforma por ello mismo em derecho.” A afirmação leva a indagar se teria o autor querido ir tão longe, já que se pode por essa afirmação considerar que sejam *direito* – e, portanto, ordenamentos *jurídicos* – até mesmo organizações reputadas ilícitas à luz do direito estatal – e, portanto, *antijurídicas*. Linhas depois, confirma-se que, de fato, esta é a compreensão de Santi Romano: “[...] sin embargo, ha de considerarse aquella fuerza como un auténtico ordenamiento jurídico si [...] se la considera em sí misma en cuanto estructura y disciplina sus propios elementos. Como ya se ha dicho, una sociedad revolucionaria o una asociación para delinquir, no constituyen derecho para el Estado que quieren derrumbar o cuyas leyes violan, del mismo modo que una secta cismática es declarada antijurídica por la Iglesia; esto no supone, sin embargo, que en estos casos no se trate de instituciones, verdaderas organizaciones y ordenamientos que, aislada e intrínsecamente considerados, son jurídicos.”

instituições menores nele contidas, com destaque para os *poderes* legislativo, judicial e administrativo<sup>838</sup>.

O elemento orgânico molda, assim, todas as relações entre Estado, as demais instituições e os indivíduos, com precedência inegável do primeiro. Essa precedência é também clara na vertente mais política do institucionalismo, como destacado por Peters: “o Estado se vincula organicamente com a sociedade e a sociedade está significativamente influenciada pela natureza do Estado”, de modo que “as estruturas sociais, por exemplo, se legitimam por serem reconhecidas pelo Estado e não por serem manifestações da vontade popular ou do comportamento do mercado”<sup>839</sup>.

O legalismo, amalgamado com as demais características do institucionalismo – estruturalismo, holismo, historicismo e viés normativo – não chegava a produzir *teorias* no velho institucionalismo<sup>840</sup>. Veio ele, então, a sofrer desprestígio quando, entre as décadas de 1950 e 1960, a *revolução behaviorista* fez ascender novos parâmetros de racionalidade nas ciências sociais, sintetizados por Peters como: preocupação com a teorização (formulações gerais acerca do comportamento); preocupação com a metodologia (adoção de procedimentos, possibilidade de transmissão intersubjetiva dos dados coletados, teste de hipóteses); tendência antinormativa (descritiva), individualismo metodológico (análise política deve investigar comportamentos individuais, pois são indivíduos que tomam decisões); e enfoque sistêmico (relação *input/output*, relegando a política, inclusive interna às instituições, a fator irrelevante)<sup>841</sup>.

Esses elementos levaram ao centro da Ciência Política o enfoque da *escolha racional*, no qual “o comportamento político se converteu em uma função das motivações e cálculos econômicos”, em especial concebendo que “os atores e grupos políticos eram maximizadores de utilidade”<sup>842</sup>. Seguiu-se longo período de dominância das teorias políticas de fundo econômico<sup>843</sup>. O que releva ao cotejo com a teoria neoinstitucionalista do processo é que o *novo*

---

<sup>838</sup> *Ibid.*, p. 32. O Estado é considerado por Santi Romano uma *instituição de instituições*, já que, dentro dele se distinguem outras. Os *poderes* estatais são considerados instituições “en cuanto cada uno de ellos son unidades formadas por distintos órganos, entendidos como oficios.”

<sup>839</sup> PETERS, **El nuevo institucionalismo: teoría institucional en ciencia política**, p. 20.

<sup>840</sup> *Ibid.*, p. 20–26, *passim*.

<sup>841</sup> *Ibid.*, p. 27–32, *passim*.

<sup>842</sup> *Ibid.*, p. 29. Tradução do original em espanhol extraída do trecho: “En esta perspectiva [...] el comportamiento político se convirtió en una función de las motivaciones y cálculos económicos. Más específicamente, se dio por sentado que los actores y los grupos políticos eran maximizadores racionales de la utilidad.”

<sup>843</sup> O tema será abordado na Subseção 3.2.3.4.

*institucionalismo*, elaborado a partir da década de 1980, é a resposta aos desdobramentos behavioristas na Ciência Política que corresponde antes a uma assimilação que a uma refutação destes.

O texto pioneiro foi publicado por James March e Johan Olsen, em 1984, e depois aprofundado em obra dos autores de 1989<sup>844</sup>. Reconhecem eles, ao adotar a designação *novo institucionalismo*, que as ideias que o compõem não são novas e tampouco seu resgate é adstrito à Ciência Política, registrando-se a mesma *tendência* na Economia e nas ciências sociais. Todavia,

Ao rotular essa coleção de ideias “o novo institucionalismo”, queremos salienta o fato de que havia, de fato, um “velho institucionalismo”, que os ciclos de ideias nos trouxeram de volta a considerações que tipificaram antigas formas de teoria na ciência política. Não queremos sugerir, no entanto, que o novo e o antigo sejam idênticos. Seria provavelmente mais exato descrever o pensamento recente como mesclar elementos de um velho institucionalismo aos estilos não-institucionalistas de recentes teorias da política.<sup>845</sup>

Nessa nova composição dos elementos, há uma *reincorporação do Estado* e uma releitura de sua relação com a sociedade.

Em lugar da declarada precedência daquele, estabelece-se uma “condição orgânica de mútua dependência”, com o que se colocava “a ação coletiva no centro da análise”<sup>846</sup>. São recepcionadas as teorias e metodologias de fundo econômico. Mas o novo institucionalismo recusa seu reducionismo e lhes agrega novas e complexas variáveis: o utilitarismo deve considerar valores que podem ser preferidos pelo indivíduo em função de compromissos assumidos dentro da estrutura institucional; o instrumentalismo estritamente focado na relação *input-output* deve ser sopesado com o impacto da ação simbólica, e portanto de *rituais e mitos*, sobre a legitimação das decisões políticas<sup>847</sup>.

---

<sup>844</sup> MARCH, James G.; OLSEN, Johan P., The new institutionalism: organizational factors in political life, **The American Political Science Review**, v. 78, n. 3 (set), p. 734–749, 1984; MARCH, James G.; OLSEN, Johan P., **The role of political institutions**, New York: The Free Press, 1989.

<sup>845</sup> MARCH; OLSEN, The new institutionalism: organizational factors in political life, p. 738. Tradução do original em inglês: “By labeling the collection of ideas “the new institutionalism”, we mean to note the fact that there was indeed an “old institutionalism”, that cycles in ideas have brought us back to consideration that typified earlier forms of theory in political science. We do not mean to suggest, however, that the new and the old are identical. It would probably be more accurate to describe recent thinking as blending elements of an old institutionalism into the non-institutionalist styles of recent theories of politics.”

<sup>846</sup> PETERS, **El nuevo institucionalismo: teoría institucional en ciencia política**, p. 33 e 35.

<sup>847</sup> *Ibid.*, p. 34–35; MARCH; OLSEN, The new institutionalism: organizational factors in political life.

A despeito dos ajustes, o novo institucionalismo denota a continuidade do conceito de instituição como fenômeno organizacional autoprodutor da regulação da vida dos indivíduos.

Dentre suas vertentes<sup>848</sup>, o *institucionalismo normativo* de March e Olsen, que mais poderia suscitar dúvida, em função da nomenclatura, com a teoria neoinstitucionalista do processo, que acaba por demonstrar, com mais vigor, esse elemento atávico: embora compreendida como conjunto de regras, *valores normativos* e *rotinas* (procedimentos, em sentido amplíssimo), a instituição observa aquela *lógica do adequado*, formatando comportamentos “intencionais, mas não voluntários”, pois adotados por “indivíduos motivados pelos valores de suas instituições”<sup>849</sup>. O modelo admite, ainda, que “cada indivíduo faça uma interpretação dos valores institucionais dominantes, uma vez que mesmo as instituições mais desenvolvidas deixam muitas zonas de comportamento abertas à interpretação dos membros individuais”<sup>850</sup>.

Desse modo, trata-se de uma normatividade não demarcada por qualquer discurso jurídico, que se resolve pragmaticamente por cálculos que consideram o grau de constrangimento a ser suportado (ante sanções sociais e jurídicas) e a justificação com a qual, no recinto de sua consciência, o indivíduo se convence de atuar conforme ditam as instituições a que se submete.

Apresentado esse panorama, conclui-se que institucionalismo, *novo* ou *velho*, concebe *instituição* sem qualquer aderência ao paradigma da normatividade democrática. Supõe-se que instituições surjam no meio social e se imponham legitimamente aos indivíduos, *gerando normas* respaldadas em sua pressuposta autoridade. Enquanto a sociedade busca se conformar a essas normas, movidos pela crença de aprimoramento pela condução superior que salva os indivíduos de suas *debilidades*, a durabilidade das instituições não pode ser explicada senão de modo metafísico.

Toda essa construção teórica, com suas variáveis, termina por se reportar a uma justificação do Estado, como *superinstituição*, a deter supremacia sobre todas as demais e sobre todos os indivíduos e a efetivar sua *lógica do adequado* pela copiosa atividade de produzir, aplicar e interpretar leis. Estas subsistem na reduzida noção de *legalismo* (burocracia) cujo

---

<sup>848</sup> Peters arrola ao menos seis vertentes, determinadas a partir da primazia conferida a um ou outro elemento dentro do marco teórico: institucionalismo normativo, institucionalismo da escolha racional, institucionalismo histórico, institucionalismo empírico, institucionalismo internacional e institucionalismo social. (PETERS, **El nuevo institucionalismo: teoría institucional en ciencia política**, p. 37–39.).

<sup>849</sup> *Ibid.*, p. 49–51 passim.

<sup>850</sup> *Ibid.*, p. 51.

sentido é fornecido por intérpretes, desconhecendo-se, no afã da “opressividade potestativa (coatividade, coercibilidade)”<sup>851</sup>, que viria a ser possível, na Constituição do Estado Democrático, conceber os conteúdos da *legalidade* como sentidos normativos oriundos de um *interpretante* (referente lógico-jurídico) apto a “balizar os limites hermenêuticos do sistema jurídico”<sup>852</sup>.

Diante desse desenho, pode-se compreender a que se opõe Rosemiro Pereira Leal ao afirmar que, em sua teoria: i) instituição não é “bloco de condutas aleatoriamente construído pelas supostas leis naturais da sociologia ou da economia”; e que ii) os provimentos (decisões, leis e sentenças) não resultam de “estruturas de poderes do autoritarismo ordenamental dos órgãos dirigentes, legiferantes e judicantes”<sup>853</sup>.

O *institucionalismo* pode confortavelmente subsidiar teorias que explicassem tanto o ordenamento jurídico (Santi Romano) quanto o processo (Guasp). O Estado se viu equiparado ao ordenamento jurídico, o que equivale conceder-lhe a prerrogativa de autolegitimar a atividade legislativa. E o processo, acentuando feição teleológica e instrumental, se vê irremediavelmente operando nas entranhas da estatalidade, onde reproduz a estruturação hierárquica já tão familiar à teoria do processo como relação jurídica.

Mas o *novo institucionalismo* não tem aptidão para engendrar teorias no contexto democrático. Seus acréscimos conduziriam apenas à sofisticação terminológica das premissas da instrumentalidade. O processo, nessa ótica, se agigantaria como alquímico receptor de reclamações sociais (*inputs*) e produtor de soluções jurisdicionais (*outputs*), sem que se coloque em questão as operações mentais e os ritos simbólicos realizados no percurso (*caixa preta*). A bem observar, ideias dessa ordem rondam as propaladas metas de eficiência pelas quais se pretende medir o bom funcionamento dos órgãos judiciários, à margem de qualquer investigação quanto à aderência das premissas decisórias ao discurso constitucional. Mas não sobrevivem ao cotejo com o paradigma da processualidade democrática.

Desse modo, uma teoria neoinstitucionalista do processo somente poderia ser concebida, como foi, pela ruptura com a longa tradição de compreensão das instituições como fenômenos sociais organizativos que precedem as normas, tradição esta que permite ao Estado se apresentar como ente tutelar da sociedade legitimado a fazer brotar de sua própria estrutura leis, atos administrativos e decisões judiciais que asseguram e justificam sua durabilidade. Para

---

<sup>851</sup> LEAL, **Teoria geral do processo: primeiros estudos**, p. 144.

<sup>852</sup> LEAL, **Processo como teoria da lei democrática**, p. 271.

<sup>853</sup> LEAL, **Teoria geral do processo: primeiros estudos**, p. 142.



adstrição ao contexto do Estado Democrático de Direito, era imprescindível formular as instituições como egressas da normatividade e remeter a legitimidade de quaisquer atos estatais a instituição que tenha *precedência* em relação ao Estado.

Na teoria neoinstitucionalista do processo, tem-se então que: i) instituição é o “conjunto de institutos jurídicos construtivos do discurso coinstitucional e das demais leis”; e ii) os provimentos (decisões, leis e sentenças) resultam do “compartilhamento dialógico-processual na comunidade jurídica coinstitucionalizada”, no âmbito da instituição do processo coinstitucionalizante, que é o “referente jurídico-discursivo de estruturação dos procedimentos (judiciais, legiferantes e administrativos)”<sup>854</sup>.

Delineia-se, por esses conceitos, que, pela primeira vez se pode conjecturar o processo fora do âmbito da estatalidade e em sua função de interpretante discursivo (*medium* linguístico-jurídico), como instituição apta a reger procedimentos nos quais se produzam provimentos democráticos. Suprime-se o caráter de *superinstituição* do Estado para reformulá-lo como instituição legitimada pela *metainstituição* do processo. Nesta, não há *supremacia*, mas demarcação do espaço de produção, aplicação e interpretação do direito democrático.

Cabe testar essas últimas asserções, pelo cotejo da teoria neoinstitucionalista do processo com o paradigma da processualidade democrática.

### 3.1.2 Resistência da teoria neoinstitucionalista do processo: a superação da ideia de subordinação do processo à autoridade estatal<sup>855</sup>

Afirmou-se que a teoria neoinstitucionalista efetivou a transposição teórica do conceito de *instituição*, retirando-o do âmbito do Estado para inscrevê-lo na normatividade constitucional. É preciso testar a resistência dessa proposição, a fim de sustentar que a teoria neoinstitucionalista apresenta-se, no atual estágio da ciência processual, como teoria *melhor* que as concorrentes – isto é, capaz de ser bem-sucedida onde as demais falharam.

Assim, considerando-se que o problema central da presente pesquisa – possibilidade de teorização do *processo eleitoral* – demanda, para seu enfrentamento, uma teoria processual que prescindia da ideia de subordinação a uma autoridade estatal, indaga-se: *quais conjecturas*

---

<sup>854</sup> *Ibid.*

<sup>855</sup> Esta subseção contém excertos da obra GRESTA, **Introdução aos fundamentos da processualidade democrática**.

*extraídas da teoria neoinstitucionalista do processo opõem-se à cooptação do processo como instrumento da autoridade?*

A resposta principia pela própria compreensão, a partir do pensamento popperiano, de *teoria* como enunciado linguístico testificável discursivamente. Rosemiro Pereira Leal identifica nos estudos de Popper uma *virada linguística radical*<sup>856</sup>, por permitir às teorias ganharem autonomia em relação às mentes que as conceberam e, assim, poderem se sujeitar a embates argumentativos. É este o denominado *mundo 3*, arena onde se dá o embate de teorias.

Segundo Popper<sup>857</sup>, embora a linguagem possa referir-se a ações e símbolos materiais (*mundo 1*) e a ideias subjetivas e estados mentais (*mundo 2*)<sup>858</sup>, pode também referir-se a um conteúdo objetivo. Este conteúdo, ainda que produzido pela atividade humana, não é por esta dominado, já que as relações lógicas, as aporias e a incessante problematização das proposições objetivas não são subsumíveis à mente de *qualquer homem* e nem mesmo à de *todos os homens*<sup>859</sup>. É essa autonomia que torna possível a efetiva mudança do eixo linguístico – do *pragma* para a *teoria* –, de modo a reconhecer às teorias, na transição do paradigma autoritário para o democrático, aptidão para gerarem um *dever-ser* (normativo) a despeito do *ser* (descritivo) da realidade hostil.

Na construção da teoria neoinstitucionalista, o mundo 3 de Popper se desdobra no *nível instituinte da lei*, onde a Constituição surge como uma entidade linguística, autônoma em relação ao contexto histórico em que produzida e às situações concretas que demandam aplicação do Direito. É nesse plano que deve ser escolhida e estabilizada a teoria do interpretante que conduzirá a interpretação jurídica. Porque operada no mundo 3, trata-se de “uma escolha paradigmática entre discursos (teorias) do processo, conforme seu maior teor autocrítico-linguístico problematizante, e não uma escolha entre teorias culturais, sociais, ideologias, filosofias, paradigmas históricos”<sup>860</sup>.

Compreender a Constituição em seu contexto *teórico*, e não *histórico*, não significa

---

<sup>856</sup> LEAL, **Processo como teoria da lei democrática**, p. 31.

<sup>857</sup> POPPER, **Conhecimento objetivo: uma abordagem evolucionária**.

<sup>858</sup> O equívoco dos que laboram a linguagem apenas nos mundos 1 e 2 é aprisionar as teorias no plano da sensorialidade, da subjetividade e da intersubjetividade. Tais teorias não são mais que caudatárias do estado mental que as produziu e se vêem impedidas, ante o propalado *risco* do regresso ao infinito, de interrogar seus próprios fundamentos.

<sup>859</sup> POPPER, **Conhecimento objetivo: uma abordagem evolucionária**, p. 151–157. POPPER, Karl Raymond Sir. **Conhecimento objetivo**, p. 151-157.

<sup>860</sup> LEAL, Rosemiro Pereira. O paradigma processual ante as sequelas míticas do poder constituinte originário.

“zerar a ideologia”<sup>861</sup>, mas expor a ilegitimidade de decisões estatais (legislativas, administrativas e judiciais) que persistam em invocar como fundamento decisório raciocínios compatíveis com a realidade social, a despeito de quão aviltantes sejam os parâmetros de exclusão nela vigentes.

Esclarece-se com isso o significado de *instituição* formulado pelo autor e acima referido – *conjunto de institutos jurídicos construtivos do discurso coinstitucional e das demais leis*: as instituições são construções teórico-discursivas, testadas quanto a sua legitimidade a partir de escolhas paradigmáticas sustentadas pelo código intradiscursivo. Desse modo, a instituição se define por sua normatividade, pela qual baliza a aferição de legitimidade – *controle-fundante e controle-garantia*, na terminologia de Rodolfo Viana Pereira – das consecuições humanas no mundo 1.

O Estado Democrático de Direito demanda a elaboração de uma nova racionalidade jurídica, que: a) estabeleça sentidos a partir das relações lógicas entre os elementos teóricos colhidos de sua principiologia (conexão entre o mundo 2 e o mundo 3); b) produza soluções (provisórias) compatíveis com a matriz instituinte democrática (produção do conhecimento objetivo no mundo 3); e, daí, c) aplique tais soluções com vistas a refutar “subjetividades e [...] disposições comportamentais, [...] expectativas individuais, coletivas e culturais”<sup>862</sup> próprias de modos de vida incompatíveis com a principiologia democrática (*retrocarga* do mundo 3 sobre

---

<sup>861</sup> A expressão *zerar a ideologia* é utilizada por Edward Lopes (LOPES, **Discurso, texto e significado: uma teoria do interpretante**, p. 10.). Leal encampa a *teoria do interpretante* de Lopes para formular a teoria do discurso constitucional, tema especialmente amadurecido em LEAL, **Processo como teoria da lei democrática**. Leal adere à superação, por Lopes, de teorias semânticas que estabelecem um privilégio de significação (privilégio de mando), porque tais teorias favorecem a manipulação de sentidos pelo destinador do discurso (legislador) ou aquele a quem a autoridade delega a inteligibilidade do sentido do discurso (juiz). Lopes defende que os códigos são *compartilhados* pelo destinador e pelo destinatário da mensagem e que o sentido é uma propriedade desse código. No entanto, Lopes não admite a possibilidade de um código *não ideológico* – ou seja, com “propriedade de ‘zerar’ a ideologia” – pois “todos os discursos, desde o momento em que se plasmam como um objeto cultural do presente, devem pagar inevitavelmente um tributo aos objetos culturais do passado, já que eles o modelizaram e fizeram dele aquilo que ele é (ou parece ser) e não outra coisa. (LOPES, **Discurso, texto e significado: uma teoria do interpretante**, p. 10.). Leal então, adverte que: a) Lopes “se torna prisioneiro do mito do contexto [...] já que o ‘eu’ da linguística é o eco de valores morais e éticos da coletividade (comunidade) linguística em que o indivíduo se insere, o que, em suma, traduz a convicção corrente de sociólogos, psicologistas, antropólogos e juristas positivistas, de que a trama dos sentidos forjada pela linguagem natural decorre inevitavelmente de ‘objetos culturais do passado’”; b) códigos sociais não são elegíveis como interpretantes no Estado Democrático de Direito, pois as “‘convenções sociais’ (usos, costumes e princípios gerais do direito não legislados), ao contrário de democratizar interpretações, abrem um leque de judicações em juízos de conveniência, equidade, transcendência, razoabilidade, proporcionalidade, adequabilidade, flexibilidade, que instala a mais desabrida ditadura decisória por um judiciário monopolístico do dogma de justiça e paz social”. (LEAL, **Processo como teoria da lei democrática**, p. 275–277.).

<sup>862</sup> ALMEIDA, **Espaço jurídico processual na discursividade metalinguística**, p. 80.

os mundos 2 e 1).

Uma segunda conjectura que se opõe à cooptação do processo pelo Estado diz respeito aos princípios do contraditório, da ampla defesa e da isonomia, que são apresentados na teoria neoinstitucionalista como *princípios autocríticos* que demarcam o processo como espaço *permanente* de abertura crítico-argumentativa. Aqueles são, portanto, princípios *institutivos*, o que lhes confere precedência em relação ao exercício das funções estatais. Nesse sentido, afirma Leal que “nenhum provimento (decisão judicial, legiferante ou administrativa) procedimental conclusivo pode ser exarado em desaviso aos princípios institutivos que integram a instituição do processo: ampla defesa, contraditório e isonomia”<sup>863</sup>.

Nas demais teorias do processo, tais princípios continuam a ser apresentados como *informativos* e com sentidos cambiantes<sup>864</sup>, sob a lógica do instrumentalismo processual. Sob essa visão, os princípios importam como fatores de *legitimação pelo procedimento*, de modo que podem ser flexibilizados<sup>865</sup> ou reformulados<sup>866</sup> por critérios de eficiência. A partir do momento em que se recusa o caráter meramente informativo aos princípios do contraditório, da ampla defesa e da isonomia, deixam eles de estar sob disponibilidade da autoridade estatal e passam a estruturar os procedimentos e o próprio agir da autoridade. O processo se eleva a “instituição pública coinstitucionalizante e coinstitucionalizada de controle tutelar da produção de provimentos, sejam judiciais, legislativos ou administrativos”<sup>867</sup>.

---

<sup>863</sup> LEAL, **Teoria geral do processo: primeiros estudos**, p. 99.

<sup>864</sup> A teoria neoinstitucionalista do processo contempla princípios *informativos*, mas “como variáveis lógico-jurídicos [sic] dos princípios institutivos, não podem ser examinados como se fossem princípios gerais de direito processual” (*Ibid.*, p. 169.), porque estes são vulneráveis aos influxos do instrumentalismo, sob a justificativa da realização de escopos teleológicos.

<sup>865</sup> Nas vertentes mais clássicas da teoria relacionista, é esta a sugestão recorrente. Cf.: CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, **Teoria geral do processo**; BEDAQUE, **Efetividade do processo e técnica processual**.

<sup>866</sup> A estratégia, nesse caso, consiste no encobrimento da perda de carga semântica dos princípios do contraditório, da ampla defesa e da isonomia. Seja pelo reforço do protagonismo judicial como garantia de justiça, como se identifica em vertentes da *teoria constitucionalista do processo*, seja pela mais recente e prestigiada visão do *processo participado*, desdobramento do *policentrismo processual* (de Nicola Picardi) que sustenta a primazia do *princípio da cooperação* e a existência de uma *comunidade de trabalho processual* (a qual não deixa de invocar traços do institucionalismo de Guasp), novos significados vão mitigando a pretensão normativa do discurso constitucional na aparência de um Estado Social *soft*, fortemente apoiado no código heterodiscursivo da boa convivência social. É essa uma das grandes apostas do CPC/2015 para a redução de conflitos, e segue demandando estudos críticos. Cf.: ZANETI JÚNIOR, Hermes, **A constitucionalização do processo**, 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014; NUNES, **Processo jurisdicional democrático**; DIDIER JÚNIOR, Fredie, Os três modelos de direito processual: inquisitivo, dispositivo e cooperativo, **Revista de processo: RePro**, v. 198, n. 36, p. 207–217, 2011.

<sup>867</sup> LEAL, **Teoria geral do processo: primeiros estudos**, p. 99.

Os princípios institutivos do processo permitem, na teoria neoinstitucionalista, a demarcação do processo como *espaço permanente*. Como metainstituição, o processo se apresenta aberto e previamente estabilizado pela identificação, no discurso constitucional, de binômios que, formulados por Rosemiro Pereira Leal, conectam direitos fundamentais e princípios institutivos do processo. Os pares *contraditório-vida*, *ampla defesa-liberdade* e *isonomia-dignidade (igualdade)*<sup>868</sup> estabilizam a compreensão teórica dos direitos referidos no segundo termo: como resultado da *biunivocidade discursiva*, vida, liberdade e dignidade (igualdade) não são *direitos materiais* adquiridos por uma sociedade pressuposta e transmitidos a seus herdeiros por via da Constituição, mas, sim, “direito líquido e certo de autoilustração, para todos, sobre os fundamentos da existência jurídica”<sup>869</sup>.

Nesse ponto, constata-se a distinção entre instituição *duradoura*, pregada no institucionalismo, e instituição *permanente*, adequada à processualidade democrática. Enquanto aquela se impõe como entidade cujo aspecto objetivo lhe assegura existir *a despeito da vontade dos indivíduos que lhe são subordinados*, a última se instala para a preservação dos espaços de atuação aos sujeitos *livres* e constitucionalmente instituídos na prerrogativa de *fiscalidade* do sistema jurídico<sup>870</sup>. Na bem colocada dicção de Andréa Alves Almeida, trata-se de *espaço de refutação*, a ser ocupado para exercício da argumentação:

A regra suprema de proibição de vedação de liberdade significa que na democracia temos que reservar para o outro a ocupação dos espaços de refutação. A ocupação do espaço processual pelo outro tem por fim a intervenção no erro-problema, pois aí está a oportunidade de elaborar (enunciar) conjecturas. Por isso o seu fim não se limita a alcançar consenso e retratar a opinião pública.<sup>871</sup>

Também a lei é deslocada do âmbito de outorga da estatalidade para o espaço discursivo

---

<sup>868</sup> LEAL, **A teoria neoinstitucionalista do processo: uma trajetória conjectural**, p. 20. Nesta obra se encontra a concepção mais demarcada dos pares biunívocos, especialmente esclarecida a correlação isonomia-dignidade-igualdade ante o desdobramento da isonomia em *isotopia* (posição dada no discurso, por “postulações e decisões em língua compreensível, ainda que por tradução, para todos os ‘sujeitos’ do procedimento”, em que se pode perceber a tradução não restrita ao vernáculo, mas abrangendo também a decodificação da linguagem jurídica), *isomenia* (o direito igual de interpretação, de onde deriva a dignidade), *isocrítica* (“direito de propugnar a modificação ou a extinção das normas”). (*Ibid.*, p. 11.).

<sup>869</sup> LEAL, **Teoria geral do processo: primeiros estudos**, p. 165.

<sup>870</sup> A fiscalidade é a “[...](fiscalização) intercorrente da produção e atuação do direito positivado como modo de auto-inclusão [sic] do legislador-político-originário (o cidadão legitimado ao devido processo legal) na dinâmica testificadora da validade, eficácia, criação e recriação do ordenamento jurídico caracterizador e concretizador do tipo teórico da estatalidade constitucionalizada”. LEAL, **Teoria processual da decisão jurídica**, p. 130.

<sup>871</sup> ALMEIDA, **Espaço jurídico processual na discursividade metalinguística**, p. 88.

do processo, o que sepulta a noção de *legalismo* para dar lugar ao *princípio da legalidade*, em contornos não-fetichizados (positivistas), o qual propugna o nivelamento dos componentes da comunidade jurídica. Isso é propiciado pela *isomenia*, “instituto operacional do princípio da legalidade” definido como “oportunidade de colocar todos os destinatários normativos (intérpretes) em simétrica posição ante idêntico referente lógico-jurídico construtivo, aplicativo, modificativo ou extintivo do sistema jurídico (leis)”<sup>872</sup>. A isomenia transcende a mera igualdade “isotópica (espacial)”, na qual há assimetria cognitiva decorrente do privilégio interpretativo estatal, e pode assim oferecer “simétrico exercício de igual direito de interpretação da lei para todos”<sup>873</sup>.

O nivelamento proporcionado pela isomenia não guarde similitude com o projetado pela ação comunicativa. É marcante a distinção entre *intersubjetividade* (habermasiana) e *interrenunciatividade* (popperiana) na criação de sentidos<sup>874</sup>. Naquela, a busca dialética pela síntese coloca como *meta* a *interpretação igual*, ou seja, o consenso, inclusive pela tolerância a contradições<sup>875</sup> – sem se interrogar o grau de violência social das contradições a serem *toleradas* em nome da *harmonia*. Diversamente, a interrenunciatividade é um *ponto de partida* no qual se estabelece, conforme destaca Leal, um *direito igual de interpretação*<sup>876</sup> a ser exercido pela crítica e pela eliminação de erros.

A isomenia complementa a isonomia e a simétrica paridade na função de garantia de condições iguais de interpretação da lei<sup>877</sup>, como “simétrico exercício de igual direito de interpretação da lei para todos”<sup>878</sup>. Não se trata limitadamente de igualdade *no espaço*

---

<sup>872</sup> LEAL, **Processo como teoria da lei democrática**, p. 271.

<sup>873</sup> *Ibid.*

<sup>874</sup> Nas palavras de Rosemiro Pereira Leal, no *medium linguístico* formulado por Popper “não é a ‘intersubjetividade’ (*praxis* linguística ou *lexis* persuasiva), como êmulo gerador de símbolos e condutas de modo cultural e axiologicamente, que cria sentidos (juízos performativos invioláveis) para entendimentos e consensos sociais, mas a *interrenunciatividade* (confrontos de enunciados) é que decide o melhor sentido a adotar ante problemas (situações) numa concepção construtiva da Sociedade Aberta.” (*Ibid.*, p. 186.).

<sup>875</sup> Aspecto da dialética para o qual chama a atenção Andréa Alves de Almeida (ALMEIDA, **Espaço jurídico processual na discursividade metalinguística**, p. 88–90.)

<sup>876</sup> Segundo Leal, o “direito igual de interpretação e argumentação para todos”, característico da *hermenêutica isomênica*, “não deve ser confundido com um direito de igual interpretação [...] porque nada adiantaria a engenhosa concepção de processo de Fazzalari se o ‘provimento final’ estivesse, desde a instauração procedimental, cercado de toda a incognoscibilidade para as partes e assim continuasse, após prolatado, em face das mutações jurisprudenciais e de compreensibilidade revisional que o surpreenderiam na trajetória recursal”. (LEAL, **A teoria neoinstitucionalista do processo: uma trajetória conjectural**, p. 10.).

<sup>877</sup> LEAL, **Processo como teoria da lei democrática**, p. 271.

<sup>878</sup> *Ibid.*

procedimental (isotópica). A participação nos procedimentos processualizados não se preordena, portanto, a um resultado (dialético) que se crê sempre progressivo e vitorioso em relação à *tese* e à *antítese*. É, sim, decorrência do exercício da liberdade que, na metodologia popperiana (dialógica), faz-se “pelo uso dos níveis descritivos e argumentativos da linguagem”<sup>879</sup>.

Por fim, cabe abordar o alcance do nivelamento propiciado pela isomenia. Uma vez que as decisões públicas se apoiam em uma teoria do interpretante já estabilizada no nível instituinte, a aplicação do Direito se desprende do *pragma*. A *sociedade* se torna um projeto jurídico-político de “efetivação permanente” e “reconstrução ampliativa da cidadania” pela necessária *transformação* social, econômica e política<sup>880</sup>, a ser encaminhado por uma “comunidade de legitimados ao processo”<sup>881</sup>.

Dissociado de influxos pragmáticos e escopos utilitaristas, o processo se afirma na teoria neoinstitucionalista como “recinto di-alógico (crítico-discursivo) de adrede escolha teórica à produção e balizamento do sentido normativo na criação, atuação, aplicação ou extinção do direito”<sup>882</sup>. A aptidão juridificante (construtora e reconstrutora da Cidadania) do processo somente se delinea quando os níveis *constituente* (onde está a atividade parlamentar) e *constituído* (onde está a atividade judicante) da lei balizam-se pelos sentidos estabilizados no nível *instituinte*, no qual se instaura o debate em torno da teorização do Estado Democrático de Direito<sup>883</sup>.

Recusa-se então a noção de *sociedade* como realidade natural e cultural de uma comunidade histórica voltada para a *manutenção* de modos de vida que resultam de pré-compreensões (supostamente) compartilhadas. Essas pré-compreensões, aliás, são deslocadas do posto de *premissas decisórias* para o de *objeto de permanente arguição* em procedimentos cuja instauração é corolário do “direito amplo de se contrapor a qualquer realidade hostil às

---

<sup>879</sup> *Ibid.*, p. 186. Por adesão a esse enfoque, André Del Negri fala em *des-moralização dos direitos humanos*: a *vida fundamental* do ser humano não pode ser ferida do simples pulsar de órgãos; aquela somente existe a partir da possibilidade de utilização da linguagem e da argumentação com vistas à reinvidicação dos demais direitos fundamentais. (DEL NEGRI, **Processo constitucional e decisão interna corporis**, p. 333–338.)

<sup>880</sup> LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria geral do processo**: primeiros estudos, p. 88.

<sup>881</sup> LEAL, Rosemiro Pereira. **Processo como teoria da lei democrática**, p. 274.

<sup>882</sup> LEAL, Rosemiro Pereira. **A teoria neoinstitucionalista do processo**: uma trajetória conjectural, p. 43.

<sup>883</sup> Conforme sintetiza Andréa Alves de Almeida, na teoria neoinstitucionalista, “a obra se vincula à teoria escolhida no plano instituinte, constituente e instituído”. (ALMEIDA, Andréa Alves de. **Espaço jurídico processual na discursividade metalinguística**, p. 87.).

garantias constitucionais”<sup>884</sup>.

Por sua vez, o Estado, instituição democrática, é um projeto teórico a ser concretizado como “tipo teórico da estatalidade constitucionalizada”<sup>885</sup>. Sujeita-se, portanto, ao nivelamento propiciado pela isomenia. As funções estatais se colocam perante a “comunidade de legitimados ao processo”<sup>886</sup>. Assim, a legitimidade decisória deixa de ser um *ajuste* da lei que supostamente atende à expectativa social e passa a corresponder à *fiscalidade*.

A grande viragem teórica propiciada pela teoria neoinstitucionalista do processo está em fazer com que o processo deixe de ser um *instrumento* a serviço do Estado e passa a ser compreendido como *espaço vincado ao devido processo legal coinstitucionalizado e coinstituinte*, ao qual o Estado deve necessariamente se submeter para produzir decisões legítimas. Ademais, as conjecturas sobre a construção de uma Sociedade Aberta, formada por legitimados ao processo, abrem ensejo para a compreensão da Cidadania como instituição nivelada com o Estado, o que é, até o momento, ausente em qualquer outra teoria processual – ainda que retoricamente afirmem sua submissão ao paradigma da processualidade democrática.

Diante dessa explanação, divisa-se que a carga problematizante e propositiva da teoria neoinstitucionalista do processo oferta vias de enfrentamento de questões fundamentais que sequer eram cogitadas (problematizadas) pelas teorias concorrentes. Sustenta-se como teoria *melhor*, uma vez que suas conjecturas são aptas a desnaturalizar e refutar concepções dogmáticas que embasam a subserviência do processo, e da cidadania, ao Estado.

É correto afirmar que, até o momento, a maioria dos estudos desenvolvidos na teoria neoinstitucionalista do processo laborou com problemas construídos a partir do exercício dogmático da função judicial. Mas – e daí o cuidado no desenvolvimento da presente seção – a teoria não é adstrita a esse campo.

Ao contrário, ao enunciar a “instituição coinstitucionalizante do processo como condição democratizante e jurídico-discursiva regente da realização, recriação e aplicação dos direitos assegurados no discurso coinstitucionalizado”<sup>887</sup>, Rosemiro Pereira Leal oferta conjecturas de uma *teoria do discurso constitucional*, criando condições para a testificação da ciência jurídica para expurgo de premissas autoritárias e reformulação de institutos. O *processo*, como metalinguagem compartilhada a partir de uma normatividade compartilhada no nível instituinte, possibilita a institucionalização da Cidadania e a reinstitucionalização do Estado no

<sup>884</sup> LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria geral do processo: primeiros estudos**, p. 87.

<sup>885</sup> LEAL, **Teoria processual da decisão jurídica**, p. 130.

<sup>886</sup> LEAL, Rosemiro Pereira. **Processo como teoria da lei democrática**, p. 274.

<sup>887</sup> LEAL, **Teoria geral do processo: primeiros estudos**, p. 145.



contexto da Constituição democrática.

No espaço de interlocução aberto pela teoria e por seu autor, busca-se, nessa pesquisa, elementos para a teorização do processo eleitoral, âmbito no qual produzida a decisão de formação de mandatos. É na transposição do processo para o núcleo da normatividade coinstitucionalizante, horizonte no qual ascende a instituição da Cidadania, que se torna possível conceber um espaço de participação e decisão dos cidadãos preservado de intervenções estatais indevidas, já aqui desconstruída a noção de que é o Estado a referência existencial do *processo*.

### **3.2 A Cidadania como instituição coinstitucionalizada no processo eleitoral: o direito ao sufrágio como cláusula constitucional de legitimidade ativa**

Ao se avançar para as conjecturas sobre o significado da Cidadania como instituição nivelada com o Estado e sua atuação no processo eleitoral, é prudente desde logo apresentar a advertência de Rosemiro Pereira Leal de que não se deve tomar o “conceito vulgar de cidadania” com “conotações ligadas a um aleatório e ocasional exercício do voto ou a mobilizações sociais como formas tidas como importantes para provocar significativas transformações ou controles estruturais da sociedade política”<sup>888</sup>.

Essa concepção é arraigada, a ponto de se fazer construir distinção entre “cidadania em sentido restrito” e “em sentido amplo”, igualando a primeira à atribuição de direitos políticos e o segundo ao “reconhecimento dos indivíduos como pessoas integradas à sociedade estatal”<sup>889</sup>. O conceito revela a premissa da supremacia do Estado em relação aos indivíduos, dentro da qual somente se concebe cidadania como concessão estatal.

Há nessa figura do cidadão, conforme aponta Leal, uma *opacidade*: a cidadania libertaria o *potus* (o povo despatrimonializado), “de sua vida errante, vadia e despossuída”, mas isso se faz pela concessão de um lugar na dimensão patrimonial da comunidade – *cidade* (ci-datus)<sup>890</sup> – que o torna mero habitante do espaço público *civilizado* e, não, o próprio *civil* (talvez apenas iconicamente existente nas promessas de uma *sociedade civil* que é, na realidade, a *sociedade estatal*).

<sup>888</sup> LEAL, **Teoria processual da decisão jurídica**, p. 130.

<sup>889</sup> SILVA, **Curso de Direito Constitucional positivo**, p. 96.

<sup>890</sup> LEAL, Rosemiro Pereira, *Processo civil e sociedade civil*, **Virtuajus**, v. 4, n. 2 (dez.), 2005, p. 1.

Essa cidadania se caracteriza pelo mero agregar do povo despatrimonializado ao projeto civilizatório, como forma de “propagação estratégica”<sup>891</sup>, sem reconhecimento de igualdade em direitos fundamentais (logo, sem *simétrica paridade*, de acordo com sentido da expressão na teoria neoinstitucionalista). Por isso, o cidadão, na sociedade civil, é instrumentalizado, eis que *adotado* para celebrar e reproduzir os modos de vida *civilizados*, ainda que nunca possa destes usufruir integralmente.

A *adoção* pode ser compreendida, com apoio em Giorgio Agamben, como mecanismo por meio do qual se afirma a submissão do indivíduo a um poder soberano. Explica o autor que o fundamento patriarcal da sociedade romana erigiu uma *mitologia do poder* em que as figuras do pai e do magistrado são intercambiáveis, inclusive no “poder de vida e de morte” reconhecido a um e a outro – o primeiro, sobre o próprio filho varão; o segundo, sobre o povo romano<sup>892</sup>. A *adoção* do povo é a transferência do poder de morte do pai sobre seus filhos, “restituindo o seu originário, sinistro significado ao epíteto hagiográfico de ‘pai da pátria’, reservado em todos tempos aos chefes investidos do poder soberano”<sup>893</sup>.

Não parece ser por acaso que o filho homem é apresentado como “cidadão varão livre”, uma posição que o distingue da esposa, da filha e dos servos, meramente submetidos à jurisdição privada do chefe de família<sup>894</sup>. A liberdade ali referida também é relativa a essas outras figuras, e não medida de igualação ao chefe de família. O poder de vida e morte deste sobre o filho é paradoxalmente o que constitui a cidadania: não é poder de matar como punição por uma culpa (a exemplo do adultério das mulheres), mas, sim, subsiste “como se os cidadãos varões devessem pagar a sua participação na vida política com uma incondicional sujeição ao poder de morte, e a vida pudesse entrar na cidade somente na dupla exceção da matabilidade e da insacrifibilidade”<sup>895</sup>.

Pensar que é hiperbólica ou anacrônica essa constituição da cidadania pela exposição da vida à morte incondicionada é esquecer da ainda prevacente a exigência do serviço militar como tributo devido ao Estado soberano. Não por acaso, Guy Peters, ao discorrer sobre o novo

---

<sup>891</sup> *Ibid.*, p. 3.

<sup>892</sup> AGAMBEN, Giorgio, **O poder soberano e a vida nua**, Belo Horizonte: Humanitas, 2010, p. 88–89.

<sup>893</sup> *Ibid.*, p. 89. Vale transcrever a sequência do raciocínio de Agamben: “O que a fonte nos apresenta é, portanto, uma espécie de mito genealógico do poder soberano: o *imperium* do magistrado nada mais é que a *vitae necisque potestas* do pai estendida em relação a todos os cidadãos. Não se poderia dizer de modo mais claro que o fundamento do primeiro poder político é uma vida absolutamente matável, que se politiza através da sua própria matabilidade.”

<sup>894</sup> *Ibid.*, p. 88–89.

<sup>895</sup> *Ibid.*, p. 91.

institucionalismo (sociológico), traz a disposição de soldados para enfrentar a possibilidade da morte para ilustrar a *lógica do adequado* como *norma* a impor comportamentos<sup>896</sup>.

O que pode parecer contraditório é essa noção de soberania descolada do povo quando, em sentido filosófico, a *soberania*, na democracia, é atribuída ao povo. Porém, Friedrich Müller dissipa essa aparente contradição ao indagar “a que grupos reais correspondem os modos de utilização do termo povo”<sup>897</sup>. O autor estatui que: a) o povo *icônico*, subentendido na utilização pseudossacral da fórmula *governo do povo*, refere-se a ninguém e destina-se apenas a imunizar o poder-violência do Estado pela noção de que “o povo assim quis”<sup>898</sup>; b) o povo como *instância de atribuição*, sentido não icônico inferido do *governo do povo*, abrange os nacionais; c) o povo *ativo*, correspondente ao enunciado *governo pelo povo*, compreende o grupo contemplado pelas normas de direito eleitoral; d) o povo *destinatário*, visado no *governo para o povo*, deve abranger a população total, à qual se reconheça direitos fundamentais colocados sob proteção estatal.

Por recurso, ainda que velado, a essa polissemia, pode o Estado atravessar séculos como a síntese de um povo soberano (icônico performador do *governo do povo*), formalmente legitimado pelo voto (do cidadão em sentido restrito, *povo ativo*) a definir os destinos do *povo destinatário* – que, sem jamais ser considerado “agente legal [...] do exercício e da auto-entrega de sua pessoal cidadania”<sup>899</sup>, não poderia mesmo cumprir o *dever-ser* ao final assinalado por Müller. Afinal, a *proteção estatal* é assegurada a alguns indivíduos *contra* outros, de modo a jamais poder corresponder ao ingresso da população total em direitos fundamentais.

Se nem mesmo o *povo destinatário* se furta à seletividade moral, tanto menos o *povo*

---

<sup>896</sup> PETERS, **El nuevo institucionalismo: teoría institucional en ciencia política**, p. 51. O autor faz referência à obra MACDONALD, Lyn, **Somme**, London: Michael Joseph Ltd., 1983. Nesta, a historiadora coleta entrevistas de 400 soldados britânicos que sobreviveram aos campos de batalha na I Guerra Mundial, não se podendo deixar de considerar, ante a leitura dos relatos, que conferem concretude ao êxito da aceitação do preço para ingresso na *sociedade estatal*.

<sup>897</sup> MÜLLER, Friedrich, **Quem é o povo? a questão fundamental de democracia**, 3. ed. São Paulo: Max Limonad, 2003, cap. VI.

<sup>898</sup> É o que o autor detalha no seguinte trecho: “[...] o holismo santifica, ‘o’ povo está atrás da nossa práxis do poder-violência e torna-a inatacável. Nesse ideograma, ‘o’ povo ‘outorga’ também a forma de organização do nosso poder-violência, a constituição, não importa como ela possa ser posta e mantida em vigor na realidade. Contradições sociais subsistentes apesar dessa constituição ou em conformidade com ela são ao mesmo tempo justificadas ‘substancialmente’ com o argumento de que ‘o’ povo assim quis. A população heterogênea é ‘unificada’ em benefício dos privilegiados e dos ocupantes do *establishment*, é unificada como ‘povo’ e fingida – por meio do monopólio da linguagem e da definição nas mãos do(s) grupo(s) dominante(s) – como constituinte e mantenedora da constituição. Isso impede, conforme se deseja, de dar um nome às cisões sociais reais, de vivê-las [...] e conseqüentemente trabalhá-las.” (*Ibid.*, cap. 72.).

<sup>899</sup> LEAL, **Teoria processual da decisão jurídica**, p. 130.

*ativo*. A ideia de *governo pelo povo* é adstrita àquela visão em que o episódico exercício do voto produz a legitimação do Estado *sem que se cogite de processo eleitoral como espaço permanente de formação dos mandatos eletivos*, o que implica, na teoria neoinstitucionalista, o exercício da fiscalidade. Para que se possa sustentar a asserção pela qual a Cidadania, instituição, se liberta da fragmentação entre povo ativo e povo destinatário, é preciso revolver as dinâmicas e teorias que orientam a conformação do povo ativo como grupo restrito, contemplado pelo Estado, através das normas de Direito Eleitoral, com a titularidade do voto.

### 3.2.1 *Da cidadania à Cidadania*

A cidadania é classicamente estudada a partir da *teoria dos status*, de Georg Jellinek, que compreende os “direitos públicos subjetivos” como posições do indivíduo *perante o Estado*, oriundas de determinadas qualificações concretas de sua personalidade<sup>900</sup>.

Conforme explica Presno Linera, tal teoria admite uma fragmentação da capacidade jurídica da pessoa em quatro *status*: a) passivo (*status subjectionis*), no qual o indivíduo se sujeita a ordens e proibições estatais; b) negativo (*status libertatis*), que se refere à posição excluída da ingerência do poder de império do Estado; c) positivo (*status civitatis*), que concede aos “membros de um mesmo povo participar da vida jurídica mediante a proteção que o ordenamento confere a seus interesses particulares”; e d) ativo (*status activae civitatis*), que “se outorga quando o Estado reconhece ao indivíduo a possibilidade de atuar por sua conta, da qual resulta a situação de cidadão ativo, que corresponde ao exercício dos direitos políticos”<sup>901</sup>.

Percebe-se porque o institucionalismo não pôde considerar a cidadania como instituição: uma vez que os *status* são concessões estatais, a cidadania, na teoria de Jellinek, se submete ao Estado. Cabe a este definir os requisitos para aquisição do *status activae civitatis* e, também, as prerrogativas que deste decorre. As pessoas que não o adquirem mantêm-se em estado de passividade frente ao Estado: sujeitas ao poder estatal enquanto no território (*status subjectionis*), têm apenas as garantias de não intervenção em sua esfera individual estrita de

<sup>900</sup> JELLINEK, Georg, **Sistema dei diritti pubblici subbiettivi**, Milano: Società editrice libraria, 1912.

<sup>901</sup> PRESNO LINERA, Miguel Ángel, La exclusión política de los extranjeros, *in*: MORÁN MARTÍN, Remedios (Org.), **Participación y exclusión política: causas, mecanismos y consecuencias**, Valencia: Tirant lo blanch, 2018, p. 402–403. Tradução do original em espanhol extraída do trecho: “El *status* positivo, o *status civitatis*, concede al individuo pretensiones jurídicas positivas. De esta manera, los miembros de un mismo pueblo participan de la vida jurídica mediante al protección que el ordenamiento confiere a sus intereses particulares. Por último, el *status* activo (*status activae civitatis*) se otorga cuando el Estado reconoce al individuo la posibilidad de actuar por cuenta suya, de al que resulta la situación de ciudadano activo, que se corresponde con el ejercicio de los derechos políticos.”

liberdade (*status libertatis*) e de condução de seus atos civis (*status civitatis*). Não têm prerrogativa de participação política, que lhes assegure influir nas decisões públicas a que estarão sujeitos.

A assimilação desse referencial teórico transparece nas discussões da Assembleia Geral Constituinte e Legislativa do Império Brasileiro, em 1823. Ao defenderem que se fizesse distinção entre “brasileiros” e “cidadãos brasileiros”, concordaram os constituintes que os últimos são somente “os subditos do imperio do Brasil, únicos que gosam dos commodos de nossa sociedade, e soffrem os seus incommodos, que teem direitos e obrigações no pactos social, na constituição do Estado [sic]”<sup>902</sup>. Desse modo, não se poderia incluir na categoria de cidadãos os índios, já que estes, por não reconhecerem a autoridade do império e viverem “em guerra aberta comnosco [sic]”, “não podem, de fôrma alguma, ter direitos porque não teem, nem reconhecem deveres ainda os mais simples [sic]”<sup>903</sup> ou os “crioulos captivos”, os quais “emquanto ao exercicio de direitos na sociedade são considerados cousa, ou propriedade de alguém; como taes as leis os tratam, ou reconhecem [sic]”<sup>904</sup>.

Assumido que a *cidadania ativa* é uma outorga do Estado, a posição é permanentemente vulnerável à discricionariedade deste, que a pode conformar de acordo com a conveniência do exercício das prerrogativas. Historicamente, “desde o início o liberalismo se tem ligado o direito de participação à cidadania, considerando-o, na terminologia de Jellinek, correspondente ao *status ativa civitatis*”, sendo que “praticamente todas as Constituições continuam a estabelecer uma ligação entre a cidadania e o exercício do direito de sufrágio, especialmente nas eleições gerais.”<sup>905</sup>

Um desdobramento da fragmentação dos *status* individuais frente ao Estado pode ser

---

<sup>902</sup> MASSENA, **Direito político**, p. 33.

<sup>903</sup> *Ibid.* Segue o autor: “Como consideral-os brasileiros no sentido politico, e proprio de uma constituição? Não é minha opinião que sejam desprezados, que não ponhamos os necessarios meios de os chamar á civilização: o facto de nascerem comnosco no mesmo território, a moral universal, tudo nos indica esse dever. Legislemos para elles, porém, neste sentido: ponhamos um capítulo proprio e especial para isso em a nossa constituição; sigamos o exemplo dos venezuelenses. Mas consideral-os já neste capítulo [dos cidadãos]? Isto é novo [sic]”.

<sup>904</sup> *Ibid.*, p. 34.

<sup>905</sup> SANTOLAYA MACHETTI, Pablo, Nacionalidad, extranjería y derecho de sufragio, *in*: SANTOLAYA MACHETTI, Pablo; REVENGA SÁNCHEZ, Miguel (Orgs.), **Nacionalidad, extranjería y derecho de sufragio**, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007, p. 27. Tradução do original em espanhol extraída do trecho: “[...] es posible afirmar que desde el primer liberalismo se ha ligado el derecho de participación a la ciudadanía, considerándolo, en la terminología de Jellinek correspondiente al *status activae civitatis*, y que prácticamente todas las Constituciones continúan estableciendo un vínculo entre ciudadanía y ejercicio del derecho de sufragio, en especial en las elecciones generales.”

visto na já referida investigação de Friedrich Müller quanto ao significado de *povo*<sup>906</sup>. O autor destaca a incoerência de se excluir do *povo ativo* pessoas, como os estrangeiros residentes, que são atingidas pelas leis do país e ficam, assim, impedidas de contribuir para a “autocodificação das prescrições vigentes”<sup>907</sup>. Afirmar ele que “o povo dos textos constitucionais modernos, que procuram justificar-se por meio dele, é o ponto de partida, o *grau zero* da legitimação pós-monárquica” e assevera que “o povo ativo não pode sustentar sozinho um sistema tão repleto de pressupostos”<sup>908</sup>.

A crítica de Miguel Presno Linera também é incisiva. Partindo do conceito constitucional de dignidade humana como expressão do “reconhecimento jurídico da igualdade e liberdade de todos os seres humanos pelo fato de sê-lo”, afirma que, “a rigor, na democracia não caberia falar de ‘cidadãos passivos’, uma vez que a cidadania pressupõe a possibilidade legal de decidir, de participar, independentemente de, de fato, se intervir ou não.”<sup>909</sup>

Com apoio em Massimo La Torre – que, como Müller, enxerga a cidadania “não como ponto de chegada para a integração, mas sim como ponto de partida que permite que coloque em prática aquela” –, defende a necessidade de “superar de forma definitiva os restos do liberalismo que se aninham em nosso sistema e que garantem a diferenciação entre cidadãos ativos e passivos, e assumir que, na democracia, não pode haver súditos, cidadãos de segunda classe”<sup>910</sup>.

Porém, mesmo Presno Linera, ao abordar a superação do modelo liberal, não se desprende por completo da noção de que a cidadania subordinada ao Estado, pois considera que a construção da comunidade política se faz por via de um fluxo de comunicações políticas com o Estado, o que seria, em seu entendimento, exercício de autodeterminação. Em suas palavras:

[...] em um sistema democrático, a possibilidade, legalmente articulada, de que os indivíduos possam participar no exercício do poder, serve para canalizar o fluxo de comunicações políticas da

<sup>906</sup> MÜLLER, **Quem é o povo? a questão fundamental de democracia.**

<sup>907</sup> *Ibid.*, p. 57.

<sup>908</sup> *Ibid.*, p. 58.

<sup>909</sup> PRESNO LINERA, *La exclusión política de los extranjeros*, p. 396–410 passim. Tradução do original em espanhol: “El concepto constitucional de dignidad humana expresa el reconocimiento jurídico de la igualdad y libertad de todos los seres humanos por el hecho de serlo” e, adiante, “En rigor, en democracia no cabría hablar de ‘ciudadanos pasivos’, pues la ciudadanía presupone la posibilidad jurídica de decidir, de participar, con independencia de que, de hecho, se intervenga o no.”

<sup>910</sup> *Ibid.*, p. 398. Tradução do original em espanhol extraída do trecho: “Si, como sostiene Massimo La Torre, ‘la ciudadanía no es el punto de llegada de la integración, sino el punto de partida que permite que se lleve a la práctica’, debemos superar de manera definitiva los restos de liberalismo que anidan en nuestro sistema y que avalan la diferenciación entre ciudadanos activos y pasivos, y asumir que en democracia no puede haber súbditos, ciudadanos de segunda.”

sociedade para o Estado, o que torna possível a constituição da comunidade política como tal, na medida em que se autodetermina constantemente e pode decidir o significado de sua orientação política; uma nova legitimidade é alcançada, uma legitimidade democrática.<sup>911</sup>

Não por acaso grafam-se usualmente *cidadania* com inicial minúscula e *Estado* com inicial maiúscula. O Estado, nessa visão, é entidade; a cidadania é um *status* do indivíduo, uma fração de sua capacidade. Há uma lógica que coloca a cidadania em posição subalterna ao Estado, sendo este, inclusive, o decisor privilegiado quanto ao sentido dos direitos inscritos na Constituição.

André Del Negri expõe a carga tópico-retórica dessa arraigada compreensão de Estado, que “entrega o homem ao jogo brutal do absoluto ético da *auctoritas*”<sup>912</sup>:

O Estado não é entidade. A expressão “o Estado quer”, “o Estado pode” faz sucesso no correntio do senso comum, mas é um grave equívoco, porque o Estado não quer nada e não deseja nada, simplesmente porque ele não é um ser psicológico. Então, quem quer? Pessoas movidas pelos interesses de grupos específicos que pretendem tomar o poder político da instituição denominada Estado. Um grupo que usa da sua influência junto a órgãos institucionais.

Seguem, assim, ocultas as posições privilegiadas a que serve esse Estado, as quais são favorecidas por decisões políticas e jurídicas tendentes à conservação do *status quo*. Desse modo, “percebe-se logo a fragilidade e engano de se conceber a cidadania como núcleo central mitológico da usinagem de liberdade e dignidade humanas”<sup>913</sup>. Trata-se de uma cidadania apenas “ficticiamente niveladora de todos”, que, em sua *opacidade*, sublima sujeitos reais *invisíveis*.

O tema da *invisibilização* recebe de Danielle Allen uma abordagem instigante, ao cotejar duas formas de percebê-la: como exclusão (não-inclusão política) ou como dominação

---

<sup>911</sup> *Ibid.*, p. 397. Tradução do original em espanhol extraído do trecho: “A diferencia de lo que sucedía en la época liberal, en la que la intervención de los individuos en el ejercicio del poder cumplía, en última instancia, una función legitimadora de las limitaciones impuestas por el Legislador a la libertad "natural" de las personas, en un sistema democrático, la posibilidad, articulada jurídicamente, de que los individuos pueden participar en el ejercicio del poder, sirve para canalizar el flujo de comunicaciones políticas de la sociedad al Estado, con lo que se hace posible que la comunidad política se constituya como tal en la medida em que se autodetermina de manera constante y puede decidir el sentido de su orientación política; se alcanza así una nueva legitimidad, una legitimidad democrática.”

<sup>912</sup> DEL NEGRI, André, **O avesso do Estado**, Belo Horizonte: D'Plácido, 2018, p. 15.

<sup>913</sup> LEAL, **Teoria processual da decisão jurídica**, p. 130.

(inclusão política subalternizada)<sup>914</sup>.

Segundo Allen, a primeira abordagem corresponde à de Hannah Arendt na obra *Men in dark times*<sup>915</sup>. Nesta, a oposição trabalhada é *excluído/incluído*, que tem como norte um conceito uno de cidadania, livre de falhas. Vencer a invisibilidade é trazer excluídos para dentro desse círculo. Desse modo, “‘inclusão’, mais que, digamos, ‘um fim à dominação’, foi, no final do século XX, a ‘norma muitas vezes invocada por aqueles que procuram ampliar e aprofundar as práticas democráticas’”<sup>916</sup>.

A invisibilização em Arendt significa exclusão obscura, não percebida como contraface da inclusão privilegiada, em relação a uma noção preservada (imaculada) de cidadania. Na síntese de Stephen Macedo e Melissa Williams:

Invisibilidade surge da política, mas funciona para remover as pessoas da política. Esta exclusão, no entanto, não necessariamente mancha ação política ou corrompe a cidadania daqueles que habitam o círculo iluminado da comunidade política. Para os excluídos, no entanto, serem largados sem mundo e invisíveis exaure sua capacidade de agir politicamente.<sup>917</sup>

Por outro lado, ao analisar o romance *Invisible man*, de Ralph Elisson, Danielle Allen identifica a oposição *dominação/aquiescência*, a acarretar distorções na cidadania resultantes de relações desiguais de poder. O cidadão de primeira classe (dominador) cega-se para o fato da dominação que o favorece e pode seguir afirmando ideais de liberdade e igualdade ante os quais se vê um justo vitorioso. Já o cidadão de segunda classe (subserviente) precisa aprender a dissimular sua identidade, de modo a atender padrões sociais e, desse modo, como indivíduo, obter o que quer.

Allen trabalha com as duas concepções – *exclusão e dominação* – como parâmetros de análise da construção da cidadania das pessoas negras nos Estados Unidos. A autora elenca os

---

<sup>914</sup> ALLEN, Danielle, Invisible citizens: political exclusion and domination in Arendt and Elisson, in: WILLIAMS, Melissa S.; MACEDO, Stephen (Orgs.), **Political exclusion and domination**, New York: New York University Press, 2005, p. 29–76.

<sup>915</sup> Na presente pesquisa, teve-se acesso à versão em espanhol: ARENDT, Hannah, **Hombres en tiempos de oscuridad**, Barcelona: Gedisa, 1992.

<sup>916</sup> ALLEN, Invisible citizens: political exclusion and domination in Arendt and Elisson, p. 31. Tradução do original em inglês: “‘Inclusion’, rather than, say, ‘an end to domination,’ was in the late twentieth century the ‘norm often invoked by those seeking to widen and deepen democratic practices’.”

<sup>917</sup> WILLIAMS, Melissa S.; MACEDO, Stephen (Orgs.), **Political exclusion and domination**, New York: New York University Press, 2005., p. 8. Tradução do original em inglês: “Invisibility arises from politics but functions to remove people from politics. This exclusion, however, need not taint political action nor corrupt citizenship for those who abide within a political community’s circle of light. For the excluded, however, being rendered worldless and invisible saps the capacity to act politically.”



seguintes critérios que distinguem os termos: i) *dominação* é termo-chave, de maior complexidade; enquanto *exclusão*, mais simples, pontua método de efetivação da dominação por meio de estruturas legais; ii) *dominação* tornou-se corrente em análise de questões de classe e *exclusão* por questões raciais e leis sobre cidadania; iii) *exclusão* tem sido um termo estrategicamente adotado ao se abordar políticas públicas afirmativas, já que se mostra mais fácil de combater e menos passível de refração que o problema de todo um sistema de *dominação*<sup>918</sup>.

Feito esse recorte, Allen considera que Ellison descreve com mais acerto a dinâmica de invisibilização analisada, porque o sacrifício individual a que pessoas negras se submeteram<sup>919</sup> e continuam a se submeter é o custo da ação política destinada a expor e romper a invisibilização acarretada pela cidadania de segunda classe. Em suas palavras, para passar-se da *injustiça* atual para um amanhã de liberdade, “não basta assimilação e mera inclusão do dominado em sistemas políticos, mas, sim, o desenvolvimento de técnicas verdadeiramente democráticas de cidadania para ambos os antigos dominadores e os anteriormente dominados”<sup>920</sup>.

Não parece que o mais relevante seja contestar a generalização desse veredito para outras formas de invisibilização<sup>921</sup>. O grau de violência é variável, mas o ponto da autora é que

<sup>918</sup> ALLEN, Invisible citizens: political exclusion and domination in Arendt and Ellison, p. 30–33.

<sup>919</sup> O episódio especificamente cotejado com as posições de Arendt e Ellison foi *The Battle of Little Rock* (1957). O Conselho Escolar de *Little Rock*, após a declaração de inconstitucionalidade da segregação racial em escolas públicas (*Brown v. Board of Education of Topeka*, 1954), foi judicialmente ordenado a desenvolver um plano de integração racial para a escola *Central High School*. 9 estudantes negros foram aceitos no processo de seleção. Todavia, o Governador do Arkansas, respaldado por boa parte da população branca, afirmou no dia de início do ano letivo que iria restabelecer as leis e práticas segregatórias, inclusive com apoio da Guarda Nacional, que cercava *Central High School* para supostamente conter grupos supremacistas brancos que se dirigiam para o local – a segregação era então justificada como medida de segurança para evitar conflitos violentos. Os guardas deixaram estudantes brancos entrarem, mas negaram o acesso a Elizabeth Eckford, a primeira estudante negra a chegar ao local. Para impedir sua entrada, os guardas apontaram uma baioneta no peito da jovem, enquanto uma multidão ameaçava linchá-la. Elizabeth recuou e teve enorme dificuldade para retornar para casa. Foi somente 20 dias depois que os estudantes negros conseguiram entrar em *Central High School*, sendo necessário, para tanto, a presença de tropas federais para assegurar o cumprimento do plano de integração. Allen destaca que o sofrimento pessoal dos estudantes negros e suas famílias, em especial de Elizabeth, “confirms Ellison’s analyses of both the centrality of sacrifice to democratic politics and the close relationship between sacrifice and democratic legal authority.” (*Ibid.*, p. 40–41.).

<sup>920</sup> *Ibid.*, p. 61. Tradução do original em inglês: “It takes not assimilation and mere inclusion of the dominated in political systems but, indeed, the development of truly democratic techniques of citizenship for both the former dominators and the formerly dominated.”

<sup>921</sup> Uma questão desse tipo é levantada por Clifford Orwin: “I welcome Professor Allen’s Project of reviving *Invisible Man* as a work of unique insight into the Black experience. The question is whether that experience was, as Ellison thought and Allen would have us think, paradigmatic of the experience of democratic citizenship generally.” (ORWIN, Clifford, Tragic visions, mundane realities: a comment

“cidadãos devem saber que decisões coletivas, mesmo se tomadas em prol do bem comum, sempre impõem perdas a alguém; aqueles nunca deveria tentar fingir que isso não acontece”<sup>922</sup>.

A preciosa análise de Allen conecta de modo profundo *invisibilização/exclusão/dominação* como eixos operativos de uma ordem social que nega a pessoas o acesso aos direitos fundamentais, entre os quais os de participação política. A invisibilização, como outras dinâmicas de conservação de *status quo* de largo respaldo na tradição (em sentido weberiano), se realiza de modo eclético, isto é, amalgamando e por vezes tornando indiscerníveis se o que há é exclusão frente a uma cidadania idealizada ou subinclusão por uma cidadania de segunda classe.

Por isso, reputa-se possível o aproveitamento de ambos os conceitos, que remetem ao que já se sustentou, com base em Agamben, quanto à noção de sacrifício como elemento de constituição política de uma cidadania outorgada pelo Estado. Importa analisar por quais modos esse modelo de cidadania segue reafirmada por práticas sociais contrárias ao contexto constitucional democrático.

Müller, tratando especificamente do caso brasileiro, observa que a *marginalização* (subintegração) é uma dinâmica de exclusão – desconsideração tendencial e difusa de indivíduos do âmbito das prestações estatais – conduzida significativamente pela limitação de acesso a direitos fundamentais por meio de interpretações jurídicas que excluem de seu alcance “parcelas consideráveis da população”<sup>923</sup>. A Constituição *não constitui* – provoca o autor – mas, sim, “reduz-se a ferramenta ocasional dos sobreintegrados”, já que “não foi ‘pensada’ para os subintegrados: não pode mais constituir”<sup>924</sup>.

Nesse cenário, ainda que se evoque *povo* como autor da Constituição e *soberania popular* como fundamento de legitimidade do poder estatal, a cidadania é subalternizada. A Constituição é esvaziada de sua aptidão *constituente*, porque não é compreendida como fundadora da sociedade. Há, ao contrário, uma sociedade que lhe é *pressuposta*<sup>925</sup>, que “é “pré-

---

on Danielle Allen’s “Invisible citizens”, in: WILLIAMS, Melissa S.; MACEDO, Stephen (Orgs.), **Political exclusion and domination**, New York: New York University Press, 2005, p. 77–86.).

<sup>922</sup> ALLEN, Invisible citizens: political exclusion and domination in Arendt and Elison, p. 67. Tradução do original em inglês: “Citizens should know that collective decisions, even those that are for the common good, always impose loss n someone; they should never try to pretend otherwise.”

<sup>923</sup> MÜLLER, **Quem é o povo? a questão fundamental de democracia**, p. 91.

<sup>924</sup> *Ibid.*, p. 99.

<sup>925</sup> A sociedade *pressuposta* Os excluídos sociais são os *não patrimonializados*, os despossuídos. Sua integração ao conceito de povo se dá apenas na condição de habitante da cidade, e não pelo reconhecimento de serem eles, também, inatos portadores de liberdades.” (GRESTA, **Introdução aos fundamentos da processualidade democrática**, p. 54.).

existente em relação à Constituição, embora seja esta que, em tese, deveria instituir a sociedade”, na qual por sujeitos patrimonializados buscam, ao atribuir sentidos aos direitos constitucionalmente assegurados, homologar uma pauta de direitos historicamente conquistada<sup>926</sup>.

A teoria neoinstitucionalista rompe com essa compreensão subalternizada de cidadania. Enuncia-a como derivação da isomenia e sinônimo da *dignidade*, “direito fundamental de autoilustração sobre os fundamentos do sistema jurídico praticado”<sup>927</sup>. Alçando-a à estatura de *instituição constitucionalizada* – que pode, agora, ser grafada *Cidadania*, com inicial maiúscula –, reivindica que seja compreendida em patamar idêntico ao do Estado. Ambas as instituições são fundadas pela própria Constituição, que permite a demarcação de seus espaços de atuação.

### 3.2.2 Cidadão como sujeito de direito e legitimado ao processo: implicações na demarcação do processo eleitoral

Extrai-se da teoria neoinstitucionalista que “o sujeito de direito na democracia não é o *sujeito individual*, assim entendido como aquele detentor de direitos *históricos* já definidos e perpetuados pela ação estatal, mas, sim, o *sujeito natural*, titular de patrimônio biológico em iguais condições a todos”<sup>928</sup>. A Constituição assume sua potência *coconstituente* por ser ela a investir os sujeitos naturais, diretamente, em direitos fundamentais e ofertar o “espaço jurídico-discursivo de auto-inclusão do legitimado processual na Comunidade Jurídica para construção conjunta da Sociedade Jurídico-Política”<sup>929</sup>.

O que há de *fundamental* quanto aos direitos inscritos no discurso constitucional é que estabelecem igualdade discursiva, delimitando a Cidadania, sem que fique esta a depender de concessões do Estado. A dimensão autoincludente dos direitos fundamentais enseja a ressignificação do *povo ativo* como comunidade jurídica. O cidadão, na conformação rosemiriana, é “legitimado ao processo, por si próprio, o agente legal (remetente-receptor) do exercício da auto-entrega de sua pessoal cidadania no Estado Democrático de Direito”<sup>930</sup>.

De forma ainda mais direta, trata-se do “cidadão legitimado ao devido processo

<sup>926</sup> LEAL, Rosemiro Pereira, O paradigma processual ante as sequelas míticas do poder constituinte originário, *Phrónesis: direito e sociedade*, v. 1, n. 2 (jul.), p. 195–208, 2009.

<sup>927</sup> LEAL, *A teoria neoinstitucionalista do processo: uma trajetória conjectural*, p. 11.

<sup>928</sup> GRESTA, *Introdução aos fundamentos da processualidade democrática*, p. 55.

<sup>929</sup> LEAL, *Teoria processual da decisão jurídica*, p. 130.

<sup>930</sup> *Ibid.*

legal”<sup>931</sup>. Trata-se da população total que, juridificada pela Constituição, ingressa na “dinâmica testificadora de validade, eficácia, criação e recriação do ordenamento jurídico”, pela qual é possível concretizar o Estado Democrático de Direito<sup>932</sup>.

Tal dinâmica não se restringe à produção da decisão judicial, tampouco à dos atos estatais. Do conceito de fiscalidade como “correição (fiscalização) intercorrente da produção e atuação do direito positivado”<sup>933</sup> é possível cogitar sua extensão ao processo de formação dos mandatos eletivos, primeiro nível de fiscalidade, no qual o cidadão constitui parlamentos e governos<sup>934</sup>.

Sob a ótica da teoria neoinstitucionalista do processo, o direito ao sufrágio, inscrito no código intradiscursivo que decodifica o *processo eleitoral*, demarca o conceito de *parte*. Tal conceito, “como instituto do Direito Processual”, significa “o *sujeito de direito* criado pela norma processual para acertar ou provocar direitos ou opor defesas em hipóteses procedimentais em que direitos lhe sejam negados, confrontados, violados ou lesados”<sup>935</sup>.

Fica clara a distinção significativa entre o *sujeito de direito*, que, como instituto, decorre da norma constitucional e configura o cidadão como apto “à integral fruição de direitos constitucionalmente assegurados, máxime os imediatos e auto-aplicáveis (art. 5º, §1º, da CB/88)” e o *sujeito individual*, “ente carnal ou social que ocupe polo ativo ou passivo na ‘ação’ judicial”<sup>936</sup>. Não se nega que o *iter procedimental* exige “a presença física de alguém para exercer atos processuais”<sup>937</sup>. Mas o que se assinala é a precedência do *sujeito de direito*, cuja legitimidade ao processo não é condicionável por fatores contingenciais *valorizados* pela autoridade estatal.

Deve-se prevenir qualquer estranhamento ante a terminologia acima utilizada, que remete à lesão ou ameaça a direito e, assim, parece estritamente associada à inafastabilidade da jurisdição. O conceito de *parte*, como derivação do *sujeito de direito*, mostra-se bem mais abrangente:

---

<sup>931</sup> *Ibid.*

<sup>932</sup> *Ibid.*, p. 130–131.

<sup>933</sup> *Ibid.*, p. 130.

<sup>934</sup> Ao se destacar ser este o *primeiro nível* de fiscalidade, quer-se fazer claro que não se supõe o *processo eleitoral* como instância exauriente do exercício da Cidadania.

<sup>935</sup> LEAL, Rosemiro Pereira, Parte como instituto do processo constitucional, *in*: DIDIER JR., Fredie *et al* (Orgs.), **O terceiro no processo civil brasileiro e assuntos correlatos**, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, v. 1, p. 470.

<sup>936</sup> *Ibid.*, p. 471.

<sup>937</sup> *Ibid.*, p. 472.

[...] o que está constitucionalmente criado e garantido, em todas essas vertentes do agir em juízo, é o instituto jurídico do sujeito de direito que se traduz como parte habilitada a promover ou adentrar procedimentos em todas as instâncias e especialidades jurídicas.

[...]

[...] o conceito de parte há de ser derivado do instituto jurídico-constitucional do sujeito de direito, como núcleo enunciativo de garantias, direitos, deveres e obrigações, e não de um direito subjetivo intrínseco à pessoa de movimentação do juízo, porque tal instituto integra a instituição do devido processo constitucional que se compõe de uma principiologia (contraditório, ampla defesa e isonomia) como direito fundamental de todos integrantes (partes) da comunidade jurídica co-institucionalmente criada à implantação de uma sociedade democrática de direito.<sup>938</sup>

O reconhecimento do sujeito de direito (instituto normativo) como legitimado a ingressar nos procedimentos jurídicos estende-se ao procedimento eleitoral (eleição), ao longo do qual pode, sob prévia demarcação do contraditório, da ampla defesa e da isonomia (a abranger isotopia, isomenia e isocrítica), atuar na concretização do projeto democrático. Essa atuação corresponde ao próprio exercício da autoilustração sobre os fundamentos do sistema jurídico, que conforma as práticas políticas. Por isso, refuta privilégios de sujeitos individuais e alcança todos os sujeitos naturais, ainda que uma parcela significativa destes suporte uma realidade de exclusão e subintegração social.

Outra implicação relevante diz respeito à necessária despolarização da atuação como *eleitor e candidato* no âmbito do processo eleitoral. A amplitude conferida ao conceito de *parte* pela teoria neoinstitucionalista supera a visão antagonística entre polo ativo e passivo, cujas origens remetem à concepção carneluttiana de lide<sup>939</sup>. Na teoria neoinstitucionalista do processo, a parte é “agente processual do *dever ser* jurídico”<sup>940</sup> – já que é ela a encaminhar a concreção do Estado Democrático de Direito – e, não, um “sujeito passivo da sentença”<sup>941</sup>:

<sup>938</sup> *Ibid.*, p. 471–471 passim.

<sup>939</sup> Já se explanou sobre o tema: “Este autor apresenta a noção de lide como ‘conflito de interesses qualificado por uma pretensão resistida’, que abre ensejo para a estruturação de procedimentos polarizados: uma das partes, que ostenta a pretensão, tem a intenção de submeter a outra a seu interesse, mas esta lhe oferece resistência. Pretensão e resistência são os elementos que permitem situar as partes – autor e réu – nos polos da ação. Ao final, o bem jurídico em disputa é outorgado a uma das partes, que se sagra vencedora.” (GRESTA, Roberta Maia, Intervenção de terceiros nas ações eleitorais coletivas: (novas) perspectivas de coletivização do processo a partir do CPC/2015, *in*: TAVARES, André Ramos; AGRA, Walber de Moura; PEREIRA, Luiz Fernando Casagrande (Orgs.), **O direito eleitoral e o novo Código de Processo Civil**, Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 110.).

<sup>940</sup> LEAL, Parte como instituto do processo constitucional.

<sup>941</sup> A expressão “sujeito passivo da sentença” sintetiza a crítica à afirmação de Fazzalari de que as partes se definem a partir do provimento final, sendo aquelas que suportam os efeitos da sentença. Para Leal, tal definição “instala uma judicatura transcendental ao deslocar para a sentença final o efeito de identificar quem é ou não é parte” e constitui “uma *capitis diminutio* em face das conquistas

O devido processo constitucional (art. 5º LIV e LV, da CB/88) institui a existência do sujeito de direito e titular originário do direito fundamental ao contraditório antes mesmo (logo, in-abstracto) da instauração in-concreto do procedimento. Assim, é sempre parte ativa aquele que exerce o direito fundamental ao processo (facultas agendi) pouco importando se autor, réu ou interveniente, em suas diversas acepções.<sup>942</sup>

Desse modo, o sufrágio se apresenta como cláusula instituinte da legitimidade ativa para participação no processo eleitoral, o que abrange tanto o *eleitor* quanto o *candidato*. Confere-se assim projeção à atuação dos cidadãos, que não se esgota no ato de votar (associação semântica ao *ativo*) e de ser votado (associação semântica ao *passivo*)<sup>943</sup>. Subsiste, em ambos os casos, o núcleo de prerrogativas processuais a serem exercidas no espaço processual, sem que se estabeleça uma polarização entre legitimado ativo e passivo.

É ocasião de se aprofundar a investigação quanto às premissas que criaram condições históricas para a projeção da visão polarizada do processo eleitoral, a ser resolvida na dimensão salvífica de um Estado tutelar: i) a de que a posição do candidato é potencialmente perniciosa ao processo eleitoral e deve estar sujeita ao mais amplo controle, a fim de resguardar-se a lisura dos cargos em disputa, o que motiva um tratamento recalcitrante do sufrágio passivo; ii) a de que a posição do eleitor é presuntivamente vulnerável e deve ser protegida intensamente contra atos maliciosos dos candidatos e de terceiros, a fim de resguardar-se a liberdade de voto, o que motiva um tratamento tutelar do sufrágio ativo.

Essas noções fluem da leitura moralizante do processo eleitoral que, tal como demonstrado no Capítulo 2, justifica o descolamento entre proteção à legitimidade das eleições e preservação dos espaços de atuação dos cidadãos. Tal leitura autoriza inferir que é dever da Justiça Eleitoral, *em favor da coletividade*, produzir filtros que possam bem equacionar as questões sobre sufrágio por uma lógica de otimização do processo eleitoral: selecionam-se eleitores que *efetivamente* possam assegurar que governos sejam legitimados pelo consentimento dos governados; selecionam-se candidatos que possam competir *produtivamente* para provarem ser *o melhor* frente ao cargo a ocupar.

---

constitucionais brasileiras que asseguram a todos a qualidade de movimentar processual e incondicionalmente o ‘Poder Judiciário’.” (*Ibid.*, p. 471.).

<sup>942</sup> *Ibid.*, p. 471.

<sup>943</sup> Ainda que se faça uso desses termos, porque já assimilados ao glossário do Direito Eleitoral, não se pode inferir que seus conteúdos se refiram quer, no primeiro caso, à instantaneidade da digitação de algarismos na urna eletrônica, quer, nos segundo caso, à sujeição complacente a critérios obscuros de depuração do quadro de candidatos e de invalidação de resultados eleitorais.

A distinção entre esses papéis é apontada por María Antonia Peña como elemento fundamental da genealogia da democracia moderna<sup>944</sup>.

Conforme a autora, não obstante o recurso retórico à democracia ateniense como inspiração para enfrentamento do absolutismo no século XVIII, a democracia direta, legitimada pela “possibilidade de que qualquer indivíduo pudesse exercer o poder” e operacionalizada pela aleatoriedade dos sorteios para preenchimento de cargos públicos, foi refutada pela racionalidade iluminista. Esta, muito mais simpática ao modelo político da república romana, compreendia a política como uma “função imprescindível e especializada, que requeria de seus principais protagonistas habilidades excepcionais e amoldadas à transcendência de suas realizações”, de modo que nem se podia sinceramente acreditar que todos os cidadãos estariam aptos a exercê-la nem, tampouco, confiar no acaso para definir os rumos de “uma atividade tão decisiva”<sup>945</sup>.

As eleições e, com elas, a separação entre “uma classe de representados e uma subclasse de representantes que não intercambiavam aleatoriamente seus papéis”, mostravam-se um modo racional de designação de ocupantes dos cargos políticos<sup>946</sup>. Inaugurava-se uma nova ideia de legitimidade, bem encaixada às prestigiadas teorias contratualistas, segundo a qual o povo, em uma dinâmica ascendente, consente com seus governantes e, ciclicamente, os aprova ou reprova.

Márcio Bilharino Naves discorre sobre a perfeita aderência dessa proposta ao modelo econômico capitalista do Estado Liberal: “constitui-se um processo de circulação das vontades políticas análogo ao processo de circulação de mercadorias, posto que a forma de representação fundada na equivalência entre os sujeitos-cidadãos remete ao processo do valor de troca fundado na equivalência mercantil”<sup>947</sup>. É esta representação, segundo o autor, erigida sobre a *ideologia do sujeito*, capaz de permitir ao Estado se apresentar como “lugar de não-contradição”, pela anulação da ideia de classes – e, de resto, quaisquer “diversos e contraditórios interesses particulares”<sup>948</sup>.

---

<sup>944</sup> PEÑA, María Antonia, La genealogía intelectual, *in*: SIERRA, María; PEÑA, María Antonia; ZURITA, Rafael (Orgs.), **Elegidos y elegibles: la representación parlamentaria en el cultura del liberalismo**, Madrid: Marcial Pons, Ediciones de Historia, 2010, p. 26–186.

<sup>945</sup> *Ibid.*, p. 35–37 passim.

<sup>946</sup> *Ibid.*, p. 35–36.

<sup>947</sup> NAVES, Márcio Bilharino, **Marxismo e direito: um estudo sobre Pachukanis**, São Paulo: Boitempo, 2000, p. 83–84.

<sup>948</sup> *Ibid.*

A possibilidade de *pacificação* pela sucessão dos ciclos eleitorais decorre do *princípio do consentimento*, associado a uma promessa de *accountability* que seria motivada pela preocupação dos eleitos em assegurar cargos nas eleições seguintes. O próprio poder político, embora sublimado na noção de soberania, é outorgado, em fragmentos, a cada indivíduo, para exercício em caráter esporádico e procedimentalmente limitado. Peña explica a fórmula exitosa:

Em termos gerais, se interpretou que a melhor forma de fazer patente e visível o consentimento dos governados frente a seus governantes passava pelo ato de votar: se bem encarnava em seu íntimo a antítese do exercício direto do poder político, a votação que selecionava um representante pela primeira vez, a que o renovava em seu cargo e a que o expulsava de suas responsabilidades nascia diretamente de um direito político individual, do exercício da vontade e do livre alvedrio, revelando as capacidades soberanas dos cidadãos. O sorteio abria generosamente as portas da política a todos os cidadãos, mas, em troca, depositava o delicado cadinho da soberania no mero, cego e aleatório acaso: o acaso designava e, por conseguinte, o acaso consentia. Enquanto isso, a cidadania aparecia relegada a um segundo plano, privada de capacidade decisória e impossibilitada de expressar seu descontentamento ou aprovação aos governantes. Hábil e pragmático, o liberalismo fez seu, ao largo do século XIX, o mecanismo eleitoral e concedeu aos cidadãos, em medida variável e por distintas vias, o poder de decidir sobre o governo, sancioná-lo ou não, neutralizando ao mesmo tempo seu potencial recurso à revolução”.<sup>949</sup>

A democracia liberal, ao apresentar a dinâmica da participação política indireta como mais racional, justa e segura que aquela da democracia direta, faz da divisão do sufrágio em ativo e passivo seu alicerce. É um alicerce tão poderoso que se atravessam séculos sem que se tenha abalado seus dois grandes dogmas, por mais paradoxais que soem: o de um *soberano* posto à margem da atividade política cotidiana<sup>950</sup> e o de uma *representação política* exercida

---

<sup>949</sup> PEÑA, La genealogía intelectual, p. 40–41. Tradução do original em espanhol: “En términos generales, se interpretó que la mejor forma de hacer patente y visible el consentimiento de los gobernados hacia sus gobernantes pasaba por el hecho de votar: si bien encarnaba en su fuero interno la antítesis del ejercicio directo del poder político, la votación que seleccionaba un representante por primera vez, la que lo renovaba en su cargo y la que lo expulsaba de sus responsabilidades nacía directamente de un derecho político individual, del ejercicio de la voluntad y del libre albedrío, revelando las capacidades soberanas de los ciudadanos. El sorteo abría generosamente las puertas de la política a todos los ciudadanos, pero, en cambio, depositaba el delicado crisol de la soberanía en el mero, ciego e impredecible azar: el azar designaba y, por consiguiente, el acaso accedía. Mientras, la ciudadanía aparecía relegada a un segundo plano, privada de capacidad decisoria e imposibilitada de expresar su descontento o aprobación a los gobernantes. Hábil e pragmático, el liberalismo hizo suyo, a lo largo del siglo XIX, el mecanismo electoral y concedió a los ciudadanos, en diversa medida y por distintas vías, la potestad de decidir sobre el gobierno, sancionarlo o no, neutralizando al mismo tiempo su potencial recurso a la revolución.”

<sup>950</sup> A construção da noção de soberania pela ideologia revolucionária francesa já foi objeto de análise em GRETA, **Introdução aos fundamentos da processualidade democrática**, p. 14–26 passim. Na obra, aponta-se que Emmanuel Sieyès constrói o conceito de *soberania nacional* a partir de uma adulteração do conceito de *soberania popular* de Rousseau. Isso porque, para este, embora os governos



por uma classe de indivíduos que deve ser mais digna que a de representados.

No século XX, a clivagem entre os papéis de eleitores e representantes se acentua, alcançando a defesa aberta, a partir da adaptação de teorias econômicas, de que a escolha “dos melhores” por via da competição eleitoral demonstra ser a democracia um método concorrencial conduzido na esfera política.

Na concepção do *elitismo competitivo*, de Joseph Schumpeter (1942), pretendentes a cargo de líderes disputam um mercado de votos e, uma vez eleitos, adquirem “poder de decidir”<sup>951</sup>. Segundo esse pensamento, o poder está com os líderes, que conduzem a ação do corpo coletivo, seja manipulando-a, seja, ao menos, despertando-a de seu estado de latência. A ínfima importância conferida à atuação política do eleitor, reduzida à não reeleição dos líderes com desempenho insatisfatório, torna perceptível o caráter retórico da manutenção da noção de *soberania popular*.

No contexto da revolução *behaviorista*, a democracia e, em especial, a dinâmica eleitoral se tornam foco intenso de estudos com amparo em teorias econômicas, que aportam na Ciência Política pelo modelo da *escolha racional*. O problema central posto é como fazer com que eleitores, que não têm dever de se informar para votar, *sejam capazes de produzir governos e parlamentos tecnicamente aptos para conduzir políticas econômicas corretas*.

À medida que a nova metodologia ganhava prestígio e a abordagem institucionalista entrava em declínio, a Ciência Política distanciava-se significativamente do olhar da filosofia política. Os autores da nova fase deixam entrever, algumas vezes voluntariamente e outras nem tanto, que consideram a ampliação da participação política um fator prejudicial à consecução de resultados classificados como positivos pelos economistas.

Mesmo na filosofia política liberal, a discussão quanto à legitimidade democrática apresenta uma guinada. Não mais parece possível renunciar a uma premissa técnica, que confira

---

possam ser exercidos por um corpo intermediário, a democracia se degenera quando “as leis [são] produzidas por representantes, porque isso caracteriza a transferência da própria soberania, a dissipação da vontade geral e o retorno do povo ao estado de multidão.” Mas Sieyès dirá algo diverso, não obstante afirmando-se filiado a Rousseau: dirá que soberana é a nação, que somente pode ser ouvida, na deliberação sobre suas leis, por meio de representantes. Estes, são “órgãos da nação”, não comissários; são porta-vozes da “vontade nacional soberana”, não “portadores de votos de seus eleitores”. Desse modo, “subvertendo por completo a teoria rousseauiana à qual se afirma filiado, Sieyès desloca o cerne do princípio democrático: da autonomia do povo que elabora suas leis para a eliminação de privilégios sociais por leis elaboradas pelos representantes da nação. A doutrina de Sieyès reduz os cidadãos a eleitores, cujo voto redundava na autorização ampla de atuação dos representantes *conforme sua capacidade*. O produto dessa atuação, identificado como expressão da soberania nacional, possui alteridade e autoridade em relação aos representados.”

<sup>951</sup> SCHUMPETER, **Capitalismo, socialismo e democracia**, p. 328–329.

primazia à operatividade do método de escolha de representantes. Germina nesse terreno a diretriz da *democracia procedimentalista*. Os papéis de eleitores e candidatos e, portanto, a compreensão do sufrágio ativo e do sufrágio passivo, nessas vertentes, absorvem o pensamento tecnológico (eixo ciência-técnica): a indagação usual é como, diante de uma dinâmica de poder estatal instituído, *aumentar a eficiência das eleições*, no limite tolerado para assegurar a contenção de insurgências significativas quanto à legitimidade do procedimento.

Nesse sentido, Norberto Bobbio (1984) considera inevitável, em uma sociedade de consumo de economia complexa, que problemas políticos sejam resolvidos por meio de competências técnicas<sup>952</sup>. Segundo o autor, “tecnocracia e democracia são antitéticas: se o protagonista da sociedade industrial é o especialista, impossível que venha a ser o cidadão qualquer”<sup>953</sup>. A democracia comparece, então, para evitar excessos da tecnocracia, fornecendo um “conjunto de regras (primárias ou fundamentais) que estabelecem quem está autorizado a tomar decisões coletivas e com quais procedimentos”<sup>954</sup>.

Robert Dahl se distancia desse argumento de Bobbio, por entender que a posição dos especialistas em governos é de aconselhamento e de tomada de decisões técnicas subordinadas às decisões políticas, já que definir a melhor forma de exercer o poder político não é uma questão estritamente científica<sup>955</sup>. Ademais, ao apresentar a *democracia poliárquica* como modelo moderno de governo democrático possível em larga escala, Dahl é enfático em afirmar a exigência de *instituições* políticas – que abrangem as autoridades eleitas, mas, também, *eleições livres, justas e periódicas* e *cidadania inclusiva* – o que denota preocupação com a amplitude da participação política<sup>956</sup>.

Mas também Dahl considera que, a única *solução viável* para possibilitar a *efetiva participação* dos cidadãos em grandes nações, “embora seja altamente imperfeita, é que os cidadãos elejam seus altos funcionários e os mantenham mais ou menos responsivos [*accountable*] por meio de eleições, despedindo-os, por assim dizer, nas eleições

---

<sup>952</sup> BOBBIO, Norberto, **O futuro da democracia: uma defesa das regras do jogo**, 6. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1997.

<sup>953</sup> *Ibid.*, p. 34., p. 34.

<sup>954</sup> *Ibid.*, p. 16.

<sup>955</sup> Segundo o autor: “To delegate certain subordinate decisions to experts is not equivalent do ceding final control over major decisions. As an old adage has it, experts should be kept on tap, not on top. Experts may possess knowledge that is superior to yours in some important respects. [...] it is one thing for government officials to seek the aid of experts; but it is quite another for a political elite to possess the power to decide on the laws and policies you will be compelled to obey.” (DAHL, Robert, **On democracy**, London: Yale University Press, 1998, p. 71.).

<sup>956</sup> *Ibid.*, p. 83–93 passim.

subsequentes”<sup>957</sup>. Estabelecida a exclusividade do procedimento eleitoral, Dahl registra, por diversas vezes<sup>958</sup>, que o avanço do sufrágio universal, com a superação das restrições ao direito ao voto do século XIX, resolve a questão da inclusão democrática.

Ademais, se, em termos ideais, o autor defende que “o corpo de cidadãos em um Estado democraticamente governado deve incluir todas as pessoas sujeitas às leis desse Estado, exceto transeuntes e pessoas que se provem incapazes de cuidar de si.”<sup>959</sup>, as vigentes formas de restrição à participação não são abordadas como obstáculo ao incremento da democracia poliárquica. Preferirá Dahl concentrar-se em indicadores relacionados à oportunidade de debate público entre grupos competitivos (governo e oposição), ao argumento de que existência de direito de votar, *ainda que meramente ritual*, e de eleições, *ainda que apenas nominais*, atendem ao que é *procedimentalmente* adequado, ficando o incremento democrático a depender de fatores associados àquele debate<sup>960</sup>.

Não se põe em dúvida que os aspectos abordados por Bobbio e Dahl são importantes para a compreensão do funcionamento da burocracia eleitoral. Mas provoca-se a reflexão quanto à perspectiva estritamente procedimentalista de sua abordagem do processo eleitoral. A separação funcional entre eleitor e candidato não remete à compreensão do direito ao sufrágio como direito fundamental. Sob a ótica de mero cumprimento de um *munus* público, a cidadania vê desconsiderado seu caráter emancipatório: ao eleitor, nega-se autonomia frente à tutela do Estado; ao candidato, parece inescapável a sujeição a parâmetros de desconfiança continuamente agravados.

Ao se apresentar o sufrágio como cláusula de legitimidade ativa, oferece-se uma nova chave de compreensão da dinâmica de atribuição e exclusão daquele direito. De um lado, torna-se possível romper dogmas associados a uma soberania idealizada, que se mostra

---

<sup>957</sup> *Ibid.*, p. 93. Tradução do original em inglês: “The only feasible solution, though it is highly imperfect, is for citizens to elect their top officials and hold them more or less accountable through elections by dismissing them, so to speak, in subsequent elections.”

<sup>958</sup> DAHL, **On democracy**.

<sup>959</sup> *Ibid.*, p. 78. Tradução do original em inglês: “The citizen body in a democratically governed state must include all person subjected to the laws of that state except transients and person proved to be incapable of caring for them.”

<sup>960</sup> DAHL, Robert, **La poliárquía: participación y oposición**, 2. ed. Madrid: Editorial Tecnos, 1997. O autor parte, na obra, de dois eixos: debate público e direito a participar nas eleições e no governo. Ao abordar o segundo, volta a demonstrar que a questão lhe parece suficientemente resolvida: “De hecho, uno de los cambios más notables de este siglo ha sido la virtual desaparición de la abierta negativa a la legitimidad de la participación popular en el gobierno. Únicamente un puñado de naciones no garantizan a sus ciudadanos el derecho de votar, aunque sólo sea ritualmente, o prohíben las elecciones, si bien sean sólo nominales.”

descritivamente falha, uma vez que não é capaz de oferecer explicações consistentes da dinâmica da representatividade política nas grandes nações contemporâneas. De outro, permite-se empreender um esforço de normatização frente à realidade, que ofereça resistência ao avanço de conclusões falaciosas que, diante da constatação de cenários excludentes, não os querem modificar, mas, apenas, otimizá-los em favor de uma visão sem especial apego à teoria do discurso constitucional no contexto do Estado Democrático de Direito.

Reivindicando-se a correspondência entre a coinstituição do direito ao sufrágio e a legitimidade ativa no processo eleitoral, é possível lidar com o problema real da exclusão política e propor a remoção de obstáculos à participação política. Sufrágio ativo e passivo não são apenas funcionalidades legitimatórias de governos e parlamentos. São as duas modalidades constitucionais pelas quais o cidadão atua no processo eleitoral e, por isso, devem ser reconciliadas no espaço de atuação da Cidadania. Tanto a tutela do eleitor quanto a desconfiança em relação ao candidato, *a priori* assumidas para formatar o modo como agentes estatais lidarão com esses sujeitos, precisam ser superadas.

Às partes do processo eleitoral abrem-se faculdades processuais decorrentes do contraditório, da ampla defesa e da isonomia, as quais instituem o espaço de refutação (participação e decisão, pela testificação das propostas de concreção da normatividade constitucional) a ser preservado contra ingerências do Estado. Sob essa ótica, as restrições à atuação do cidadão como eleitor ou candidato tornam-se permeáveis à crítica, porque não se autoriza legitimá-las apenas pelo argumento da necessidade de proteção de uma virtude abstrata do processo eleitoral.

Ademais, ao se remover os selos morais conferidos ao eleitor e ao candidato, abre-se ensejo para compreender suas atuações como complementares. É da dialogicidade *dentre* eleitores e candidatos que se extrai a possibilidade de produção da decisão eleitoral<sup>961</sup>. Ao Estado, incumbe assegurar as condições para que esse diálogo se conduza, sempre a partir da premissa de que é direito fundamental das partes ocupar sua posição no espaço processual. Não assiste ao Estado, portanto, uma tarefa de formatação moral do processo eleitoral; há seu dever de conter avanços que atentem contra a dialogicidade.

Percebe-se que, superada a polarização entre eleitor e candidato, em dimensão processual, restrições ao sufrágio passivo repercutem não apenas sobre pretensos candidatos,

---

<sup>961</sup> Reforce-se que se trata de diálogo a envolver sujeitos processuais *não polarizados* – daí a desambiguação do termo *entre* (*among/between*) pelo uso de *dentre* (*among*).

mas também sobre eleitores, que têm reduzido seu espectro de decisão<sup>962</sup>. Igualmente, restrições ao sufrágio ativo repercutem não apenas sobre eleitores, mas também sobre candidatos, que, ante eleitorados tendencialmente *homogêneos*, têm comprometida sua legitimidade pela redução das possibilidades de refutação.

Em suma, restrições ao sufrágio reduzem a amplitude da atuação da Cidadania e, por isso, conforme a perspectiva processual adotada nessa pesquisa, não podem ser justificadas pela necessidade de conferir tratamento tutelar ao eleitor ou pela visão recalcitrante em relação aos candidatos.

### 3.2.3 O problema da definição do eleitorado e dos elegíveis

A presente seção é dedicada a enfrentar um dos problemas mais áridos a desafiar a teorização do processo eleitoral democrático: a demarcação do direito ao sufrágio. Sem digressões escapistas, exige-se examinar, enfim, a potencialidade das normas constitucionais para fazer com que sujeitos naturais ocupem corporeamente o espaço destinado aos sujeitos de direito no processo eleitoral.

Conforme se apresentou no Capítulo 1, é ínsito ao conteúdo de direitos que sejam delimitados por elementos restritivos. Na dimensão do controle-fundante, a Constituição demarca escolhas jurídico-políticas que, inscritas no discurso constitucional, compõem seu código intradiscursivo. Tem-se, então, afirmada a precedência do estatuto constitucional dos direitos políticos para a decodificação do processo eleitoral.

Todavia, a oferta do processo como metalinguagem é o que possibilita a não cristalização do texto constitucional como fetiche dogmático (Constituição como simulacro). A reiterada asserção de que a Constituição é conquista *teórica* e não *histórica* significa a permanente possibilidade de testificação de seus conteúdos para construção e reconstrução do ordenamento jurídico. Essa atividade, porque vinculada ao paradigma da processualidade democrática, não é aleatória. A estabilização dos sentidos do discurso constitucional se baliza pela prerrogativa coconstitucionalizada e coconstitucionalizante de autoinclusão em direitos fundamentais.

Por isso, não se descarta a existência de aporias e contradições no estatuto constitucional dos direitos políticos. Em especial, o direito ao sufrágio carrega em si uma tensão: sua

---

<sup>962</sup> Sobre o tema, cf.: PEREIRA; GRESTA, Antecipação do registro de candidatura: uma reflexão em favor da estabilidade do processo eleitoral.

delimitação implica em restrição à atuação de legitimados ativos em uma das instâncias procedimentais de fiscalidade da concreção do Estado Democrático de Direito, o que colide com a prerrogativa de autoinclusão do *povo total* na Cidadania.

Porém, deve-se evitar argumentos retóricos que reconduzam a uma noção ingênua de soberania popular. É tão fácil quanto superficial alardear a ilegitimidade de quaisquer decisões que frustrem expectativas dos sujeitos naturais de participar da vida política. Tal sorte de afirmação trivial não sobrevive ao confronto com a noção de controle-fundante. Assumida a necessidade de ordenação jurídica da participação política, a Constituição cria um conjunto de normas atributivas e também restritivas, de modo que indagar sobre o conteúdo de um direito é investigar não apenas o que este inclui, mas também o que exclui.

Por isso, sustenta-se que o enfrentamento da questão posta deva buscar, na própria concepção de controle-fundante, o critério de aferição da legitimidade das restrições: se a legitimidade da delimitação do sufrágio resulta de ser esta uma decisão fundamental, *autolimitadora*, devem-se repelir as restrições *heterolimitadoras*.

Por coerência com os demais componentes do marco teórico, não se trata aqui de considerar os *sujeitos históricos* (parlamentares-constituintes) e suas pretensões, mas de aferir, no texto constitucional positivado, as interferências do código *heterodiscursivo*, pelos quais discursos ideológicos logram, dissimuladamente, entremear na escrita da Constituição democrática concepções superadas, oriundas da cidadania jurisdicizada (e, não, juridificada) própria aos Estados Social e Liberal. Em outras palavras, trata-se de investigar as interferências ideológicas hauridas de contextos estatais superados, de cidadania subalternizada, e propugnar que sejam extirpadas sua incompatibilidade com a noção de Cidadania autoincludente.

Distinguir o que é *autolimitação* e o que é *heterolimitação* não é uma tarefa condutível pelo senso comum ou de forma casuística. É o paradigma da processualidade democrática que deve balizá-la.

Concebe-se a *autolimitação* do direito ao sufrágio a partir do instituto da isomenia, que confere preponderância à participação como via de autoilustração dos sentidos normativos. O acesso ao espaço discursivo é premissa da possibilidade de esclarecimento recíproco e refutação, atividades argumentativas conduzidas pelos partícipes-decisores com a finalidade de formação dos mandatos.

O Estado não comparece como agente formatador desse espaço, mesmo quando conduz procedimentos, pois os princípios instituintes do processo (contraditório, ampla defesa e isonomia) precedem ao próprio Estado, que atua no processo eleitoral para garantir a atuação dos legitimados ao processo e, não, para impor uma visão moral sobre essa atuação. Tampouco

é admitido desnivelamento entre os sujeitos naturais, devendo todo e qualquer critério restritivo ser concebido como requisitos da configuração do sujeito de direito (instituto normativo).

Ademais, na interpretação dos signos linguísticos, as normas que instituem o direito ao sufrágio presumem-se por isso em sua maior amplitude, isto é, maior carga de inclusão e menor carga de exclusão.

A *heterolimitação* do direito ao sufrágio considera o processo eleitoral reduzido a um aspecto procedimental e instrumental, adstrito ao âmbito da estatalidade. Ainda que nele atuem os cidadãos, a medida dessa atuação é determinada por critérios funcionais, tanto quanto necessário para assegurar a legitimação pelo procedimento<sup>963</sup>.

O direito ao sufrágio não é compreendido em sua dimensão processual (contraditório, ampla defesa, isonomia), como cláusula de legitimidade ativa, autorizando a produção de normas que sejam consideradas convenientes à depuração do corpo político. Por isso, a delimitação daquele direito fica vulnerável ao discurso de moralização da política.

Na interpretação dos signos linguísticos, as normas que instituem o direito ao sufrágio são presumidas em sua menor amplitude, isto é, menor carga de inclusão e maior carga de exclusão, em favor da busca por uma virtude cívica.

Deve-se fazer claro, contudo, que essas conjecturas não subsidiam, por si, soluções extrassistêmicas, a conduzir à mutilação ou deliberado descumprimento – mais um – do texto constitucional pelos órgãos estatais incumbidos de sua aplicação. Tampouco se apresentará, ao final, uma sugestão de emenda constitucional, que se arvorasse a *corrigir* a Constituição. Não se encaminha aqui um devaneio autoral destinado a levar adiante uma pessoal percepção de justiça ou preferências políticas.

A contribuição dessa pesquisa é suscitar o problema e fornecer argumentos que subsidiem uma teoria a respeito (mundo 3, na matriz popperiana). Tais argumentos devem ser testados pela crítica teórica, na interlocução acadêmica, e decisões (legislativas ou judiciais) que venham eventualmente a acolher as proposições pressupõem a submissão à *dinâmica testificadora da validade do ordenamento jurídico*, no âmbito do devido processo legal<sup>964</sup>.

---

<sup>963</sup> É o caso, por exemplo, da *democracia orgânica*, que prevaleceu na Ditadura Franquista, no qual o corpo eleitoral era compreendido como órgão do Estado, algo que esvazia a noção de soberania popular (cf. ARAGÓN REYES, Democracia y representación: dimensiones subjetiva y objetiva del derecho de sufragio.). Embora ditaduras forneçam exemplos mais claros de instrumentalização da Cidadania ao ponto de torná-la mera alegoria, a *democracia procedimentalista* também favorece esse efeito, uma vez que a observância ritualística do procedimento é apresentada como bastante para satisfazer a demanda de legitimidade democrática.

<sup>964</sup> Adere-se à posição de Aragón Reyes, que, apesar de enfaticamente desaprovar normas constitucionais iberoamericanas que limitam o acesso às candidaturas, reconhece que a alteração dessas

Com essa advertência, passa-se à argumentação destinada a balizar a detecção da interferência dos discursos ideológicos na conformação do direito ao sufrágio.

### 3.2.3.1. Disenfranchisement: a interdição dissimulada da participação no processo eleitoral

Para alinhar a análise da tensão entre os aspectos atributivos e restritivos que compõem o conteúdo do direito ao sufrágio e que podem encobrir discursos ideológicos, será tomado o conceito de *disenfranchisement*.

Estudado de modo apenas incipiente no Brasil<sup>965</sup>, o tema é recorrente na literatura estadunidense, que debate abertamente a estratégia de depuração do corpo eleitoral, a pretexto de implementar a qualidade da democracia, como mecanismo de marginalização de grupos historicamente subalternizados, em especial as pessoas negras. Na Europa, estudos sobre a expansão do sufrágio enfocam o *disenfranchisement*, que desperta atenção renovada em face do movimento migratório

Capta a atenção a construção do vocábulo, que antepõe ao prefixo *en-* (que expressa uma mudança de estado<sup>966</sup>) o prefixo *dis-* (que nega, então, aquela mudança que se anunciava<sup>967</sup>). Com isso, desmistificando o postulado sugerido pela expressão *sufrágio universal*, a franquia (*franchise*) de direitos políticos pode ser vista, de forma dinâmica, como algo que é dado com uma mão e retirado com a outra.

Nesta pesquisa, é conferido um enfoque processual ao *disenfranchisement*, para referir-se à redução da cláusula de legitimidade ativa do processo eleitoral. Especialmente porque, na atualidade de nações declaradamente democráticas, a marginalização não se faz pela via de negativa de direitos fundamentais a grupos, mas pela adoção de normas e práticas que culminam por sectarizar o exercício daqueles direitos, mostra-se bastante promissor explicitar como mecanismos de *disenfranchisement* interditam a ocupação do espaço processual eleitoral.

---

normas deve ser feita *mediante oportunas reformas constitucionais e legais*, implicitamente rechaçando a possibilidade de intervenções judiciais que alterem o desenho estruturante do sufrágio passivo. (*Ibid.*).

<sup>965</sup> Deve-se registrar que, embora aspectos relacionados ao *disenfranchisement* sejam abordados de forma pontual na literatura brasileira, é ausente produção substancial nesse sentido. Almeja-se, nesse particular, instigar a instalação de pesquisa científica nessa profícua temática.

<sup>966</sup> “en- [...] used to form verbs which mean put into or onto, or to cause to be, or to provide with [...]” (CAMBRIDGE UNIVERSITY PRESS, En-, in: **Cambridge international dictionary of english**, Cambridge: Press Syndicate of University of Cambridge, 1995, p. 453.).

<sup>967</sup> “dis- [...] added to the front of some words to forma their opposites [...]” (CAMBRIDGE UNIVERSITY PRESS, Dis-, in: **Cambridge international dictionary of english**, Cambridge: Press Syndicate of University of Cambridge, 1995, p. 388.).



Cabe, no âmbito da exposição metodológica, justificar a adoção do estrangeirismo.

Em inglês, o “direito de votar em uma eleição, especialmente para representantes em um parlamento [...]” é designado por *franchise*<sup>968</sup>, daí derivando os termos *enfranchise* (“dar (a uma pessoa ou grupo de pessoas) o direito de votar em eleições”<sup>969</sup>); *disenfranchise* ou *disfranchise* (“retirar poder ou oportunidades, especialmente o direito de votar, de (uma pessoa ou grupo)”<sup>970</sup>); “suprimir privilégios civis ou eleitorais”<sup>971</sup>); *disenfranchised* (“não ter especialmente o direito de votar ou ter tido esse direito suprimido”<sup>972</sup>).

Os substantivos formados a partir daqueles verbos, *enfranchisement* e *disenfranchisement*, dão clara dimensão da dinâmica de atribuição e supressão do direito ao sufrágio ativo. É desafiador encontrar termos que traduzam seu denso conteúdo, com precisão, para o português.

A raiz das palavras, *franchise*, é traduzível como *franquia*. Embora um dos significados dessa palavra seja “liberdade de direitos; imunidade, privilégio, regalia, liberdade: as franquias democráticas”<sup>973</sup>, isoladamente a palavra não comunica um sentido específico que remeta ao sufrágio ou aos direitos políticos. Será sempre adequado especificar *franquia do (direito ao) sufrágio*, mas isso já não se justifica quando se pode dizer, apenas, *direito ao sufrágio*. A partir daí, as derivações *franquear* (“tornar fácil, desimpedido, franco; [...] conceder, permitir”<sup>974</sup>)

---

<sup>968</sup> CAMBRIDGE UNIVERSITY PRESS, Franchise, in: **Cambridge international dictionary of english**, Cambridge: Press Syndicate of University of Cambridge, 1995, p. 559. Tradução do original em inglês: “the right to vote in an election, esp. for representatives in a parliament or similar law-making organization.”

<sup>969</sup> CAMBRIDGE UNIVERSITY PRESS, Enfranchise, in: **Cambridge international dictionary of english**, Cambridge: Press Syndicate of University of Cambridge, 1995, p. 457. Tradução do original em inglês: “to give (a person or group of people) the right to vote in elections.”

<sup>970</sup> CAMBRIDGE UNIVERSITY PRESS, Disenfranchise, in: **Cambridge international dictionary of english**, Cambridge: Press Syndicate of University of Cambridge, 1995, p. 393. Tradução do original em inglês: “[...]disfranchise [...] to take away power or opportunities, esp. the right to vote, from (a person or group).”

<sup>971</sup> OXFORD UNIVERSITY PRESS, Disenfranchise, in: **The Oxford english dictionary**, 2. ed. Oxford: Clarendon Press - Oxford, 1991, v. IV, p. 767. Tradução do original em inglês: “to deprive of civil or electoral privileges.”

<sup>972</sup> CAMBRIDGE UNIVERSITY PRESS, Disenfranchise. Tradução do original em inglês: “[...] disenfranchised means not having esp. the right to vote or having had that right taken away.”

<sup>973</sup> FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda, Franquia, in: **Novo dicionário Aurélio da língua portuguesa**, Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1986, p. 809.

<sup>974</sup> FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda, Franquear, in: **Novo dicionário Aurélio da língua portuguesa**, 2. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1986, p. 809.

*desfranquear, franqueamento* e, enfim, um neologismo como *desfranqueamento*<sup>975</sup> perdem especificidade e se tornam de quase impossível associação aos sentidos que pretendiam comunicar. Por essa razão, a tradução literal é desaconselhável.

Uma via possível é buscar traduções não literais para os termos. Quanto a *enfranchisement*, a ideia de *atribuição* ou *emancipação* pode se mostrar satisfatória em determinados contextos, ainda que precise fazer claro de que direitos se fala. Mas subsiste a principal dificuldade: encontrar uma palavra em português que possa substituir satisfatoriamente o termo *disenfranchisement*, a indicar a *retração* daquela dinâmica emancipatória.

Em raro artigo brasileiro sobre a temática, Marcelo Ramos Peregrino Ferreira e Roberto Baptista Dias da Silva utilizam o termo *cassação do direito ao sufrágio* para se referir a práticas associadas ao *disenfranchisement* da população negra nos Estados Unidos da América no século XIX. Segundo os autores,

[...] enquanto alguns Estados e particulares barravam negros nas diversas fases do processo eleitoral, o Poder central federal tentava alargar sua autoridade para impedir a vulneração dos direitos e garantias individuais da população negra. Pode-se classificar as dificuldades apresentadas, de acordo com o mesmo autor: i) no afastamento da população negra da participação das eleições primárias; ii) na manipulação da realização de testes de alfabetização para os eleitores; iii) na imposição da adimplência de taxas para o exercício do voto e, finalmente, iv) na discriminação pela manipulação dos distritos, de acordo com critérios raciais, o famoso *gerrymandering*, enriquecido com o fator da cor.<sup>976</sup>

A passagem bem demonstra que as práticas referidas são subterfúgios para manter afastada do processo eleitoral uma população tida por indesejada, a despeito do reconhecimento formal do direito ao sufrágio ativo àquelas pessoas. A dimensão do *disenfranchisement* é, por isso, ainda mais ampla e complexa do que pode sugerir o termo *cassação*, em geral associado à revogação formal do direito que é dela objeto. Muitas vezes, a previsão legal do direito ao voto, em especial o sufrágio universal, é que serve de pano de fundo para a exclusão da participação política de pessoas ou grupos determinados. Como observa Stefano Bartolini,

<sup>975</sup> A inexistência da palavra no Vocabulário Ortográfico da Língua Portuguesa pode ser verificada no site da Academia Brasileira de Letras: <<http://www.academia.org.br/nossa-lingua/busca-no-vocabulario>>. Acesso em: 17 fev. 2018.

<sup>976</sup> FERREIRA, Marcelo Ramos Peregrino; SILVA, Roberto Baptista Dias da, O devido processo legal e suas potencialidades: o caos do direito de voto dos negros nos Estados Unidos da América, **Revista acadêmica da faculdade de direito de Recife**, v. 87, n. 1 (jan-jun 2015), p. 29–45, 2015., p. 41-42.

A história do sufrágio também é a história dos abusos e assédio que impediram os cidadãos legalmente autorizados a votar de fazê-lo. Isso incluiu regras e testes ardilosos para registro de eleitores, manipulação de requisitos residenciais, escolha de dias de votação, violação do segredo do voto, divisão maliciosa de distritos e gerrymandering, e outros artifícios. Em termos estritos, esses mecanismos não violavam a titularidade legal do voto de certos cidadãos, mas apenas dificultavam sua participação efetiva nas eleições. De fato, no entanto, essas medidas privaram os direitos de certos grupos sociais.<sup>977</sup>

É a faceta dissimulada do *disenfranchisement* que o torna mais árido e desafiador. O alijamento político, posto como seu objetivo ou sendo dele apenas um reflexo impensado, frequentemente se dá às escuras, de forma indireta, sem a explícita declaração de supressão do direito ao sufrágio de determinada pessoa ou grupo. Afinal, como observa Michael Maley, mecanismos como a vinculação do voto à condição de proprietário e a negativa do direito do voto aos negros na África do Sul – não obstante comporem a maioria da população – “têm sido menos comuns, uma vez que países procuram assegurar que seus procedimentos eleitorais atendam, ao menos ostensivamente, os padrões ditados por instrumentos internacionais de direitos humanos.”<sup>978</sup>

Mesmo quando ocorre de forma direta – ou seja, por meio de um ato que restringe ou exclui aquele direito –, o *disenfranchisement* costuma ser apresentado sob justificativas procedimentalistas (de maior eficiência do procedimento) ou instrumentalistas (de melhoria nos resultados). Essas justificativas, por não invocarem um fundamento punitivista, são convenientes para dissipar conjecturas quanto à violação de direitos fundamentais. Por meio delas, torna-se possível conduzir uma projetada *depuração* do eleitorado em favor da coletividade, deixando de lado a discussão quanto à carga sancionatória que, como *efeito colateral*, pesa sobre os que forem excluídos.

---

<sup>977</sup> BARTOLINI, Franchise expansion., p. 118. Tradução do original em inglês: “The history of franchise is also the history of the abuses and harassment that prevented citizens legally entitled to vote from doing so. These included tricky rules and tests for voter registration, manipulation of residential requirements, choice of voting days, violations of the secrecy of the vote, district malapportionment and gerrymandering, and other artifices. Strictly speaking, these devices did not violate the legal entitlement to vote for certain citizens, but only made their actual participation in vote more difficult. De facto, however, these measures disenfranchised certain social groups.”

<sup>978</sup> MALEY, Michael, Disqualification of voters, grounds for., in: ROSE, Richard (Org.), **International encyclopedia of elections**, London: Macmillan, 2000, p. 66. Tradução do original em inglês: “Such mechanisms have become much less common as countries have sought to ensure that their electoral procedures meet, at least ostensibly, the standards set out in international human rights instruments [...]”.

Sob esse ângulo, medidas como negativa do sufrágio a presos ou condenados são “percebidas como discriminatórias contra grupos sociais específicos, especialmente onde esses grupos específicos são sobrerrepresentados entre a população carcerária”, pois uma condenação indevida significa “negar a oportunidade de participar de um processo político que pode ser a única via de redenção para esse indivíduo.”<sup>979</sup>

Assim, a cassação de direitos políticos é certamente uma das formas de *disenfranchisement*, mas não é a única. Diante disso, nesta pesquisa, é feita a opção pela utilização do termo *disenfranchisement*, no original em inglês.

O *disenfranchisement* costuma ser abordado na literatura de acordo com características próprias de sua dinâmica local. É dizer: não há um *modelo* de exclusão política, mas práticas excludentes que respondem a tensões sociais específicas. Por isso, seu estudo localizado é indispensável para a detecção do problema e para a construção de respostas jurídicas consistentes. Na Europa, nações antigas e de composição populacional razoavelmente homogênea lidam atualmente com movimentos migratórios que reacendem a discussão quanto à participação política de estrangeiros residentes. Já nos Estados Unidos, a heterogeneidade da formação da população e a existência de um sistema de registro de eleitores conferem a critérios raciais e sociais preocupante protagonismo na história do voto no país, desde a Independência até a eleição de Donald Trump.

Mas, tanto nos Estados Unidos quanto na Europa, a exclusão do direito de candidatura não se faz um tema notável, visto não haver regras significativas que distingam a aptidão para ser eleitor e candidato. O cenário é diverso no Brasil, onde se pode identificar uma configuração própria do problema do sufrágio passivo. A especificidade da CRFB – que além de requisitos expressos para a elegibilidade delegou a criação de restrições por previsão infraconstitucional – demanda elaboração científica própria, apta a enfrentar os problemas engendrados.

Essa abordagem é, ademais, consentânea com a superação da polaridade entre sufrágio ativo e passivo, decorrente de sua recondução ao núcleo da Cidadania.

---

<sup>979</sup> *Ibid.* Tradução do original em inglês extraída do trecho: “[...] the disqualification of persons convicted of criminal offenses [...] or the disqualification of persons who are in prison [...] often are perceived to discriminate against particular groups in society; especially where specific groups are over-represented in the prison population. In addition, some would see it as particularly inappropriate that a person who may have been wrongly convicted of a crime could be denied the opportunity to participate in a political process that might be his or her only avenue of redress.”

### 3.2.3.2. Eleitorado ideal como ícone: o desvelamento dos fundamentos legitimantes do *disenfranchisement*

A pergunta-chave que intitula o livro *Quem é o povo?*<sup>980</sup>, ao lançar luzes sobre a investigação dos grupos reais aos quais correspondem os modos de utilização do termo povo, permite assinalar que a definição do eleitorado se faz, principalmente, por exclusão: a partir de uma população mais ampla (*povo-destinatário*), escolhem-se critérios que parecem, por razões diversas, legitimar um governo que é formado *em nome de todos* mas, jamais, *por todos*.

Mesmo quando assumida a premissa liberal segundo a qual o perfil do eleitor não exige o mesmo rigor, em termos de capacidade e dignidade, que o perfil dos candidatos, o cerne da discussão em torno da formação do corpo de eleitores nunca se desgarrou da indagação quanto às condições – morais, econômicas, intelectuais, dentre outras – necessárias para que alguém esteja apto a identificar aqueles que serão seus melhores líderes.

Contudo, essas condições não costumam ser definidas por uma premissa que possibilite a igualação de todos os sujeitos naturais como legitimados ao processo. Ao contrário. Desde suas origens burguesas, a democracia liberal jamais renunciou a um fundamento virtuoso para sua legitimidade e este, ao contrário do privilégio de nascimento, se assentaria na competência. Dos eleitores se espera a competência, mínima, para saber escolher os melhores. Por isso, há, no cerne da definição do corpo eleitoral, uma tensão entre a inclusão e a exclusão, que redundava, não raras vezes, na formação de *aristocracias eleitorais* – “sistema de exclusão [política] em larga escala baseada na incompetência”<sup>981</sup> – supostamente justificadas pela qualificação do eleitorado, em benefício de todos.

E essa visão que formata uma noção de *eleitorado ideal* como *ícone* representativo da virtude coletiva, manejado historicamente para restringir o acesso ao sufrágio ativo.

O sentido de *ícone* aqui referido é fornecido por Paul Ricoeur a partir da concepção platônica de *mimética icônica*, representação considerada verídica, em oposição à *mimética fantasmática*, enganosa<sup>982</sup>. O ícone, como representação, não se livra da aporia da *presença do ausente* – ele pretende ser algo que não existe presentemente e que, por isso, não tem como ser

<sup>980</sup> MÜLLER, *Quem é o povo? a questão fundamental de democracia*.

<sup>981</sup> LÓPEZ-GUERRA, Claudio, *Democracy and disenfranchisement: the morality of electoral exclusions*, Oxford: Oxford University Press, 2014, p. 26. Tradução do original em inglês: “[...]an electoral aristocracy is a system of large-scale disenfranchisement on the grounds of incompetence”.

<sup>982</sup> RICOEUR, Paul, *A memória, a história o esquecimento*, Campinas: Editora Unicamp, 2010., p. 71.

verificado por mecanismos externos de controle. O ícone opera, assim, como crença, tornando-se transcendental.

O manejo de ícones no campo político se dá por meio da *ideologia*, que “acrescentaria uma espécie de mais-valia à nossa crença espontânea, graças à qual esta poderia satisfazer às demandas da autoridade”<sup>983</sup>. Para tanto, é preciso que o ícone seja compartilhado coletivamente. É o que ocorre com o estabelecimento da *identidade*: em resposta à ânsia de uma comunidade em saber o que a caracteriza como *povo* diferente dos demais, a ideologia formata uma narrativa a partir do chamado *acontecimento fundador*, fato simbólico associado à origem da comunidade e que é manejado em prol da construção do discurso justificador do poder.

Ricouer assinala que os acontecimentos fundadores são em geral “atos violentos legitimados posteriormente por um estado de direito precário”<sup>984</sup>. Há uma contestação da legitimidade da ordem vigente, da qual se retira o sentido de *justiça* para fundar a ruptura. Desse modo que os acontecimentos fundadores serão capazes, como posto por François Ost, de acarretar, *a posteriori*, a “fabricação de novas legitimidades”<sup>985</sup>, o que é essencial para a consolidação da nova ordem implementada. É nesse ponto que passado e futuro se fundem no ícone: constrói-se uma narrativa de “um passado *reconhecido* (fato lembrado) que se quer fazer valer como passado *percebido* (fato decorrido)”<sup>986</sup> com a finalidade de encaminhar o vir-a-ser de um povo.

No caso da democracia liberal, o principal ícone é o *povo*. A derrocada, mais ou menos violenta dos regimes absolutistas, foi levada a cabo por um povo revolucionário ao qual, contudo, se atribuía a capacidade de autocontenção, por meio da política, a fim de evitar a autofagia da guerra permanente. Não estava em questão se as populações reais tinham se dado por satisfeitas; a narrativa era que o sistema injusto de governo havia sido substituído por um justo e que, por meio das eleições, o povo continuaria a legitimar, com seu consentimento, os governos subsequentes – governos cada vez melhores, porque posta em ação, também, a *accountability*.

---

<sup>983</sup> *Ibid.*, p. 96.

<sup>984</sup> *Ibid.*, p. 92.

<sup>985</sup> OST, François, **O tempo do direito**, Bauru: Edusc, 2005., p. 50.

<sup>986</sup> GRESTA, Roberta Maia, Direito à memória ou direito pela memória? A ausência de processualidade a serviço da memória manipulada e o julgamento da ADPF 153, *in*: ILBAUM, Lucia; LEAL, Rogério Gesta; MEYER, Samantha Ribeiro (Orgs.), **Justiça de transição: verdade memória e justiça**, Florianópolis: FUNJAB, 2012, p. 436–465.

Abordando as dinâmicas de inclusão/exclusão e dominação/aquiescência ocultas pela ideia de *povo* como metáfora unificadora, Allen descreve o percurso que permite compreender como o eleitorado se amolda a uma compreensão simbólica da legitimidade democrática:

[...] povos democráticos precisam de metáforas para fazer “o povo”, o corpo de que fazem parte, concebível para eles próprios. Cidadãos que têm convicção de que a política é pelo, para e do povo podem ocupar um lugar na política apenas imaginando o povo e um lugar para si dentro, ou em relação a esse corpo. Mas onde está e o que ou quem é “o povo”? E como ele atua? [...] Se a cidadania democrática moderna parece versar principalmente sobre votar, isso deriva da crença de que o povo existe apenas quando uma “vontade” foi expressa e que isso ocorre apenas através de uma compilação massiva de votos. Votar não apenas legitima a política democrática, mas também fornece uma solução prática para o dilema imaginário. Metáforas são veículos para a imaginação, não menos que instituições e, decerto, são centrais para assegurar um “povo” para a vida democrática. Em resumo, cidadãos podem explicar seu papel na democracia apenas dispendendo significativo trabalho conceitual e mental para se verem parte de um todo invisível.

Agora, com a expressão todo invisível, atingimos o termo central. Cidadãos devem se imaginar parte de um “todo” que não podem ver. Povo é o nome desse todo, e de fato, totalidade, e não singularidade, é o termo chave da história da produção de povos democráticos.<sup>987</sup>

A partir desse percurso argumentativo, pode-se compreender o *eleitorado ideal* como um segundo ícone, derivado da noção de povo, reconhecido como parcela apta a bem desempenhar as funções eleitorais. Contudo, esse segundo ícone é confrontado com a realidade, não podendo subsistir apenas na dimensão ideológica, porque precisará atuar. Surge o problema de acomodar um grupo real de pessoas dentro da alta expectativa a que corresponde o *eleitorado ideal* e permitir que o sistema continue a ser reputado legítimo. Sem que se questione a

---

<sup>987</sup> ALLEN, Invisible citizens: political exclusion and domination in Arendt and Elisson., p. 63. Tradução do original em inglês extraída do trecho: “[...] democratic peoples need metaphors to make ‘the people’, the body of which they are part, conceivable to themselves. Citizens who hold the conviction that politics is by, for, and of the people can assume a place in politics only by imagining the people and a place for themselves in, or in relationship to, that body. But where, what and who is this ‘the people’? And how does it act? [...] If modern democratic citizenship seems mostly to be about voting, this derives from the beliefs that the people exists only when a ‘will’ has been expressed and that this occurs only through a mass compilation of votes. Voting does not merely legitimate democratic politics but also provides a practical solution to the imaginative dilemma. Metaphors are vehicles for the imagination no less than institutions and, indeed, are central to securing ‘the people’ for democratic life. In short, citizens can explain their role in democracy only by expending significant conceptual and imaginative labor to make themselves part of an invisible whole. Now, with the phrase invisible whole, we have hit upon the central term. Citizens must imagine themselves part of a ‘whole’ they cannot see. The people is the name for that whole, and, in fact, wholeness, not oneness, is the master term in the history of the production of democratic peoples.”

consistência do próprio ícone, a via geralmente adotada é a de selecionar perfis que possam a ele ser assimilados.

Lançando-se mão da sociologia de Pierre Bourdieu<sup>988</sup>, é possível afirmar que há uma disputa simbólica quanto ao estabelecimento de códigos de comportamento a serem considerados adequados ao campo político. O resultado é a definição de *bens simbólicos* cujo significado e valor são atribuídos por produtores da cultura (eruditos)<sup>989</sup>.

O perfil do *eleitorado ideal* não escapará a essa construção, sendo também um produto cultural. Como será demonstrado ao se tratar dos sentidos historicamente atribuídos ao *sufrágio universal*, os atributos considerados próprios à virtude política foram originariamente inferidos dos valores compartilhados por homens brancos com privilégio de nascimento ou poder econômico. Esses mesmos homens, por terem mais fácil acesso à educação formal, assumiram o papel de produtores e reprodutores do capital cultural, ditando os *gostos* como preferências impostas a todos e difundidas pelo sistema de ensino<sup>990</sup>.

---

<sup>988</sup> BOURDIEU, A **economia das trocas simbólicas**; BOURDIEU, Pierre, **O poder simbólico**, Lisboa: Difel, 1989.

<sup>989</sup> Sobre o tema, cf.: “Na sociologia de Pierre Bourdieu, a legitimidade surge como atributo dos significados produzidos por quem detém o poder simbólico. Bourdieu confere especial destaque à cultura, como estrutura estruturante, e ressalta que os eruditos travam uma disputa de atribuição de significados, no interior dos variados campos (espaços de conflitos). O objetivo dessa disputa é produzir bens simbólicos e determinar-lhes o valor, em uma dimensão autônoma em relação ao mercado econômico – ou seja, ao valor monetário do bem. A disputa simbólica é, pois, uma competição por legitimidade. Sagra-se vencedor aquele que logra instituir as regras aplicáveis ao campo, estabelecendo os códigos de comportamento considerados adequados, o que encaminha a formação do capital simbólico”. (GRESTA, **Introdução aos fundamentos da processualidade democrática**, p. 67.); e “O capital simbólico é constituído pelo campo de produção erudita, que produz significados para o público e para seus pares. [...] [Q]uando dois produtores se confrontam, o que está em tela é a pretensão à legitimidade cultural. Assim, criam-se receptores aptos a receber e agentes de reprodução para manter a cultura estabelecida e conservar seu mercado de bens simbólicos. [...] Produtores, reprodutores e difusores retroalimentam o *status quo*, através da consagração de um gênero de produtos e da imagem do homem cultivado.” (BRACARENSE, Mariana Sousa; GRESTA, Roberta Maia, Os partidos políticos na reforma política brasileira: crise de representatividade e poder simbólico, *in*: **6. Congresso Latinoamericano del Ciencia Política: la investigación política en América Latina**, Quito, Equador: Asociación Latinoamericana de Ciencia Política (ALACIP), 2012.).

<sup>990</sup> BOURDIEU, Pierre, **La distinción: criterios y bases sociales del gusto**, Barcelona: Taurus, 2012. O caráter social da formação do *gosto*, sua transformação em capital cultural através da educação formal (que impõe um *gosto* como refinado e sofisticado, desprezando as construções diversas) e sua finalidade de reafirmação das diferenças sociais são elementos essenciais à sociologia de Bourdieu: “La negación de lo más bajo, poco fino, vulgar, venal, servil en un mundo, goce-natural, que constituye la esfera sagrada de la cultura, implica una afirmación de la superioridad de aquellos quienes pueden ser satisfechos con los placeres sublimados, refinados, desinteresados, gratuitos, distinguidos, por siempre cercados al profano. Ello se debe a que el arte y el consumo cultural están predispuestos, consciente y deliberadamente, o no, para cumplir una función social de legitimación de las diferencias sociales.”



Como bem simbólico e cultural, o *eleitorado ideal* se consolida como ícone: quem ousaria dizer, em alto e bom som, que tal nível de virtude nunca esteve verdadeiramente presente entre seres humanos ou, ainda, que não é preciso almejar, como sociedade, um padrão moral de excelência? A intangibilidade da experiência passada e do futuro projetado sempre propiciaram que a exclusão política parecesse uma medida necessária para preservar a democracia. Ao longo da história, o *eleitorado ideal* justificará a visão tutelar do eleitorado real, o qual deve ser formado e orientado tendo em vista o cumprimento de um papel virtuoso.

Conforme sintetiza María Antonia Peña:

Uma das grandes controvérsias que esta abordagem [da legitimidade do poder] apresentou foi tornar compatível a prática eleitoral e tudo o que esta comportava com o objetivo inalienável de assegurar a seleção dos representantes políticos mais adequados. É por isso que, embora a defesa do sistema eleitoral tivesse surgido associada à demanda por direitos individuais, soberania nacional e igualdade civil de todos os cidadãos, os primeiros governos representativos não hesitaram em se alicerçarem sobre a distinção entre direitos naturais e direitos políticos e sobre uma distribuição desigual e restritiva destes últimos que resultou em diferentes formas de sufrágio restrito ou indireto. Em outras palavras, sob o pretexto de obter bons representantes políticos, se passou a restringir e coarctar de várias maneiras a possibilidade de neles votar. Ou, para dizer sem rodeios, que, para que o povo soberano fosse adequadamente representado, considerou-se apropriado excluí-lo da representação.<sup>991</sup>

Na mesma linha, Stefano Bartolini observa que, embora os direitos políticos tenham sido o elemento que concedeu ao movimento por direitos civis um fator de mobilização decisivo, “o direito ao voto não deve ser visto como um desenvolvimento linear dos [...] direitos civis”, já que “até a segunda metade do século XIX, houve casos em que os direitos de voto não estavam acompanhados de direitos de associação e expressão firmemente estabelecidos, bem como o contrário.”<sup>992</sup> Por sua vez, Kirk Harold Porter, deixando claro o papel das teorias

---

<sup>991</sup> PEÑA, La genealogía intelectual., p. 46-47. Tradução do original em espanhol: “Una de las grandes controversias que este planteamiento presentaba era la de hacer compatible la práctica electoral y todo lo que comportaba con el objetivo irrenunciable de asegurar la selección de los representantes políticos más idóneos. Por eso, aunque la defensa del sistema electoral había surgido asociada a la reivindicación de los derechos individuales, de la soberanía nacional y de la igualdad civil de todos los ciudadanos, los primeros gobiernos representativos no vacilaron en hacer descansar sus cimientos sobre la distinción entre derechos naturales y derechos políticos y sobre un reparto desigual y limitativo de estos últimos que se tradujo en distintas formas de sufragio restringido o indirecto. Es decir que, con el pretexto de conseguir buenos representantes políticos, se procedió a restringir y coartar de distinto modo la posibilidad de votarlos. O, dicho sin rodeos, que, para que el pueblo soberano pudiera ser adecuadamente representado, se consideró oportuno excluirlo de la representación.”

<sup>992</sup> BARTOLINI, Franchise expansion, p. 117.

ideologizadas em paradigmas constitucionais não democráticos, estatui que “a filosofia do sufrágio sempre foi mais ou menos oportunista”, pois “qualificações para o sufrágio são determinadas por considerações decididamente materialistas, e depois uma teoria é desenvolvida para se amoldar à situação”<sup>993</sup>.

O *eleitorado ideal* pode ser ressignificado, ao pretexto de aperfeiçoar o *sistema*, por novas regras de *disenfranchisement*. O manuseio de sentidos por uma elite (eruditos), porque não estabilizados em nível teórico, ignora a premissa da fundamentalidade dos direitos políticos. A definição quanto a determinadas pessoas ou grupos reunirem ou não atributos para serem eleitores oculta a permanente preocupação de que uma extensão indevida do sufrágio ativo a pessoas inaptas possa redundar em um desastre eleitoral. Igualmente, cada vez que determinado resultado eleitoral destoava da expectativa dos eruditos, abre-se ensejo para discursos de restrição ao sufrágio ativo, com apontamento de falhas no modo de escolha de pessoas alegadamente desfavorecidas moral, econômica e intelectualmente.

A blindagem fornecida pelo ícone do *eleitorado ideal* e seu manuseio pelas elites culturais permite a persistência e ocultação de exclusões significativas perpetradas sob a alegada vigência do *sufrágio universal*.

### 3.2.3.3. Os sentidos ocultos do “universal” no percurso histórico de expansão do sufrágio: raça<sup>994</sup>, gênero, estrangeiridade e, ainda, classe

Ao destacar a existência de sentidos ocultos no termo *universal*, objetiva-se compreender que, no percurso histórico da expansão do sufrágio, o termo desempenhou mais

<sup>993</sup> PORTER, Kirk Harold, **A history of suffrage in the United States**, 1. ed. Chicago: The University of Chicago Press, 1918, p. 4–5. Tradução do original em inglês extraída do trecho: “The philosophy of suffrage has always been more or less opportunistic, if the word is permissible. Suffrage qualifications are determined for decidedly materialistic considerations, and then a theory is evolved to suit the situation. [...] theory did not come to be the preliminary determining factor until complete peace and order prevailed, and even then theory was not uncolored by materialistic considerations. Suffrage limitations were bound to adapt themselves to social and economic conditions.”

<sup>994</sup> Sobre a utilização do termo *raça* para identificar não qualquer aspecto biológico, mas a existência de construção social discriminatória: “Além da essencialização somático-biológica, o estudo sobre o racismo hoje deve integrar outros tipos de essencialização, em especial a essencialização histórico-cultural. Embora a *raça* não exista biologicamente, isto é insuficiente para fazer desaparecer as categorias mentais que a sustentam. O difícil é aniquilar as *raças* fictícias que rondam em nossas representações e imaginários coletivos. Enquanto o racismo clássico se alimenta na noção de *raça*, o racismo novo se alimenta na noção de *etnia* definida como um grupo.” (MUNANGA, Kabengele, *Uma abordagem conceitual das noções de raça, racismo, identidade e etnia* (Palestra), **III Seminário Nacional Relações Raciais e Educação (PENESB-RJ)**, 2003.)

uma função de invisibilização da exclusão do que propriamente um compromisso inelutável com a inclusão ampla. Somente uma vez percebida essa característica, é possível propor uma reconstrução teórica da expressão *sufrágio universal*, balizada pela compreensão de processo eleitoral adotada na pesquisa.

Em aprofundada análise de dados sobre as eleições em toda Europa desde a formação dos Estados respectivos, Dieter Nohlen observa que “ao equiparar eleições democráticas com eleições realizadas sob o sufrágio universal, deve ser considerado como o conceito de sufrágio universal mudou ao longo do tempo”, pois “durante o século XIX e em alguns países durante a primeira metade do século 20, o conceito significava apenas o direito de os homens votarem”<sup>995</sup>. Considera o autor que, contemporaneamente, “o princípio da universalidade significa que o direito ao sufrágio é concedido a todos os cidadãos que atendam a certos requisitos indispensáveis (idade, residência e saúde mental), independentemente do sexo, raça, idioma, renda, propriedade, profissão, status, classe, educação, confissão ou opinião política”<sup>996</sup>.

Diante desse conceito, não há como recusar a constatação de que seguem existindo causas de exclusão que, no atual momento, são tidas por inquestionáveis, como foram outras em seu momento histórico. A referência aqui não é somente à idade, residência e saúde mental, que são assinaladas no conceito – ou seja, menores, não residentes e pessoas declaradas mentalmente incapazes foram ao menos *lembrados* como excluídos – mas a outras exclusões tão recorrentes que parecem nem ter sido cogitadas como tal: estrangeiros e condenados pela prática de crime. Ademais, no âmbito das Américas, o entendimento firmado na CIDH suplanta o conceito apresentado pelo autor europeu, já que também é tida como admissível a exclusão do sufrágio por grau de instrução<sup>997</sup>.

Contudo, em pesquisa científica de caráter crítico-problematizante, cabe não recuar arguir o senso comum que nos informa ser *natural* a interdição do sufrágio a determinados grupos. É um esforço que faz, por exemplo, López-Guerra, ao apresentar sua crítica ao que

---

<sup>995</sup> NOHLEN; STÖVER, *Elections in Europe.*, p. 9-10. Tradução do original em inglês: “by equating democratic elections with elections held under universal suffrage, it must be considered how the concept of universal suffrage has changed over time. During the 19th century and in some countries during the first half of the 20th century, the concept only meant the right for men to vote.”

<sup>996</sup> *Ibid.*, p. 10. Tradução do original em inglês: “the principle of universality means that suffrage is granted to all citizens who meet certain indispensable requirements (age, habitation, sound mind), irrespective of gender, race, language, income, property, profession, status, class, education, confession or political opinion.”

<sup>997</sup> Segundo a CIDH, art. 23, 2, “A lei pode regular o exercício dos direitos e oportunidades a que se refere o inciso anterior, exclusivamente por motivos de idade, nacionalidade, residência, idioma, instrução, capacidade civil ou mental, ou condenação, por juiz competente, em processo penal”.

denomina *doutrina convencional do sufrágio*. O autor argumenta que a existência de um endosso amplo nas Constituições a certas causas de exclusão – sanidade mental, idade, nacionalidade e condenação criminal – não as torna epistemicamente justificadas<sup>998</sup>.

É possível, então, assumir que a dimensão *dada por natural do sufrágio universal* constitui um primeiro nível de *disenfranchisement*. Se, como já exposto, a democracia liberal encampou o princípio do consentimento como fundamento de legitimidade, a prática logo demonstrou um viés restritivo, ancorado na lógica de que era preciso um certo perfil de eleitor se o que se pretendia era escolher os *melhores* representantes. E, já não sendo possível retroceder a um discurso que negasse a premissa da igualdade política, algumas barreiras, longe de cederem ante a ideia de *universalização* do sufrágio, dela se valeram para se consolidarem.

Conceitualmente, o sufrágio universal se opõe ao *sufrágio restrito* porque “supõe que a capacidade jurídica não depende nem de dinheiro (sufrágio censitário) nem de cultura (sufrágio capacitário)”<sup>999</sup>. Essa formatação tradicional dos conceitos indica duas grandes vias de exclusão política que estiveram presentes desde a ascensão burguesa ao poder, com apoio de uma massa popular que não se viu prestigiada com o direito de participar das decisões políticas. O surgimento da cidadania já se fez em “classes”, relegando parte da população a uma cidadania meramente passiva, de segunda classe.

A inclusão política, mantida como bandeira, era agitada por não-proprietários e iletrados. O cerne dos protestos era a manutenção do sufrágio como privilégio de proprietários e aristocratas, o que colidia com o ideário que levava à derrocada do absolutismo. A reivindicação pelo sufrágio universal não cogitava da extensão do voto a mulheres e tampouco era aberta a discutir nuances como nacionalidade ou raça. O *universal* traduzia a exigência de homens brancos livres para participar das decisões políticas de seu país, a despeito de não integrarem as classes mais abastadas. Tratava-se, portanto, do discurso de homens que se consideravam intitulados a ocupar uma posição política privilegiada – uma luta por ingresso em um grupo exclusivo; não uma luta pelo fim da exclusão.

Ao analisar a expansão do sufrágio entre 1830 e 1975 em alguns países europeus, Stefano Bartolini apresenta dados que corroboram essas afirmações. O autor adota três indicadores desse movimento – momento da expansão (precoce x tardio); decurso no tempo (repentino x gradual); reversões significativas (contínuo x reversível) – e apresenta em gráfico

---

<sup>998</sup> LÓPEZ-GUERRA, **Democracy and disenfranchisement: the morality of electoral exclusions**. Os argumentos do autor serão oportunamente apresentados, quando abordadas as exclusões referidas.

<sup>999</sup> GARCÍA SORIANO, María Vicenta., **Elementos de derecho electoral**, Valência: Tirant lo Blanch, 2010., p. 43.

os resultados relacionados ao primeiro dos indicadores. O parâmetro utilizado é a população total (homens e mulheres) acima de 20 anos. Seu recorte incide sobre disposições legais, destinando-se a apurar o percentual de pessoas legalmente admitidas a votar. O resultado obtido é denominado *enfranchise electorate*<sup>1000</sup>, algo como um “eleitorado potencial” – pois não toma o efetivo comparecimento às urnas, mas, sim, o de pessoas que a princípio<sup>1001</sup> poderiam votar.

Ao percorrer os dados da tabela, fica claro o contraste entre a utilização do termo *sufrágio universal* pelas constituições do século XIX e, mesmo XX, e o percentual da população que formalmente era considerada componente desse *universo*. A derrubada de barreiras censitárias expressas ainda assim manteve a maior parte da população alijada do direito ao sufrágio. Dentre os grupos mais claramente discriminados, estão as mulheres.

A expressão *sufrágio universal masculino*<sup>1002</sup> dá a dimensão do paradoxo, desafiando a mais simples aferição numérica. Quando na França eclode a *Primavera dos Povos* (1948) derruba-se o voto censitário, que contemplava 1,1% da população. Mas, mantido o sufrágio restrito aos homens, a emancipação política alcançou o total de 36,3%, chegando a 43,4% em 1949. Esse percentual, com pequenas variações (em geral para baixo), atravessa mais de um século. É somente em 1945 que a parcela da população admitida como eleitora salta para 88,3%.

O alargamento significativo corresponde ao momento em que o sufrágio foi estendido às mulheres. O mesmo impacto será sentido em todos os países, à exceção da Finlândia<sup>1003</sup>,

---

<sup>1000</sup> BARTOLINI, Franchise expansion., p.118. Sobre o parâmetro adotado, diz o autor: “I have adopted the definition of enfranchise electorate used by Peter Flora (in *State, Economy [and Society] in Western Europe*, 1983): those people who are legally eligible to vote as a percentage of the total population (male and female) age twenty and older. In this way we have a cross-country and cross-era reference point to evaluate the size of the enfranchised portion of the population.”

<sup>1001</sup> Bartolini não informa se o quadro elaborado leva em conta medidas de *disenfranchisement* de incidência secundária, ou seja, que possam afetar o número originário de pessoas incluídas na norma de atribuição do direito ao voto. Como o termo escolhido pelo autor é *Enfranchised Electorate*, supõe-se que considere apenas as normas de caráter emancipatório, isto é, pelas quais grupos populacionais até então diretamente excluídos (*disfranchised*) da titularidade do sufrágio passam a tê-la (*enfranchised*).

<sup>1002</sup> BARTOLINI, Franchise expansion, p. 119.

<sup>1003</sup> Finlândia é o único país onde o sufrágio foi estendido às mulheres ao mesmo tempo em que se abandonava critérios censitários, já em 1907, o que projetou o eleitorado de 9% em 1904 para 76,2%. A restrição significativa mantida foi apenas a idade de 24 anos, que subsistiu até 1944, quando foi progressivamente reduzida para 21 (1944), 20 (1969) e 18 anos (1972), o que elevou o eleitorado potencial calculado por Bartolini para impressionantes 99,8% já na década de 1970 (BARTOLINI, Franchise expansion., p. 121- 125 *passim*; ANCKAR, Dag; ANCKAR, Carsten, Finland, *in*: NOHLEN, Dieter; STÖVER, Philip (Orgs.), **Elections in Europe: a data handbook**, Baden-Baden: Nomos, 2010, p. 593–638.). A emancipação política precoce e igualitária ocorrida na Finlândia, que coincide com o momento em que esta deixa de ser um Grão-Ducado russo, decorreu de uma reforma política profunda: “This reform implied a radical change in the form of popular representation, as one of the most old-fashioned representation systems in Europe was replaced by a unicameral parliament elected on the basis of universal and equal suffrage. There was hesitation in some political quarters about the

tornando-se os números mais dramáticos quanto mais avance no século XX a interdição do voto a enormes contingentes humanos simplesmente em função de gênero: no Reino Unido, passa-se de 28,7% (1910) para 74,8% com o *Representation of the People Act* (1918)<sup>1004</sup>; na Alemanha, de 38,7 (1912) para 97,9% (1919); na Suíça, de 38,2% (1967) para 80,8% (1971)<sup>1005</sup>.

O caso suíço bem ilustra a compreensão de cidadania como *status*, própria à teoria de Jellinek, que coloca o sufrágio como concessão.

Ao longo da história do país, esteve a cargo de um eleitorado exclusivamente masculino decidir, por meio de referendo, se outorgaria às mulheres o direito ao voto. Uma tentativa frustrou-se em 1959<sup>1006</sup> e, pouco depois, em 1963, o país ingressa no Conselho da Europa com o constrangimento de não assinar a Convenção Europeia dos Direitos Humanos, que contém cláusula de não discriminação de direitos por sexo<sup>1007</sup>. É somente em 1971, com comparecimento de 1.654.708 homens suíços às urnas (57,7% do eleitorado), que se obtém, por *maioria nacional* de 65,7% e *maioria federal* de 14 e 3/2, a aprovação da emenda constitucional que estende o direito ao voto às mulheres<sup>1008</sup>.

---

sweepingness of the reform, but the Socialists, who became fully conscious of their strength as political force during the 1905 General Strike in Finland, would not settle for less, and the other parties gave in to these demands.” (*Ibid.*, p. 593.).

<sup>1004</sup> Deve-se observar que foram incluídas mulheres a partir de 30 anos, enquanto homens podiam votar desde a maioridade, aos 21 anos. (Cf. UNITED KINGDOM, *Representation of the People Act* (1918). Part. I, n. 1.1 e 4.1.).

<sup>1005</sup> BARTOLINI, *Franchise expansion*, p. 120–123 *passim*.

<sup>1006</sup> Sobre o episódio, artigo de 1961 aponta: “El principio según el cual en un Estado democrático todos los ciudadanos deben poder concurrir con su voto a la formación de las leyes, eligiendo a los órganos legislativos, se acepta hoy generalmente como postulado fundamental. Pero, aun aceptado el principio, quedan ciertas dificultades en su aplicación. [...] es digno de atención el hecho de que, por ejemplo, en Suiza las mujeres no tengan en la actualidad el derecho de voto, si bien nadie duda de que Suiza sea un Estado democrático, o hasta se la considera generalmente como un modelo de democracia. En un reciente *referéndum*, el electorado masculino ha rechazado un proyecto de ley gubernativo, destinado a emendar la Constitución confederal en el sentido de conceder a las mujeres el derecho de voto, como también la elegibilidad [sic] para cargos confederales. Sólo en tres Cantones [...] la mayoría fue favorable al mencionado proyecto. La deliberación (es casi superfluo decirlo) se basó en la consideración de la mayor aptitud de los hombres para la vida política, lo mismo que para la defensa de la patria; mientras a la mujer – se declaró – ‘corresponde tutelar la santidad del hogar doméstico’.” (DEL VECCHIO, Giorgio, *Sufragio universal y capacidad política*, **Revista de estudios políticos**, n. 117–118, p. 163–170, 1961., p. 163.).

<sup>1007</sup> "Art. 14. Proibição de discriminação. O gozo dos direitos e liberdades reconhecidos na presente Convenção deve ser assegurado sem quaisquer distinções, tais como as fundadas no sexo, raça, cor, língua, religião, opiniões políticas ou outras, a origem nacional ou social, a pertença a uma minoria nacional, a riqueza, o nascimento ou qualquer outra situação.” (CONSELHO DA EUROPA, *Convenção europeia dos direitos humanos* (1950).).

<sup>1008</sup> Na Suíça, desde 1948, todas as emendas constitucionais são submetidas a referendo obrigatório, sendo este o caso da extensão do sufrágio às mulheres. A aprovação da emenda depende de maioria formada em 2 níveis: no nacional, computa-se a *maioria democrática*, contando-se os votos por cabeça;

Assim, longe de ser tratado como direito fundamental, o sufrágio feminino via-se debatido sob a conveniência ou não de se *ativar* a cidadania das mulheres – transportá-las do *status civitatis* para o *status activae civitatis* – a partir da perspectiva de um corpo de cidadãos privilegiados. É emblemático, nesse sentido, que, por décadas, a propaganda, tanto a favor quanto contra a o voto feminino, tenha se valido de *significados* (capital simbólico) de caráter sexista: pelo *não*, em 1946, a imagem mórbida de uma mosca negra pousada sobre uma chupeta vermelha de bebê; pelo *sim*, em 1959, um homem sorridente, com a bochecha marcada por batom vermelho, deposita confiante seu voto na urna<sup>1009</sup>.

Embora, pela magnitude da população atingida, a exclusão das mulheres demonstre com mais vigor a seletividade mascarada no *sufrágio universal*, não era aquela a única. Na virada para o século XX, Itália e Suécia adotavam regras secundárias, aplicáveis a homens de uma faixa etária mais jovem (pagamento de taxa, prestação de serviço militar, ter completado a escola primária ou exercer função pública) que eram dispensadas para homens mais velhos<sup>1010</sup>.

Tais regimes são considerados por Bartolini como de *sufrágio masculino quase universal* e, ao menos no caso italiano, originavam-se de uma legislação antissocialista<sup>1011</sup>. Nesse contexto, o nível educacional começa a se destacar como fator de seleção de eleitores, sendo o germe dos testes de alfabetização. Aparentemente neutro, o critério vem defendido em favor da qualidade do eleitorado, mas seguiu permitindo um recorte social, já que as classes abastadas são também as que tinham acesso à educação formal.

Certa aversão das classes dominantes à popularização do espaço político se manteve, e mesmo se mantém, como forte componente de opiniões refratárias à igualdade projetada na ideia sufrágio universal, chegando a atribuir-lhe a pecha de *injusto*. É o que se extrai do raciocínio de Giorgio Del Vecchio (1961), crítico à reforma eleitoral italiana de 1947 por haver esta abandonado os critérios de seleção capacitária vigentes desde 1912:

---

no federal, a posição da maioria dos votantes em cada Cantão é computada como um voto, sendo apurada a *maioria federal* dentre os 22 Cantões. (LINDER, Wolf *et al*, Switzerland, *in*: NOHLEN, Dieter; STÖVER, Philip (Orgs.), **Elections in Europe: a data handbook**, Baden-Baden: Nomos, 2010, p. 1879–1966., p. 1882). O sistema do referendo constitucional contabiliza a votação de “meio-Cantão” como 1/2. (*Ibid.*, p. 1891) o que explica que, no referendo de fevereiro de 1971, o resultado federal tenha sido proclamado como 14 e 3/2 Cantões pelo sim e 5 e 3/2 Cantões pelo não. (*Ibid.*, p. 1920.).

<sup>1009</sup> BONDOLFI, Sibila, Mulheres na Suíça lutaram muito tempo pelo direito de voto, **Swissinfo.ch**, 2017. Disponível em: <[https://www.swissinfo.ch/por/sociedade/dia-internacional-da-mulher\\_mulheres-na-su%C3%AD%A7a-lutaram-muito-tempo-pelo-direito-de-voto/42993224](https://www.swissinfo.ch/por/sociedade/dia-internacional-da-mulher_mulheres-na-su%C3%AD%A7a-lutaram-muito-tempo-pelo-direito-de-voto/42993224)> Acesso em: 18 fev. 2018.

<sup>1010</sup> BARTOLINI, Franchise expansion., p. 125.

<sup>1011</sup> *Ibid.*, *loc. cit.*

Que o voto de indivíduos ignorantes e analfabetos tenha exatamente o mesmo valor que o mais sábio, não parece justo ou útil; e a tal equiparação se atribui, entre outras coisas, o fato de não poucos homens de cultura e estudo absterem-se de participar da vida política e até mesmo da votação. Dado que o número de indoutos ou semi-doutos, que constituem a chamada massa eleitoral, é amplamente maior do que a de doutos, a consequência prática é que aos primeiros, e não aos segundos, é confiado o destino da nação.<sup>1012</sup>

No olhar de Del Vecchio, a ampliação do *sufrágio universal* para atender “um princípio igualitário, justo em abstrato” redundava na perda de “um corpo eleitoral qualificado”, já que, aplicado aquele princípio “de maneira mecânica, [que] produziu uma nivelção irracional, é dizer, um total desconhecimento das diferenças de capacidade entre as diversas pessoas”, os “homens mais capazes terminam [...] submergidos” em uma “massa indiferenciada”.<sup>1013</sup> Como via de correção, o autor propõe que se adotem, mesmo no âmbito do sufrágio universal, atribuição de maior peso ao voto dos que tenham determinada idade ou “preparo intelectual, sem excluir aos demais do eleitorado”. Convicto quanto a ser tal distinção fundada em razões impessoais destinadas apenas a aprimorar o sistema político, afirma que “não haveria resto algum de antigos privilégios, já que se trataria de critérios puramente objetivos e de caráter geral.”<sup>1014</sup>

Nos Estados Unidos, o conceito de *sufrágio universal* cedo mostrou sua pouca propensão à emancipação política de populações não privilegiadas. A ausência de linearidade

---

<sup>1012</sup> DEL VECCHIO, *Sufragio universal y capacidad política.*, p. 163. Tradução do original em espanhol: “Que el voto de individuos ignorantes y analfabetos tenga exactamente el mismo valor que el de los más sabios, no parece justo ni útil; y a tal equiparación se atribuye, entre otras cosas, el hecho de que no pocos hombres de cultura y de estudio se abstengan de participar en la vida política e incluso en las votaciones. Dado que el número de los indoctos o semi-doctos, que constituyen la llamada masa electoral, es en gran medida mayor que el de los doctos, la consecuencia práctica es que a los primeros, y no a los segundos, está confiada la suerte de la nación.”

<sup>1013</sup> *Ibid.*, p. 166. Tradução do original em espanhol extraída do trecho: “En vez de a un cuerpo electoral cualificado, la elección de los representantes de la nación y, por lo tanto, en última instancia, la suerte de la misma, se confiaron a una masa que comprendía, además de las mujeres, los analfabetos, en la cual enorme masa indiferenciada los hombres más capaces a causa de su mayor experiencia y cultura quedaron, por decirlo así, sumergidos. Un principio igualitario, justo en abstracto, pero aplicado de una manera mecánica, produjo una nivelación irracional, es decir, un total desconocimiento de las diferencias de capacidad entre las diversas personas.” Deve-se pontuar que, apesar da menção às mulheres na passagem, o autor parece, em outros trechos, algo conformado com o sufrágio feminino. Linhas acima, ao se referir à legislação eleitoral de 1895, afirma Del Vecchio que “en aquel tiempo las mujeres estaban aún excluidas del electorado, y esto no por una dignidad, menor, sino porque la actividad de la mujer se desarrollaba esencialmente en la familia.” (*Ibid.*, *loc. cit.*).

<sup>1014</sup> DEL VECCHIO, *Sufragio universal y capacidad política.*, p. 167. Tradução do original em espanhol: “[...] nada impediría que se tuvieran en cuenta, con amplitud de criterio, los diversos grados de madurez y cultura, atribuyendo mayor peso al voto de quienes hubieren alcanzado una determinada edad o preparación intelectual, sin. excluir a los demás del electorado. En lo cual no quedaría resto algunos de antiguos privilegios, ya que se trataría de criterios puramente objetivos y de carácter general.”



do movimento de universalização do direito ao voto é característica desse país, que bem ilustra a afirmação no sentido de que “a história da expansão do sufrágio é a história da redução progressiva dessas barreiras e limiares de qualificação, frequentemente caracterizada por importantes “reveses”, isto é, pelo *disenfranchisement* de pessoas anteriormente emancipadas.<sup>1015</sup> Avultam, no caso estadunidense, os “reveses significativos” relacionados ao terceiro indicador apontado por Bartolini, merecendo destaque o enfoque racial das estratégias restritivas.

O detalhado estudo de Kirk Porter (1918) sobre o tema principia pela constatação de que, após a independência das Treze Colônias (1776), o novo governo nacional não se mostrou disposto a interferir nas regras sobre o sufrágio, já estabelecidas conforme padrões coloniais<sup>1016</sup>. O autor aponta que o mote *no taxation without representation*, que impelira a revolta contra a Coroa Britânica, recebeu peculiar inversão para justificar o sufrágio censitário: *no representation without taxation*<sup>1017</sup>. Estando a cargo dos estados a estipulação das regras sobre qualificação eleitoral, a condição de proprietário foi exigida no país até o ano de 1856, quando revogada a exigência na Carolina do Norte e perduraram ainda critérios relativos à capacidade tributária – se não a condição de contribuinte, ao menos um pagamento de taxa para a inscrição eleitoral<sup>1018</sup>. Fato é que, quase um século após a formação do país, a despeito dos ideais de justiça política que o haviam fundado, mantinha-se uma visão do sufrágio muito próxima da ideia do voto nas colônias “como acionista em uma empresa”: a propriedade imóvel era vista como equivalente à carteira de ações que intitulava alguém (do sexo masculino) a votar<sup>1019</sup>.

---

<sup>1015</sup> BARTOLINI, Franchise expansion., p. 118. Tradução do original em inglês: “The history of franchise expansion is the history of the progressive lowering of these qualification barriers and thresholds, frequently characterized by important 'reversals', that is, by the disenfranchisement of previously enfranchised people.”

<sup>1016</sup> PORTER, **A history of suffrage in the United States.**, p. 1

<sup>1017</sup> *Ibid.*, p. 70.

<sup>1018</sup> *Ibid.*, p. 110-111. Informações sobre a duração de requisitos ligados à condição de proprietário e contribuinte nas antigas treze colônias e nos quatro estados que tinham tais requisitos ao ingressar na União constam de quadro na primeira página indicada. Embora o quadro traga como última data registrada o ano de 1863 (abolição da escravidão), em que Massachusetts suprimiu a cobrança de taxa eleitoral, o autor explica, na sequência, que Delaware a aboliu em 1897 e que Pensilvânia e Rhode Island ainda a mantinham quando o livro foi escrito, embora os valores sejam apenas simbólicos desde 1860, não mais guardando similaridade com a exigência da condição de contribuinte. Os últimos estados a abolir o voto censitário foram, em ordem cronológica: Tennessee (1834), Rhode Island (1842), Nova Jersey (1844), Virgínia (1850) e Carolina do Norte (1856).

<sup>1019</sup> *Ibid.*, p. 2-3. Nas palavras de Porter: “In the very earliest times the right to vote in a province or colony was claimed in very much the same way that one would claim a right to vote as a stockholder in a corporation. The early colonies were of the nature of business corporations, and the analogy of voting right is not surprising. Hence the landed-property qualification was the one outstanding and universal requirement throughout the colonies, for real property was considered to be a block of stock, as it were,

Porter explica que, mesmo após a adoção do sufrágio dito universal, a remoção das barreiras mais visíveis não traduziu um projeto de ampliação indistinta daquele direito. Os alvos principais da preocupação dos nativos americanos eram os irlandeses, que imigraram fortemente entre 1846 e 1848 e eram vistos como arruaceiros e ignorantes, e os negros, transformados em homens livres, mas longe de receberem tratamento como iguais<sup>1020</sup>.

Inicialmente, as restrições a ambos os grupos eram postas em aberto, prevalecendo as regras que vetavam por completo a concessão do direito<sup>1021</sup>, embora tenha havido também estados que criaram estatutos específicos para a admissão de negros às urnas<sup>1022</sup>. Porém, não tardaram a surgir debates que escamoteavam a intenção de impor restrições aos grupos vistos como indesejáveis. É o caso dos nativos de Nova Iorque que, refratários à presença irlandesa em seu território e impotentes ante a naturalização de vários imigrantes em conformidade com leis federais, colocaram em pauta a exclusão de analfabetos, já que grande parte dos irlandeses naturalizados estaria nessa situação.

Não obstante ter sido essa proposta rejeitada ante o receio de atingir outros nativos americanos<sup>1023</sup>, ela ilustra o contorno peculiar que o *disenfranchisement* começava a ganhar sob a égide do sufrágio *universal*. Bartolini assinala o período entre 1840 e 1880 como de intensificação dessas medidas, em especial dirigidas contra os negros, após a 15ª Emenda haver proibido a adoção de critérios raciais para restringir o sufrágio: “o princípio constitucional foi contornado pela legislação estatal, que reintroduziu os velhos requisitos de votação e inventou novos não baseados em raça, mas que visavam afetar negativamente os afro-americanos”<sup>1024</sup>.

Ponto crucial para o êxito da discriminação política, ressaltado por Bartolini, é o fato de que nos Estados Unidos, diferentemente da Europa, “a exigência de um ato de registro do eleitor permitia que uma variedade de barreiras administrativas permanecesse vigentes depois que as

---

in the corporation and entitled the holder to a vote. [...] the underlying idea was that a man’s property entitled him to vote – not his character, his nationality, beliefs, or residence, but his property.”

<sup>1020</sup> *Ibid.*, p. 119.

<sup>1021</sup> *Ibid.*, p. 77-134, *passim*. Curiosa exceção, Wisconsin franqueava o voto aos estrangeiros que lá residissem. Porter (p. 121) considera “anômala” a situação, já que por essa via os estrangeiros, “mesmo se inimigos” poderiam votar para Presidente do Estados Unidos, embora reconheça a constitucionalidade da previsão, já que a Constituição Americana outorga às legislaturas estaduais poderes para definir os critérios de seleção de seus eleitores para as eleições presidenciais.

<sup>1022</sup> *Ibid.*, p. 117. Nova Iorque manteve até 1874 a exigência de que, para votar, negros residissem no estado por pelo menos três anos, tivessem US\$250,00 e pagassem taxas.

<sup>1023</sup> *Ibid.*, p. 117.

<sup>1024</sup> BARTOLINI, Franchise expansion., p. 124. Tradução do original em inglês: “the constitutional principle was circumvented by state legislation that reintroduced old voting requirements and invented new ones not based on race but meant to adversely affect African Americans.”

restrições legais ao direito ao voto foram removidas”. A rigor, essas barreiras se dirigiam não ao sufrágio propriamente dito, e, sim, à participação nas eleições, mas, muitas vezes, “eram tão altas, sistemáticas e deliberadamente direcionadas a certos grupos sociais que podem ser consideradas como resultando real *disenfranchisement*.”<sup>1025</sup>

A aptidão de procedimentos de habilitação de eleitores para produzir *disenfranchisement*, direcionado ou não, em contextos nos quais constitucionalmente assegurado o *sufrágio universal* é um aspecto relevante. Desde que se entrega a um órgão oficial a tarefa de organizar algum tipo de cadastro de eleitores, surge a possibilidade de que novas barreiras, colidentes com a dimensão ampla em que é formalmente reconhecido o direito ao sufrágio, se imponham perante os titulares do direito e o exercício deste.

Esse problema é identificado por Bartolini, quando observa que, não obstante a emancipação política formal dos negros nos Estados Unidos remontar ao final da Guerra Civil, foi somente após o *Voting Rights Act* (1965) que se verificou, nos onze estados que formavam a Confederação vencida na guerra, um aumento significativo no número dos registros daqueles como eleitores:

[...] afro-americanos tinham sido admitidos formalmente para votar por um século, mas a falta de registro daqueles como eleitores não resultava de sua ausência de interesse em fazê-lo, mas de regulamentos estaduais e até de assédio administrativo. Na verdade, é difícil avaliar se os saltos históricos no registro de eleitores afro-americanos devem ser considerados como aumentos na participação eleitoral ou como de facto, se não de jure, o alargamento do direito ao voto.<sup>1026</sup>

A discriminação racial, contudo, esteve longe de ser posta fora do cenário político estadunidense. Um dos pontos mais emblemáticos dessa questão foi o julgamento pela Suprema Corte dos Estados Unidos, do caso *Shelby County v. Holder*, em 2013<sup>1027</sup>, em que se arguiu a inconstitucionalidade das seções 4(b) e 5 do *Voting Rights Act*<sup>1028</sup>.

<sup>1025</sup> *Ibid.*, *loc. cit.* Tradução do original em inglês extraída do trecho: “[...] the necessary act of voter registration allowed a variety of administrative barriers to remain in place after legal restriction on the right to vote had been removed. Strictly speaking, these registration barriers concerned not to franchise but electoral turnout. Often, however, these barriers were so high, systematic, and deliberately targeted at certain social groups that they can be regarded as resulting in actual disenfranchisement.”

<sup>1026</sup> *Ibid.*, p. 126. Tradução do original em inglês: “[...] African Americans had been eligible to vote for a century, but their lack of voter registration was a result not of their unwillingness to register but of state regulations and even administrative harassment. It is indeed difficult to judge whether the historical jumps in African Americans voter registration should be judge as increases in electoral participation or as de facto, if not de jure, enlargement of the franchise.”

<sup>1027</sup> SUPREME COURT OF THE UNITED STATES, *Shelby County, Alabama v. Holder*, Attorney General, et. al. (2013).

<sup>1028</sup> UNITED STATES OF AMERICA, *Voting Rights Act* (1965).

As normas questionadas objetivavam, precisamente, reverter o cenário de exclusão das pessoas negras nos estados em que o legado da escravidão deixara marcas mais profundas<sup>1029</sup>. Seu conteúdo era bastante incisivo: estados que haviam tido menos de 50% de comparecimento às urnas nas eleições presidenciais de 1964 tiveram suspensas suas regras que condicionavam o registro de eleitores a teste de alfabetização e, daí em diante, somente poderiam alterar sua legislação eleitoral mediante autorização federal. Esta somente seria dada se fosse demonstrado que a mudança não era direcionada a produzir ou, tampouco, teria por efeito um impacto negativo sobre o direito de voto fundado em raça ou outro *status* minoritário.

O peticionário, um Condado do Alabama, estado atingido pela determinação, argumentava que a previsão feria a 10ª Emenda, que reserva aos estados a competência para legislar sobre direitos não previstos na Constituição Federal, entre eles, o direito ao sufrágio.

O argumento do pleiteante foi acatado por maioria (5-4), ao fundamento de que os ônus impostos pelos dispositivos não eram mais compatíveis com o cenário atual nos distritos eleitorais atingidos. *Justice* Clarence Thomas chegou a afirmar que não havia mais evidências da discriminação patente que, em 1964, motivara a excepcionalidade da norma<sup>1030</sup>. Desse modo, sem as circunstâncias extraordinárias que a haviam motivado, inexistia justificativa constitucional para que o Congresso renovasse a exigência legal.

No voto divergente, *Justice* Ruth Bader Ginsburg enfatizou que foi exatamente por medidas como o *Voting Rights Act* que a 14ª e a 15ª Emendas se tornaram cogentes, mantendo-se a necessidade de permanente vigília sobre abusos potenciais. A juíza comparou o combate ao *disenfranchisement* a lutar contra a *Hidra*, pois a cada medida discriminatória identificada e eliminada, outra brota. Salientou que o que não se admitia era a renovação do ato pelo Congresso de modo automático e sem justificativa, mas que, no caso concreto, evidências foram efetivamente apresentadas<sup>1031</sup>.

---

<sup>1029</sup> Dentre as mais pérfidas dessas marcas, estava a legislação de segregação racial, conhecida como *Jim Crows Laws*, que, sob a falácia *separate but equal*, permitiu não apenas a exclusão política, mas o tratamento social discriminatório contra pessoas negras desde pouco depois do final da Guerra Civil.

<sup>1030</sup> “Today, our Nation has changed. “[T]he conditions that originally justified [§5] no longer characterize voting in the covered jurisdictions.” Ante, at 2. As the Court explains: “[V]oter turnout and registration rates now approach parity. Blatantly discriminatory evasions of federal decrees are rare. And minority candidates hold office at un-precedented levels.’ ”.(SUPREME COURT OF THE UNITED STATES, *Shelby County, Alabama v. Holder, Attorney General, et. al.* (2013). Voto concorrente *Justice* Thomas.).

<sup>1031</sup> “A century after the Fourteenth and Fifteenth Amendments guaranteed citizens the right to vote free of discrimination on the basis of race, the “blight of racial discrimination in voting” continued to “infec[t] the electoral process in parts of our country.” [...] . Early attempts to cope with this vile infection resembled battling the Hydra. Whenever one form of voting discrimination was identified and prohibited, others sprang up in its place. [...] Beyond question, the VRA is no ordinary legislation. It is

Na análise de Timothy Kuhner<sup>1032</sup>, os eventos que se sucederam à declaração de inconstitucionalidade dão razão à divergência vencida. A alteração de leis eleitorais com objetivo ou efeito de *disenfranchisement* – em especial de latinos e negros – ocorreu em 22 estados, que convocaram recadastramento eleitoral exigindo nova documentação, suprimiram ou alteraram locais de votação dificultando o acesso de pessoas mais pobres, eliminaram a previsão de voto antecipado e reduziram horários de votação. Em estudos ainda em andamento, o professor cogita a hipótese de serem tais medidas uma causa significativa da eleição de Donald Trump em 2016.

O *disenfranchisement* aumenta em complexidade à medida que *barreiras de segunda geração*, referidas pela *Justice* Ginsburg em seu voto<sup>1033</sup>, tomam lugar daquelas de primeira geração, cuja constatação era mais simples. Antes, a disputa pelo significado da *universalização* do sufrágio travou-se de modo direto: mulheres e negros – para ficar nos dois contingentes numericamente mais significativos – reivindicavam ser considerados incluídos no termo, enquanto homens brancos rechaçavam essa hipótese. A partir do momento em que grupos abertamente excluídos conquistam o reconhecimento de sua igualdade política formal,

---

extraordinary because Congress embarked on a mission long delayed and of extraordinary importance: to realize the purpose and promise of the Fifteenth Amendment. For a half century, a concerted effort has been made to end racial discrimination in voting. Thanks to the Voting Rights Act, progress once the subject of a dream has been achieved and continues to be made. The record supporting the 2006 reauthorization of the VRA is also extraordinary. It was described by the Chairman of the House Judiciary Committee as “one of the most extensive considerations of any piece of legislation that the United States Congress has dealt with in the 27½ years” he had served in the House. [...] After exhaustive evidence-gathering and deliberative process, Congress reauthorized the VRA, including the coverage provision, with overwhelming bipartisan support. It was the judgment of Congress that “40 years has not been a sufficient amount of time to eliminate the vestiges of discrimination following nearly 100 years of disregard for the dictates of the 15th amendment and to ensure that the right of all citizens to vote is protected as guaranteed by the Constitution.” [...] That determination of the body empowered to enforce the Civil War Amendments “by appropriate legislation” merits this Court’s utmost respect. In my judgment, the Court errs egregiously by overriding Congress’ decision.” ( *Ibid.*, Voto divergente *Justice* Ruth Bader Ginsburg.).

<sup>1032</sup> KUHNER, Timothy, Los Estados Unidos de Trump: ¿Democracia, corrupción, u otra cosa?, In: TRANSJUS (UNIVERSITAT DE BARCELONA), **La financiación de la política: ¿Plutocracia? ¿Kleptocracia? ¿Democracia?** Palestra (anotações), 23 jan. 2018.

<sup>1033</sup> “After considering the full legislative record, Congress made the following findings: The VRA has directly caused significant progress in eliminating first-generation barriers to ballot access, leading to a marked increase in minority voter registration and turnout and the number of minority elected officials. [...] But despite this progress, “second generation barriers constructed to prevent minority voters from fully participating in the electoral process” continued to exist, as well as racially polarized voting in the covered jurisdictions, which increased the political vulnerability of racial and language minorities in those jurisdictions.” (SUPREME COURT OF THE UNITED STATES, *Shelby County, Alabama v. Holder, Attorney General, et. al.* (2013)., *loc. cit.*).

subterfúgios destinados a neutralizar os impactos práticos dessa igualdade começam a ser adotados. Atualmente, destacam-se dois tipos de neutralizadores.

Primeiro, medidas que em um primeiro olhar parecem equacionar aspectos burocráticos da organização das eleições podem mascarar estratégias para dificultar o exercício do voto por grupos vistos como *indesejáveis*. Segundo, o discurso contra a composição viciosa do eleitorado deixa de exibir sua faceta explicitamente discriminatória, passando a se concentrar na defesa de que o direito ao sufrágio deve ser suprimido em decorrência de determinados comportamentos desabonadores, como o cometimento de crimes, deixando fora da discussão o fato de que a efetiva repressão a tais comportamentos seleciona recortes demográficos bastante específicos.

Mais recentemente, os movimentos migratórios têm acentuado o problema da negativa de direitos políticos a estrangeiros, critério prevalecente no cenário mundial.

Em abertura à obra *Nacionalidad, extanjería y derecho de sufragio*, Pablo Santolaya é taxativo:

É evidente, por um lado, que apenas a titularidade dos direitos políticos transforma os estrangeiros em membros plenos da sociedade em que coexistem, e por outro, que se entendermos que na democracia não há separação política entre o Estado e o Povo, esta ruptura ocorre em todos os países beneficiários da imigração, na medida em que negam esses direitos a uma parte significativa e progressivamente maior da nossa sociedade, negamos-lhes o estatuto das pessoas, assumimos a quota de representação que lhes corresponde, contra o princípio de que "a democracia impede a decisão sobre outro" (Presno).<sup>1034</sup>

Conforme salienta o autor, na contramão da tendência expansionista dos direitos fundamentais, as Constituições persistem em manter os direitos políticos em geral e, especialmente, o sufrágio ativo e passivo, como um "patrimônio dos nacionais"<sup>1035</sup>.

A exclusão é respaldada por tratados internacionais em Direitos Humanos. O Convênio Europeu de Direitos Humanos, em seu art. 16, estabelece que a proteção à liberdade de expressão, liberdade de reunião e associação e a proibição de discriminação não podem ser interpretadas como vedação aos países signatários de imporem restrições aos direitos políticos

---

<sup>1034</sup> SANTOLAYA MACHETTI, *Nac. Extranj. y derecho sufragio.*, p. 11-12.

<sup>1035</sup> *Ibid.*, p. 12.

dos estrangeiros<sup>1036</sup>. Nas Américas, o art. 23 da CADH autoriza expressamente que os direitos de votar e ser votado sejam excluídos por critério de nacionalidade<sup>1037</sup>.

Com apoio em Santolaya, pode-se identificar que a extensão do sufrágio, no panorama mundial, encontra limite, preponderantemente, na identificação de um *passado em comum* ou, quando muito, de um *futuro em comum*<sup>1038</sup>: a nacionalidade é a regra primária de atribuição do sufrágio e o pertencimento a uma comunidade internacional como a União Europeia é regra secundária, que não alcança a mesma amplitude. Excepcionalmente, algumas Constituições estendem plenos direitos políticos a estrangeiros, com fundamento em tratados de reciprocidade. Tais tratados, se bem incluem alguns estrangeiros, tornam mais evidente a discriminação em relação a pessoas igualmente residentes. Há, por fim, casos pontuais, no norte da Europa, estendendo o direito aos estrangeiros para votar em eleições municipais<sup>1039</sup>.

Quanto ao primeiro critério – *passado em comum* – deve-se observar que a identificação conceitual entre nacionalidade e cidadania é fruto da tradição liberal. Remonta à construção da *vontade nacional* como expressão política soberana, formulada por Sieyès, a construção de uma identidade política indissociável da condição de nacional. Será esta construção reafirmada na maioria dos países, ao outorgarem direitos políticos a seus *nacionais* ou a seus *cidadãos*, excluídos, em oposição a ambos os conceitos, os estrangeiros. Em configuração mais extrema, a Alemanha compreende seu *povo* como *conjunto de alemães*, a ponto de já haver declarado inconstitucional a extensão do sufrágio a estrangeiros mesmo em eleições municipais<sup>1040</sup>.

López-Guerra erige uma potente objeção à justificativa de que a restrição de direitos políticos a nacionais se faz para fins de preservação da identidade política de um país: “direitos políticos podem ser importantes para proteger a identidade oficial – assumindo, apenas para fins de argumentação, que este é um objetivo legítimo em primeiro lugar – mas são certamente mais importante para proteger as pessoas da opressão”<sup>1041</sup>.

---

<sup>1036</sup> “Artículo 16. Restricciones a la actividad política de los extranjeros: Ninguna de las disposiciones de los artículos 10, 11 y 14 podrá ser interpretada en el sentido de prohibir a las Altas Partes Contratantes imponer restricciones a la actividad política de los extranjeros.” (TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, **Convenio Europeo de Derechos Humanos**, de 4 nov. 1950, Disponível em: [https://www.echr.coe.int/Documents/Convention\\_SPA.pdf](https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_SPA.pdf), Acesso em: 15 fev. 2018.).

<sup>1037</sup> Cf. Seção 1.2.1.

<sup>1038</sup> SANTOLAYA MACHETTI, *Nac. Extranj. y derecho sufragio*, p. 15.

<sup>1039</sup> *Ibid.* Santolaya destaca: Suécia, Dinamarca, Noruega, Países Baixos, Finlândia, Luxemburgo e Bélgica. Os prazos mínimos de residência variam entre 6 meses e 5 anos.

<sup>1040</sup> SANTOLAYA MACHETTI, *Nac. Extranj. y derecho sufragio.*, p. 20.

<sup>1041</sup> LÓPEZ-GUERRA, **Democracy and disenfranchisement: the morality of electoral exclusions.**, p. 89. Tradução do original em inglês extraída do trecho: “The thicker the cultural traits, the more difficult it becomes for individuals (natives and immigrants alike) to obtain recognition as members.

Um dos casos mais peculiares de preocupação com a formação de uma identidade nacional do eleitorado é o de Andorra. Conforme expõe Arthur Mickoleit, o país somente deixou sua condição feudal em 1993, quando ratificou sua primeira Constituição democrática<sup>1042</sup>. Ainda hoje, sua forma de Estado é a de um *condomínio*, “um território sob soberania compartilhada” entre a França e a Diocese de Urgell<sup>1043</sup>. De início, apenas os poucos proprietários de terra (*els caps grossos*) eram admitidos a votar para o *Consell de la Terra*, primeira instituição representativa do país, verificando-se a primeira expansão do sufrágio no país em 1866, quando o direito ao voto foi concedido a todos os chefes de família andorranos, alcançando 300 pessoas (10% da população)<sup>1044</sup>. O sufrágio universal masculino foi implementado em 1933 e em 1971 foi estendido às mulheres, contemplando hoje cidadãos e cidadãs a partir de 18 anos.

Ocorre que o *status* de cidadão decorre de uma conjugação de critérios *ius sanguinis* e *ius solli* que na prática somente conferem cidadania a partir, no mínimo, de uma segunda geração: é preciso ser filho de pessoa nascida e residente em Andorra à época ou de pessoa não nascida em Andorra que lá resida a pelo menos 10 anos antes do nascimento<sup>1045</sup>. O resultado é que os cidadãos andorranos constituem pouco mais um terço da população, chegando a ser superados em número pelos cidadãos espanhóis<sup>1046</sup>.

A formação da União Europeia trouxe, contudo, um novo parâmetro de definição de cidadania, que respalda o segundo critério de atribuição de sufrágio, o *futuro em comum*. Trata-

---

Also, conflicts between citizens and noncitizens become more stringent and pervasive. In these circumstances, disenfranchising those who are not fully identified with the official culture (who need not be a minority) is most problematic. Political rights might be important to protect the official identity – assuming, for the sake of argument, that this is a legitimate goal in the first place – but they surely are more important to protect persons from oppression. Of course, in a homogenous state there would be little to worry about. But homogenous states have only existed in the minds of dangerous people. Borders are porous and unstable, and cultures evolve constantly at a faster rate than most of us think. We owe the worst crimes in history to those who thought it possible to create and maintain societies of clones.”

<sup>1042</sup> MICKOLEIT, Arthur, Andorra, *in*: NOHLEN, Dieter (Org.), **Elections in Europe: a data handbook**, Baden-Baden: Nomos, 2010, p. 149–168.

<sup>1043</sup> *Ibid.*, p. 149. Tradução do original em inglês extraída do trecho: “Although their functions are more of representative nature, the French president and the bishop of the nearby diocese of Urgell remain the heads of state. Andorra thus remain Europe’s last condominium – a territory under joint sovereignty.”

<sup>1044</sup> *Ibid.*, p. 154-155.

<sup>1045</sup> ANDORRA. Loi qualifiée sur la nationalité. Lei s. n., de 17 de maio de 2004. Disponível em: <https://web.archive.org/web/20110531145510/http://www.amb-andorre.ad/nationalite.html>. Acesso em: 2 mar. 2018. Observe-se então que, se o nascimento do filho ocorrer a menos de 10 anos da residência de pais estrangeiros, ainda que a família siga residindo no país, somente a terceira geração dessa família logrará obter cidadania andorrana. Uma vez adquirida a cidadania, a pessoa a transmite aos filhos por critério exclusivamente *ius sanguinis*.

<sup>1046</sup> MICKOLEIT, Andorra., p. 154.



se de uma cidadania supranacional, “logo, não pode ser adquirida de forma independente, é adicional e de nenhum modo substitutiva da cidadania nacional”<sup>1047</sup>. Atento a essa nova configuração, Benito Aláez Corral defende a aptidão includente do conceito de cidadania, para que se promova a emancipação política de estrangeiros nos países de residência sem, contudo, ferir o conceito de nacionalidade, que é excludente<sup>1048</sup>. Para o autor, ambos os conceitos são necessários funcionalmente, não havendo identidade entre eles: enquanto a cidadania se refere à “capacidade de participação do indivíduo como membro de pleno direito da comunidade estatal a que está submetido”, a nacionalidade define “qual é o Povo de um Estado, sobre o qual se aplica a proteção diplomática no direito internacional público”.<sup>1049</sup>

A proposta é criticada por Santolaya, para quem não é possível estabelecer graduações dentro da cidadania – cidadãos nacionais com direitos mais amplos que os cidadãos não nacionais – ou, tampouco, impor às Constituições que estenda direitos políticos nos casos específicos, como o da Constituição Espanhola ao se referir aos “espanhóis”, em que tais direitos são atribuídos por critério de nacionalidade<sup>1050</sup>. Ademais, o autor observa que nem mesmo no âmbito da União Europeia a cidadania assegura o sufrágio em eleições gerais, ainda que, por força das Diretivas 93/109 e 94/80 seja reconhecido o direito de voto, respectivamente, para o Parlamento Europeu e em eleições municipais<sup>1051</sup>.

---

<sup>1047</sup> SANTOLAYA MACHETTI, *Nac. Extranj. y derecho sufragio.*, p. 28. Tradução do original em espanhol: “[...] por lo tanto no puede adquirirse independientemente, es adicional y em ningún modo substitutiva de la ciudadanía nacional.”

<sup>1048</sup> ALÁEZ CORRAL, Benito, *Nacionalidad y ciudadanía ante las exigencias del Estado constitucional democrático*, **Revista de estudios políticos**, n. 127, p. 129–160, 2005; ALÁEZ CORRAL, Benito, *Nacionalidad y ciudadanía: una aproximación histórico-funcional*, **Historia constitucional: revista electrónica de historia constitucional**, n. 6, p. 29–74, 2005.

<sup>1049</sup> ALÁEZ CORRAL, *Nacionalidad y ciudadanía: una aproximación histórico-funcional.*, p. 31-32. Tradução do original em espanhol extraída do trecho: “Precisamente ese vínculo que define cuál es el Pueblo de un Estado, sobre el que se aplica la protección diplomática en el derecho internacional público, y que determina la aplicación personal y no solo territorial del ordenamiento jurídico – especialmente en el derecho internacional privado, pero también en el derecho fiscal, o en excepcionalmente en el derecho penal-, será lo que se denomine nacionalidad, y hace que esta institución jurídica sea por el momento necesaria desde el mero punto de vista de la funcionalidad del sistema jurídico. [...] Por otro lado, la capacidad de participación del individuo como miembro de pleno derecho de la comunidad estatal a la que está sometido, esto es la ciudadanía [...]. Desde el momento en el que para la legitimidad democrática del ordenamiento jurídico, se hace necesario que los súbditos se conviertan en ‘soberanos’, la ciudadanía pasa a ser el instituto jurídico imprescindible que recoge las condiciones subjetivas necesarias para esa conversión, así como el haz de derechos en los que se ha de plasmar la participación en el ejercicio del poder de una comunidad.”

<sup>1050</sup> SANTOLAYA MACHETTI, *Nac. Extranj. y derecho sufragio.*, p. 27-26.

<sup>1051</sup> *Ibid.*, p. 14.

Sua posição, por isso, é que o sufrágio seja oportunizado aos estrangeiros pela facilitação da naturalização, da qual decorra a “extensão de um conceito unificado de cidadania e, não, de sua dissolução”, assegurando “plenitude dos direitos de cidadania e não gozo parcial ou fracionado de alguns deles por sua relação com o ordenamento espanhol.”<sup>1052</sup>

Contudo, não se pode deixar de notar uma possível contradição com o que dirá o autor, linhas adiante, ao reconhecer que a *ciudadania europea* fez surgir “um grupo intermediário entre os nacionais e os estrangeiros”, a saber, “estrangeiros por assim dizer privilegiados”<sup>1053</sup>. Essa afirmação decorre de serem os *comunitários* colocados fora do alcance da *Ley de Extranjería* – o que lhes concede direitos antes restritos aos nacionais, como a livre circulação e residência – e excepcionados *parcialmente* da limitação constitucional de direitos políticos somente a espanhóis, exatamente por gozarem do sufrágio ativo e passivo nas eleições municipais e do Parlamento Europeu, mas lhes ser negado o mesmo direito nas eleições gerais e autonômicas e nos referendos<sup>1054</sup>. Não seria tal situação precisamente um caso de fracionamento da cidadania, sem qualquer afetação ao estatuto pessoal da nacionalidade?

Ademais, não parece compatível com uma defesa em favor da fundamentalidade de direitos políticos – posição abertamente assumida por Santolaya – a imposição da naturalização para gozo de tais direitos. López-Guerra, nesse sentido, objeta que “exigir que residentes permanentes se naturalizem como uma condição para votar é inaceitável”<sup>1055</sup>. Para o autor, decorre logicamente da admissão do estrangeiro como residente no território nacional que ele não constitui ameaça à nação, inexistindo, a partir de então, a possibilidade de que o Estado o trate com desigualdade<sup>1056</sup>.

---

<sup>1052</sup> *Ibid.*, p. 31-32. Tradução do original em espanhol extraída dos trechos: “[...] extensión de un concepto unificado de ciudadanía y no de su disolución”; “el texto reserva de forma expresa el derecho ‘solamente a los españoles’, concepto que necesariamente implica nacionalidad, plenitud de los derechos de ciudadanía y no disfrute parcial o fraccionado de alguno de ellos por su relación con el ordenamiento español.”

<sup>1053</sup> *Ibid.*, p. 46-47. Tradução do original em espanhol extraída dos trechos: “[...] el nacimiento de una ciudadanía europea a la que ligán determinados derechos que hasta el momento estaban unidos a la nacionalidad, entre ellos, y muy singularmente, la libertad de circulación y residencia, hace que debamos establecer un tercer grupo intermedio entre los nacionales y los extranjeros, los comunitarios [...]”; “Extranjeros si se quiere privilegiados en cuanto gozan de derecho activo y pasivo en las elecciones municipales y en las del Parlamento europeo, pero se les niega el sufragio en las elecciones generales y en las autonómicas, y no se les permite participar en los referéndum [...]”

<sup>1054</sup> *Ibid.*, *loc. cit.*

<sup>1055</sup> LÓPEZ-GUERRA, **Democracy and disenfranchisement: the morality of electoral exclusions.**, p. 83. Tradução do original em inglês: “[...] asking permanent residents to naturalize as a condition for voting is unacceptable.”

<sup>1056</sup> *Ibid.*, p. 89.

López-Guerra, contudo, não fala em conceder cidadania a estrangeiros: para ele, a extensão do sufrágio pode ser feita independentemente desse *status*, eis que existiria vinculação necessária entre nacionalidade e cidadania<sup>1057</sup> mas não entre estas e o sufrágio<sup>1058</sup>. Sua ideia é a de uma extensão automática do sufrágio a estrangeiros residentes, sob a perspectiva de “desconectar *status* de direitos”.

A solução do autor parece limitada ao caso de voto facultativo, pois não considera que nos países de voto obrigatório a extensão automática geraria também ônus para o estrangeiro. Além disso, se assenta em um espectro bastante formal que espera ver a cidadania reduzida a “nada mais que uma concessão oficial de identidade” ou, mais, “abolida de todo” para que não se faça “nenhuma distinção formal entre membros e estrangeiros” – “as pessoas deveriam simplesmente ter direitos”<sup>1059</sup>.

Essa refração à cidadania é formulada tomando-se por premissa a compreensão preponderante, fundada na teoria de Jellinek, de que se trata de *status* concedido pelo Estado. Porém, adotada a teoria neoinstitucionalista, pela qual Cidadania é instituição que assegura a autoinclusão em direitos fundamentais, mostra-se coerente a proposta de Aláez Corral, de pensar uma cidadania inclusiva desvinculada da nacionalidade.

O sufrágio, como cláusula de legitimidade ativa processual, é o que permite ao sujeito natural participar da decisão política à qual irá se submeter. Nesse sentido, mesmo Santolaya percebe o paradoxo de serem os estrangeiros residentes na Espanha impossibilitados de votar nos referendos para ratificar o tratado necessário para estabelecer uma Constituição para a Europa. O que é preciso, então, recusando-se qualquer caráter ontológico a conceitos jurídicos, é superar a *ciudadania* (vínculo de sujeição ao Estado) pela *Ciudadania* (instituição constitucional em posição isomênica com o Estado). É este o reclame de uma teorização democrática dos direitos políticos, que lhes reconheça sua potência emancipatória.

Contemporaneamente, em um mundo que já se abriu à revisão de arcaicos limites nacionalistas para o gozo de direitos fundamentais por via do Direito Internacional e

---

<sup>1057</sup> Afirma López-Guerra: “I shall understand ‘citizenship’ as official nationality.” *Ibid.*, p. 85.

<sup>1058</sup> Nas palavras do autor: “In fact, citizenship could be granted automatically to long-term residents. But the point would remain that there are no good normative reasons to require people to receive formal recognition as “citizens” on behalf of the state in order to become enfranchised. As with many other rights, the franchise—not citizenship—should be given automatically upon meeting all the relevant conditions, and becoming a citizen is not one such condition.” (*Ibid.*, p. 83.).

<sup>1059</sup> *Ibid.*, p. 90. Tradução do original em inglês extraída do trecho: “[...] citizenship as a legal status would be nothing but an official conferral of identity once it is disconnected from rights. I would thus abolish citizenship altogether and make no formal distinction between members and strangers. People would simply have rights.”

Comunitário, sobressai, ao lado da insubsistência de fundamentos jurídicos democráticos para a exclusão do sufrágio de estrangeiros residentes, a invocação de *razões de Estado* ante tensões político-humanitárias decorrentes de movimentos migratórios.

A desconfiança se coloca como barreira especialmente nos Estados Unidos, em sua guerra *racial* contra o terror<sup>1060</sup>, e nos países que, antes colonizadores, hoje recebem imigrantes de suas ex-colônias. A indefinição é estratégica: sem clareza quanto a qual partido ou corrente política pode ser favorecida pelo voto dos estrangeiros, qualquer esforço nesse sentido é presumido diretamente interessado em cooptar simpatizantes estrangeiros e refreado pelos adversários políticos<sup>1061</sup>.

O Brasil, atualmente, não discrepa desse traçado, remontando apenas ao contexto de criação da República, com seu desígnio de ampliação da base popular sobre a qual pretendia se legitimar, a previsão do sufrágio dos estrangeiros.<sup>1062</sup> A CRFB, art. 14, §2º estabelece a inalistabilidade dos estrangeiros, o que significa sua exclusão da comunidade política e a negativa cabal de sua legitimidade ativa ao processo eleitoral.

Há uma exceção, prevista na CRFB, art. 12, §1º: o português com residência permanente no Brasil pode neste exercer seus direitos políticos se fizer opção pelo Estatuto da Igualdade entre brasileiros e portugueses. Esse estatuto é regulamentado do Tratado de Amizade, Cooperação e Consulta entre Brasil e Portugal, promulgado pelo Decreto 3.297/2001, e tem por aspectos mais relevantes para o tema: a) não implicar na perda da nacionalidade respectiva (art. 13, 1); b) ser atribuído, mediante requerimento do interessado, pelo Ministro da Justiça (art. 15); c) impor a residência habitual mínima de 3 anos como requisito para o gozo de direitos políticos (art. 17, 1); d) excluir essa faculdade para os que, em Portugal, houverem sido privados de direitos políticos (art. 17, 2); e) excluir a possibilidade de gozo simultâneo dos direitos

<sup>1060</sup> AGAMBEN, Giorgio, **Estado de Exceção**, São Paulo: Boitempo, 2004, p. 14.

<sup>1061</sup> Ainda em 2007, Santolaya traduzia esse sentimento: “La pregunta es por tanto escasamente doctrinal y altamente política. ¿A qué partido se considera que favorecerán esos nuevos votantes? [...] ¿Qué correría si reconocemos el derecho de voto al millón doscientos mil iberoamericanos residentes en España? [...] no es imposible que asistamos el futuro a una especie de reproducción, 70 años más tarde, de la discusión sobre el sufragio femenino en las Cortes de la Republica, en la que la derecha se mostró partidaria de la medida, al ser conscientes de que le favorecía, y la izquierda o al menos parte de ella tuvo que defender una suerte de retraso estratégico del sufragio universal para consolidar la Republica.” (SANTOLAYA MACHETTI, *Nac. Extranj. y derecho sufragio*, p. 24–25.).

<sup>1062</sup> Segundo Victor Nunes Leal: “Nos primórdios do regime republicano, diversos Estados conferiram aos estrangeiros direito de voto nas eleições municipais, avançando alguns ao ponto de os tornar elegíveis. A condição geralmente imposta era a residência por certo prazo no município. Essa liberalidade, com o tempo, entrou a retrair-se, mas Castro Nunes, em obra de 1922, afirmava subsistir em quatro Estados o sufrágio dos estrangeiros nas eleições municipais” (LEAL, **Coronelismo, enxada e voto: o município e o regime representativo no Brasil**).

políticos nos 2 países, de modo que a opção do português acarreta, em seu país de origem, a suspensão dos mesmos direitos (art. 17, 3).

A concessão de direitos políticos aos portugueses pela CRFB faz referência expressa à “reciprocidade em favor dos brasileiros” (art. 12). Esta é explicitada no Decreto 3.297/2001 quando se estatui que “os brasileiros em Portugal e os portugueses no Brasil, beneficiários do estatuto de igualdade, gozarão dos mesmos direitos e estarão sujeitos aos mesmos deveres dos nacionais desses Estados [...]” (art. 12).

Porém, um aspecto apontado por Santolaya é que a reciprocidade significa “similitude nos elementos essenciais de regulação, mas de forma alguma a identidade total”, ou seja, “um tratamento equivalente a que [os imigrantes] receberiam aqui na hora de participar no exercício do direito de sufrágio ativo e passivo”. Isso permite suscitar uma questão, que ora se deixa em aberto: o desequilíbrio acentuado no gozo do sufrágio passivo – decorrente do extenso rol das inelegibilidades no Brasil, em contraponto à diminuta previsão portuguesa, estritamente funcional ou decorrente da suspensão do sufrágio ativo<sup>1063</sup> – elide a reciprocidade?

Quanto aos demais estrangeiros, o direito ao sufrágio fica a depender da aquisição da nacionalidade pela naturalização nos termos da CRFB, art. 12, II, *a* e *b*<sup>1064</sup>. Esse instituto esteve por longas décadas regulado pela Lei 818/1949 até que, em 25 de maio de 2017, entrou em vigor a Lei de Migração (Lei 13.445/2017). A nova lei também revogou o Estatuto do Estrangeiro (Lei 6.815/80), oriundo do período ditatorial.

É de se assinalar o caráter emancipatório da alteração: em lugar de uma lei restrita a tratar da aquisição, perda e reaquisição de nacionalidade e da perda de direitos políticos e de

---

<sup>1063</sup> A legislação portuguesa regula o sufrágio ativo e passivo para cada cargo, mas, regra geral, determina que “Não gozam de capacidade eleitoral activa: a) Os interditos por sentença com trânsito em julgado; b) Os notoriamente reconhecidos como dementes, ainda que não interditos por sentença, quando internados em estabelecimento psiquiátrico ou como tais declarados por uma junta de dois médicos; c) Os que estejam privados de direitos políticos, por decisão judicial transitada em julgado.” e que “São elegíveis para a Assembleia da República os cidadãos portugueses eleitores.” (PORTUGAL. Arts. 2º e 4º. Lei Eleitoral da Assembleia da República. Lei n.º 14, de 16 de maio de 1979.). A par disso, elenca inelegibilidades funcionais e, para cargos em autarquias locais, exclui falidos e insolventes não reabilitados. (PORTUGAL. Lei Eleitoral dos Órgãos das Autarquias Locais. Lei Orgânica n.º 1, de 14 de agosto de 2001.). Para um estudo comparado entre as inelegibilidades no Brasil e em Portugal, cf. ALVES, Humberto Lacerda, **Direito eleitoral comparado entre o Brasil e Portugal: analisando as inelegibilidades como fato de promoção do equilíbrio entre os candidatos na disputa eleitoral**, Universidade Autónoma de Lisboa (Dissertação), 2016.

<sup>1064</sup> A Lei 818/1949 regulamentava os incisos respectivamente como naturalização ordinária e extraordinária. A Lei 13.445/2017 desdobrou a alínea *a* em três modalidades: ordinária, especial e provisória. O destaque fica por conta desta, que se aplica a crianças e adolescentes com residência fixada no território brasileiro antes de completar 10 anos, e perdura até 2 anos após atingirem a maioridade, prazo assinalado para sua conversão em naturalização definitiva (Lei 13.445/2017, art. 70).

outra que em nome da “segurança nacional” olhava o estrangeiro como potencial ameaça, passa-se a um diploma ancorado na dignidade da pessoa humana, instituindo uma política migratória humanizada que contempla imigrantes, emigrantes, residentes fronteiriços, visitantes e apátridas. Não podendo a Lei de Migração, todavia, exceder o limite constitucional, a proteção ampliada não abrange o reconhecimento de direitos políticos aos estrangeiros.

Poucas parecem ser as chances de uma emenda constitucional que venha a estender os direitos políticos aos estrangeiros residentes no Brasil. Numericamente inexpressivos, sua exclusão não desafia ajustes por um olhar procedimentalista, que pode concluir serem os estrangeiros uma parcela politicamente *irrelevante*. Da perspectiva instrumentalista, a situação é ainda pior: tanto porque se trata, como exposto, de uma exclusão disseminada mundo afora para proteção da identidade nacional, como porque, infelizmente, a visão discriminatória contra o imigrante, em especial o refugiado, segue latente também no Brasil, o diagnóstico parece ser por sua *nocividade* ao processo eleitoral<sup>1065</sup>.

Exemplo disso foi a viralização nas redes de notícia falsa que, em 2014, no sofrido momento em que haitianos eram expulsos de seu país por uma catástrofe ambiental, alardeava que 50.000 dessas pessoas estavam sendo “importadas” para serem naturalizadas e receberem título eleitoral, a fim de reelegerem a presidenta Dilma Rousseff<sup>1066</sup>. O episódio é emblemático do alarmismo que, como mencionado por Santolaya, entrava a extensão do sufrágio dos estrangeiros com fundamento na igualdade política que deve ser reconhecida a todos os que se submetem a um determinado ordenamento legal.

Tomando as palavras de Miguel Revenga Sánchez, a questão a enfrentar, no contexto do Estado Democrático de Direito, é “se essa abstração do imigrante-trabalhador e o caráter expansivo dos direitos fundamentais que correspondem à dignidade do imigrante-pessoa podem continuar a encontrar na figura de imigrante-cidadão uma parede intransitável ou um buraco negro sobre o qual gravitam todas as contradições de nossas sociedades anfitriãs”<sup>1067</sup>. Cabe, por

---

<sup>1065</sup> A distinção entre os enfoques procedimentalista e instrumentalista será aprofundada na Subseção seguinte.

<sup>1066</sup> A notícia falsa e a exposição de seu caráter inverídico podem ser consultadas em: <http://www.e-farsas.com/e-verdade-que-o-pt-trouxe-50-mil-haitianos-para-votar-na-dilma.html>. Acesso em: 3 mar. 2018.

<sup>1067</sup> REVENGA SÁNCHEZ, Miguel, El reto de la normalización del inmigrante, *in*: SANTOLAYA MACHETTI, Pablo; REVENGA SÁNCHEZ, Miguel (Orgs.), **Nacionalidad, extranjería y derecho de sufragio**, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007, p. 83–98., p. 95. Tradução do original em espanhol: “La cuestión es si esa abstracción del inmigrante-trabajador, y el carácter expansivo de unos derechos fundamentales que se corresponden con la dignidad del inmigrante-persona, pueden seguir encontrando en la figura del inmigrante-ciudadano un muro infranqueable o agujero negro sobre el que gravitan todas las contradicciones de nuestras sociedades de acogida.”

isso, ao menos expor a invisibilização, no *sufrágio universal*, do *disenfranchisement* dos estrangeiros residentes no Brasil, a reverberar como injustificável negativa de sua condição de legitimados ativos ao processo eleitoral.

No Brasil, a expansão do sufrágio deu-se tardiamente, sobretudo em função da exclusão dos analfabetos. Observa Sadek que em 1930, “quando a ‘verdade eleitoral’ era reclamada de maneira candente, pouco mais de 5% da população possuía o direito de voto” somente ocorrendo a ampliação da participação “a partir de 1950, acelerando-se esse processo nos anos 70 e 80.”<sup>1068</sup>

Subsiste, porém, na CRFB uma cláusula ampla de alijamento eleitoral e político, que deve ser analisada sob a ótica do *disenfranchisement*. Trata-se do art. 15 da CRFB, que impõe perda ou suspensão dos direitos políticos<sup>1069</sup>.

Após a superação teórica do Estado autoritário, a cassação de direitos políticos, modalidade de privação definitiva determinada por ato do poder (arbítrio) executivo, foi devidamente extirpada. Manteve a CRFB, não obstante, causas de perda e suspensão desses direitos, a indicar o deliberado propósito de alijamento de determinadas pessoas da comunidade política brasileira. Embora não se revistam do grau de violência da cassação<sup>1070</sup>, tanto a perda quanto a suspensão dos direitos políticos perpetram a supressão da legitimidade ativa para o processo eleitoral – sujeitos naturais aos quais se nega ascender à posição de sujeitos de direito, em razão de serem pessoalmente *despreparados* ou *nocivos* para a produção dos resultados. Daí que se divise a interferência do código heterodiscursivo nessa restrição.

A reflexão proposta, como explicado, não ignora que se tratam de opções constitucionais originárias, o que torna mais complexa sua crítica. Identifica-se a aporia do texto constitucional porque, nesse particular, parece colidir com o discurso coconstitucionalizante, já

---

<sup>1068</sup> SADEK, **A Justiça eleitoral e a consolidação da democracia no Brasil**, p. 21.

<sup>1069</sup> “Art. 15. É vedada a cassação de direitos políticos, cuja perda ou suspensão só se dará nos casos de: I - cancelamento da naturalização por sentença transitada em julgado; II - incapacidade civil absoluta; III - condenação criminal transitada em julgado, enquanto durarem seus efeitos; IV - recusa de cumprir obrigação a todos imposta ou prestação alternativa, nos termos do art. 5º, VIII; V - improbidade administrativa, nos termos do art. 37, § 4º.” (BRASIL, **Constituição (1988)**, art. 15.).

<sup>1070</sup> No caso da perda, tem-se uma “restrição duradoura, porém não definitiva”, que se distingue da cassação por decorrer de decisão judicial que deve observância ao devido processo legal. Quanto à suspensão, a restrição é temporária, de modo que o restabelecimento dos direitos políticos ocorre de modo automático, assim que cessar sua causa. (ÁVALO, Os direitos políticos e a Constituição: capacidade eleitoral ativa e passiva.)

que desiguados os sujeitos naturais quanto ao acesso ao espaço processual no qual formados os mandatos eletivos. Recusa-se a esses sujeitos à linguagem processual, por um interpretante compartilhado, que marginaliza pessoas especialmente expostas à faceta mais repressiva ou invasiva do Estado.

Presno Linera afirma que “a dignidade deve permanecer inalterada seja qual for a situação em que a pessoa se encontra, constituindo, portanto, um mínimo invulnerável que [...] também a cidadania [...] deve garantir”, de modo que “sejam umas ou outras as limitações impostas ao gozo dos direitos individuais, não impliquem desprezo pela estima que, como ser humano, merece a pessoa”.<sup>1071</sup> Se, sob olhar do senso comum, a repulsa às pessoas que incorrem no art. 15 da CRFB parece *naturalmente* justificada, é preciso indagar se há compatibilidade entre essa contínua exclusão, de efeitos circulares – a marginalização jurídica reproduz modos de vida marginalizados cada vez mais impermeáveis à inclusão<sup>1072</sup> – e a compreensão da Cidadania como instituição autoincludente na fundamentalidade de direitos.

Diante do panorama exposto, evidencia-se que, mesmo no âmbito do sufrágio ativo, festejado iconicamente como conquista da democracia liberal em favor do povo, a emancipação é marcada pela resistência dos sujeitos privilegiados e pela metamorfose de estratégias excludentes. A carga histórica (ideologizada) do sufrágio universal o reveste de hermetismo, próprio dos bens simbólicos desde sempre oferecidos como produção erudita do liberalismo e que são sincretizados nos desígnios do Estado Social.

Ao final desta subseção, cabe lançar um olhar sobre o sufrágio passivo.

Restrições ao direito à candidatura não são usualmente abordadas sob a ótica do *disenfranchisement* pela literatura. Todavia, na presente pesquisa, propõe-se a extensão da terminologia àquelas. Isso já seria adequado em função da superação da polarização entre as tradicionais *categorias* de sufrágio, uma vez que o impacto das restrições sobre a Cidadania comunica-se entre eleitores e candidatos.

Porém, é a peculiaridade do ordenamento jurídico brasileiro que consolida o interesse científico nessa abordagem.

---

<sup>1071</sup> PRESNO LINERA, La exclusión política de los extranjeros. Tradução do original em espanhol: “[...] la dignidad ha de permanecer inalterada cualquiera que sea la situación en que la persona se encuentre, constituyendo, en consecuencia, un *minimum* invulnerable que [...] también la ciudadanía [...] debe asegurar, de modo que, sean unas u otras las limitaciones que se impongan en el disfrute de derechos individuales, no conlleven menosprecio para la estima que, en cuanto ser humano, merece la persona.”

<sup>1072</sup> Na síntese de Melissa Williams e Stephen Macedo: “Invisibility arises from politics but functions to remove people from politics”. (WILLIAMS; MACEDO (Orgs.), **Polit. exclusion Domin.**, p. 8.).



Como já se expôs, é fruto do pensamento liberal a demanda por especialização no exercício do poder político. O “ideal de representante político que dignificasse a política”, longe da visão grega de que qualquer cidadão poderia ocupar cargos políticos e que a rotatividade legitimava o poder, sustentava que fosse este “exercido pelos melhores: em definitivo: eleger não apenas para designar, mas sim para selecionar”<sup>1073</sup>.

Hauriou já conceituava a inelegibilidade como os obstáculos jurídicos a uma candidatura, que “proíbe, a título excepcional, que uma pessoa solicite o voto dos eleitores”, admitindo que possam se referir à idade, à moralidade e aos riscos de pressão<sup>1074</sup>. Não hesita em apontar que, como “*derrogações*, [...] a interpretação [...] é sempre restrita, é dizer, estritamente limitada às hipóteses mencionadas nos textos.”<sup>1075</sup>

Contudo isso não redundou, na maioria dos países, em medidas legais direcionadas a excluir pessoas ou grupos por meio de criação de requisitos específicos para a candidatura. Por isso, na literatura estrangeira, o objeto de estudo do *disenfranchisement* é a desqualificação, ostensiva ou não, de potenciais *eleitores* por critérios políticos e, também, administrativos.

Já no Brasil, o sufrágio passivo esteve, desde o advento da Constituição de 1988, na mira de discursos moralizantes. A remissão à lei complementar para criação de causas de inelegibilidade é, em si, problemática cláusula constitucional autorizativa para o *disenfranchisement* de sujeitos naturais já investidos da condição de legitimados ao processo. Daí o caráter paradoxal do art. 14, §9º da CRFB, que permite o aporte de códigos heterodiscursivos para restringir o acesso ao estatuto constitucional dos direitos políticos por meio de lei.

Essa característica demanda a permanente fiscalidade de leis que versem sobre inelegibilidades, pois os sentidos delas decorrentes sujeitam-se à veredicação com base no código intradiscursivo constitucional. A adequação formal, em casos nos quais ausente aderência ao discurso constitucional, é mera estratégia de legitimação. Não conclui pela legitimidade das restrições como imanência da atividade legislativa, pois o legislador não é livre para enunciar o significado de *moralidade para o exercício dos mandatos* ou de *vida*

---

<sup>1073</sup> PEÑA, La genealogía intelectual., p. 36 *passim*.

<sup>1074</sup> “[...] Fazem referência, essencialmente, à idade: se estima geralmente que é preciso ter mais experiência para governar que para designar um governante; à moralidade: por exemplo, na França, aquele que comete um delito deve estar reabilitado para ser elegível, ainda que seja eleitor ao cabo de três anos sem reabilitação; aos riscos de pressão: por exemplo, um alto funcionário, como um governador civil ou um prefeito, não pode ser candidato na circunscrição que administra ou que há administrado recentemente.” (HAURIUO; GICQUEL; GÉLARD, **Derecho constitucional e instituciones políticas**, p. 295.).

<sup>1075</sup> *Ibid.*, p. 295.

*pregressa* com violação da prévia institucionalização da Cidadania na normatividade constitucional.

A despeito disso, inovações normativas (marcantes as LC 64/90, ECR 4/1994 e LC 135/2010) e judiciais (da interpretação extensiva à analogia, sempre calcada na principiologia de proteção à cidadania), justificadas sobretudo pelo combate à corrupção, paulatinamente agravam o regime de restrições aos pretensos candidatos. O julgamento das ADCs 29/DF e 30/DF e da ADI 4578/DF, ao declarar constitucionalidade da LC 135/2010 à margem da veredicação dos conteúdos das novas causas de inelegibilidade inobserva as exigências da hermenêutica isomênica, uma vez que reconhece ao legislador acesso privilegiado a sentidos não balizados pelo interpretante compartilhado.

A despeito da trivialização do tema na jurisprudência e da celebração da *caça aos fichas-sujas* pela cognominada *opinião pública*, a supressão da elegibilidade de cidadãos merece análise sob a ótica do *disenfranchisement*. Conforme observa Vânia Siciliano Aieta, com o advento da LC 135/2010 o instituto da inelegibilidade alcançou contornos de “verdadeiro ‘banimento do mundo político’ de certos atores da Política, indesejáveis ao sistema, condenado tais representantes à invisibilidade política”<sup>1076</sup>.

A posição do STF e do TSE tem desviado a discussão do balizamento dos direitos fundamentais. Entre 2006 e 2012, consolidaram-se diretrizes no sentido de que “inelegibilidade não é pena”<sup>1077</sup>, “inelegibilidades representam ditames de interesse público, fundados nos objetivos superiores que são a moralidade e a probidade”<sup>1078</sup> e “elegibilidade é a adequação do indivíduo ao regime jurídico – constitucional e legal complementar – do processo eleitoral”<sup>1079</sup>. Nenhuma dessas asserções endereça o problema do fundamento jurídico para a massiva desqualificação de cidadãos paradoxalmente considerados em *pleno gozo de direitos políticos*. Pode-se, a princípio<sup>1080</sup>, considerar que inelegibilidade não seja pena, que atenda a ditames de

---

<sup>1076</sup> AIETA, **Criminalização da política: a falácia da judicialização da política como instrumento democrático**, p. 18.

<sup>1077</sup> BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Mandado de Segurança 22.087/DF, Relator: Carlos Velloso, Julgado em: 28 mar. 1996, Tribunal Pleno, **DJ**, p. 15132, Publicado em: 10 maio 1996; **Ementário**, v. 1827-03, p. 444.

<sup>1078</sup> BRASIL, Tribunal Superior Eleitoral, Recurso Ordinário 191.873/AM, Relator: Min. Arnaldo Versiani Leite Soares, Julgado em: [s. d], **DJE**, tomo 36, p. 28-29, Publicado em: 21 fev. 2011.

<sup>1079</sup> BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Ações Declaratórias de Constitucionalidade 29/DF e 30/DF e Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.578/DF.

<sup>1080</sup> O que não significa que se adira às asserções, especialmente a que recusa o caráter sancionatório da inelegibilidade. Leia-se a respeito o voto do Ministro Cezar Peluso no RE 633.703/MG : “[...] como já lembrou o Ministro Celso de Mello, é preciso que se recoloque a discussão do significado de certas causas de inelegibilidade no quadro da Teoria Geral do Direito, onde a palavra ‘sanção’ é polissêmica,

moralidade e probidade, que componha o regime jurídico do sufrágio ativo – e, ainda assim, subsistirá a indagação quanto aos fundamentos democráticos para a exclusão de legitimados ativos do processo eleitoral, especialmente com a intensidade das regras infraconstitucionais vigentes.

Deve-se, nesse ponto, destacar a significativa distinção, no art. 14 da CRFB, entre as inelegibilidades constitucionais dos §§5º à 7º e a abertura semântica propiciada pelo §9º. No primeiro caso, o fato decisivo para a restrição são os riscos de pressão referidos por Hauriou. O enfoque recai sobre *o cargo ocupado* (chefia do Executivo), e, não, a pessoa. Divisa-se, nesses casos, um critério de autolimitação (controle-fundante) assimilado ao código intradiscursivo constitucional, pois destinado a conter risco de desigualação entre os cidadãos, componentes da comunidade jurídica. Já no caso da remissão à lei complementar para erigir restrições que, desde 1994, podem ser amparadas na vida pregressa dos sujeitos naturais, não se pode desconsiderar que requisitos para a candidatura possam operar o *disenfranchisement* sob a aparência da universalidade do sufrágio e sob a promessa de virtude do quadro de candidatos.

Impressiona, ademais, a intensidade com que se segue sustentando a legitimidade da obstaculização, por vias transversas, do acesso ao processo eleitoral para exercício do sufrágio passivo. São exemplos a aceitação da existência de condições de registrabilidade criadas por lei ordinária<sup>1081</sup> e a propalada possibilidade de *irregistrabilidade* no caso de *inelegibilidades* reputadas *aritméticas*<sup>1082</sup>.

Nesse último caso, a negativa ao procedimento processualizado (registro de candidatura, para aferição em contraditório dos requisitos do sufrágio passivo) ao argumento de que não há “a necessidade do magistrado eleitoral proceder à cognição, ainda que mínima, do título

---

plurissignificativa, não é equívoca, pois tem vários significados. Mas aqueles que nos interessam aqui dizem respeito a consequências normativas do cumprimento ou do descumprimento de norma. Nesse sentido se fala, a meu ver, com certa impropriedade, mas se fala em “sanção de ordem premial” como sanção positiva e ‘sanções propriamente ditas’, de caráter negativo. Com o sentido negativo, sanção implica sempre a ideia de dano, de gravame. Tem sempre, portanto, caráter gravoso. Não existe, nesse sentido negativo, sanção que signifique recompensa. E, nesse sentido, é também classe ou um gênero, do qual a pena e a sanção em sentido estrito são espécies. A pena é simplesmente sanção que tem natureza aflitiva. E as outras sanções stricto sensu são sanções que têm natureza danosa ou gravosa, mas não aflitiva. Todas têm, portanto, em comum o fato de serem consequências de um ato ilícito ou de um ato que, embora lícito, seja objeto de juízo de reprovabilidade jurídica.” (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Recurso Extraordinário 633.703/MG, Voto do Ministro Cezar Peluso.). Considera-se este debate ainda necessário.

<sup>1081</sup> PEREIRA, Condições de registrabilidade e condições implícitas de elegibilidade: esses obscuros objetos do desejo.

<sup>1082</sup> Em defesa da irregistrabilidade em caso de inelegibilidade que se caracterizaria *in re ipsa*, cf.: CYRINEU, Rodrigo, Candidatos “irregistráveis”: uma análise sistêmica à luz do caso Lula, **Conjur**, n. 13 fev., p. 1–6, 2018.

judicial”<sup>1083</sup> evoca a crítica de Rui Cunha Martins sobre o caráter *alucinatorio* da *evidencia*, que, por operação dos *circuitos da crença*, produz *verdade* como “simulacro de auto-referencialidade, pretensão de uma justificação centrada em si mesmo”<sup>1084</sup>. Há uma incompatibilidade entre a evidência (sensorial) e a fundamentação jurídica (o constrangimento da impressão sensorial pelo instituto processual da prova e pelo ônus argumentativo). O que há de se considerar não é o grau de convencimento do órgão judiciário, mas a prerrogativa de ocupação do espaço processual pelos sujeitos constitucionalmente legitimados.

Por fim, deve-se destacar a inelegibilidade dos analfabetos, ainda que prevista constitucionalmente, como eco renitente de concepções ideológicas oriundas no elitismo. O sufrágio passivo capacitário subsiste como critério de desigualação a supor uma menor aptidão de sujeitos sem acesso à educação formal. Permite-se a dominação do campo político pelos eruditos, como produtores de bens simbólicos dentre os quais a cultura dominante<sup>1085</sup>. O caso é de patente negativa do acesso ao processo eleitoral, como espaço de autoinclusão dos sujeitos naturais em direitos fundamentais, excluída a possibilidade de que tais contingentes humanos possam atuar como concretizadores do Estado Democrático de Direito, em especial por meio de políticas de igualação real das condições de fruição da Cidadania.

O mais grave é que a desigualdade cultural se assenta em desigualdade econômica, regional e racial<sup>1086</sup>, o que oculta critérios discriminatórios para acesso às candidaturas. Tais critérios sequer se limitam ao conceito estatístico de analfabetismo (não saber ler nem escrever), porque, enquanto a condição de alfabetizado é autodeclarada no momento do alistamento eleitoral, as Resoluções do TSE criam filtros para aferição daquela no caso de candidatos: deve ser feita *prova de alfabetização* ou suprida sua ausência, na mais recente versão, estritamente por declaração de próprio punho firmada à vista de servidor da Justiça Eleitoral<sup>1087</sup>. À margem

---

<sup>1083</sup> *Ibid.*

<sup>1084</sup> MARTINS, Rui Cunha, **O ponto cego do direito: the brazilian lessons**, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 1–21 passim.

<sup>1085</sup> BOURDIEU, **La distincion: criterios y bases sociales del gusto**.

<sup>1086</sup> Segundo o censo do IBGE concluído em 2017, o Brasil tem 11,8 milhões de analfabetos, o que representa 7,2% da população acima de 15 anos de idade. Porém, na região Nordeste a taxa chega a 14,8%, enquanto nas regiões Sul e Sudeste fica em 3,8 e 3,6% respectivamente; e entre pessoas declaradas pretas ou pardas tem-se 9,9% de analfabetos contra 4,2% das declaradas brancas. (VILLAS BÔAS, Bruno, IBGE: Brasil tem 11,8 milhões de analfabetos; metade está no Nordeste, **Valor**, 21 dez. 2017, Disponível em: <https://www.valor.com.br/brasil/5234641/ibge-brasil-tem-118-milhoes-de-analfabetos-metade-esta-no-nordeste>, Acesso em: 21 jan. 2019.).

<sup>1087</sup> BRASIL, Tribunal Superior Eleitoral, Resolução 23.548, de 18 de dezembro de 2017, Dispõe sobre a escolha e o registro de candidatos para as eleições, **DJe**, n. 25, p. 292-305, Publicado em: 2 fev. 2018, art. 28, IV e §3º.

do discurso constitucional, insere-se um dificultador para o reconhecimento de eficácia ao sufrágio passivo.

Concluída essa exposição – sem qualquer pretensão de esgotar o tema – é possível afirmar que a compreensão prevalecente de *sufrágio universal* não assimila que “a cidadania democrática deve ser constituída por todas as pessoas que vivem em um determinado território, sem limitações em razão da nacionalidade nem em sentido jurídico estrito nem no sentido cultural [...]”, isto é, que a residência deve ser o elemento chave da atribuição do sufrágio<sup>1088</sup>.

O estágio atual do problema pode ser assim apresentado: a previsão abstrata do *sufrágio universal*, que vem historicamente ocultando as massas atingidas por um *disenfranchisement* real, é um aspecto do estatuto constitucional dos direitos políticos da CRFB, cuja incongruência, somente dissipável no âmbito do devido processo legal (legislativo e judicial), reclama enfrentamento. Isso, porém, não descaracteriza os pressupostos do direito ao sufrágio como elementos componentes do código intradiscursivo do processo eleitoral. Conforme dito, se pressupostos são, é por inferência extraída da premissa da participação política e do princípio democrático. A partir do momento em que há, na normatividade do processo eleitoral, regras, posteriores, que favorecem a participação política, as regras restritivas devem ser extirpadas pelo devido processo legal (legislativo ou judicial).

Daí que se mostre imprescindível a crítica, pela via teórica, dos sentidos desde então impostos como legítimos por conveniência procedimental e instrumental. A significação do direito ao sufrágio precisa ser feita, no âmbito do devido processo legal, a partir da premissa de sua fundamentalidade, de modo que os sentidos possam ser estabilizados no nível normativo instituinte e reivindicados no nível instituído.

#### 3.2.3.4. “Por que incluir eleitores?”: testificação dos enfoques procedimentalista e instrumentalista do sufrágio ativo frente à instituição da Cidadania

A partir da subseção precedente, pode-se afirmar que a enunciação do *sufrágio universal* tem sido manejada como estratégia de *invisibilização da invisibilização* política. Utilizado como recurso retórico, aquele signo se vê semanticamente esvaziado em razão da manutenção de incongruências em seu significado.

---

<sup>1088</sup> SANTOLAYA MACHETTI, Nac. Extranj. y derecho sufragio, p. 24–25. Tradução do original em espanhol: “la ciudadanía democrática debe estar constituida por todas las personas que conviven en un determinado territorio, sin limitaciones por razón de nacionalidad ni en sentido jurídico estricto ni tampoco en sentido cultural [...]”.

Nessa última etapa de oferta de subsídios teóricos para abordagem do problema da definição do eleitorado e dos elegíveis, avança-se para a abordagem de aspecto ainda mais sutil do *disenfranchisement*: os discursos excludentes que se insinuam nas bem construídas lógicas procedimentalista e instrumentalista.

Deve-se destacar que não é característico da produção científica nacional abraçar de forma desabrida o pragmatismo tipicamente estadunidense. Por essa razão, não surpreende que não se tenha localizado autores nacionais que, abertamente, proponham *alternativas* teóricas ao sufrágio universal, ou, ao menos, dissertem a respeito.

Mas, justamente por isso, torna-se mais pertinente trazer à luz os sentidos laborados pelos pragmatistas: seus enfoques transitam, da dimensão extrassistêmica diretamente para decisões judiciais, por meio de interpretações que restringem o acesso dos legitimados ativos ao processo eleitoral. Por vezes timidamente esboçado, o argumento decisivo, fornecido pelo código heterodiscursivo, impõe-se como obstáculo à aptidão coinstitucionalizante do direito ao sufrágio, paralisando a eficácia da isomenia. Pelo eco fácil que encontra no senso comum, pode ele passar quase despercebido em meio a extensos e bem redigidos votos que, talvez não acidentalmente, parecem remeter à advertência de Mário Quintana: *não despertemos o leitor*<sup>1089</sup> – ou, quem sabe, o *eleitor*.

Nesse teste argumentativo, propõe-se inverter a pergunta motriz do *disenfranchisement* - *por que excluir eleitores* - para indagar *por que incluir eleitores*. Quer-se com isso evidenciar uma diferença de enfoques.

No primeiro enfoque, a premissa, minimante democrática, é de um potencial direito dos sujeitos (ainda que individuais) à participação política, o que demanda justificção para a *negativa* desse direito. No segundo enfoque, não se assume essa premissa, o que escamoteia uma indevida inversão do ônus argumentativo. É por esse segundo enfoque, ainda mais

---

<sup>1089</sup> Transcreve-se a crônica: “Os leitores são, por natureza, dorminhocos. Gostam de ler dormindo. Autor que os queira conservar não deve ministrar-lhes o mínimo susto. Apenas as eternas frases feitas. ‘A vida é um fardo’ – isto, por exemplo, pode-se repetir sempre. E acrescentar impunemente: ‘disse Bias’. Bias não faz mal a ninguém, como aliás os outros seis sábios da Grécia, pois todos os sete, como há vinte séculos já se queixava Plutarco, eram uns verdadeiros chatos. Isto para ele, Plutarco. Mas, para o grego comum da época, devia ser a delícia e a tábua de salvação das conversas. Pois não é mesmo tão bom falar e pensar sem esforço? O lugar-comum é a base da sociedade, a sua política, a sua filosofia, a segurança das instituições. Ninguém é levado a sério com ideias originais. Já não é a primeira vez, por exemplo, que um figurão qualquer declara em entrevista: ‘O Brasil não fugirá ao seu destino histórico!’ O êxito da tirada, a julgar pelo destaque que lhe dá a imprensa, é sempre infalível, embora o leitor semidesperto possa desconfiar que isso não quer dizer coisa alguma, pois nada foge ao seu destino histórico, seja um Império que desaba ou uma barata esmagada. (QUINTANA, Mário, Não despertemos o leitor, In: QUINTANA, Mário, **Poesia completa**, Rio de Janeiro: Nova Aguilar, 2005, p. 275-276.).

hermético e por isso mais pernicioso, que as proposições a serem abordadas a seguir podem aportar em debates e decisões não parametrizadas pela processualidade democrática. Enquanto elites ponderam se é (foi) relevante ou vantajoso expandir o eleitorado, veladamente recusam a noção de uma Cidadania instituída pelo discurso constitucional.

Não se descarta que, na prática, os dois enfoques se entrecruzem, por recurso à tópica. Conduzidas pelo ícone do *eleitorado ideal*, diretrizes excludentes podem ser reformuladas como diretrizes de aparência includente, em qualquer dos casos subjaz o aumento de exigências para ingresso na dimensão da cidadania (estatizada)<sup>1090</sup>. O procedimentalismo e o instrumentalismo sorvem de fontes comuns e, na prática, costumam apresentar-se entrelaçados ou, mesmo, amalgamados.

No entanto, para fins de crítica teórica, torna-se pertinente explicitar a lógica associada a cada uma das abordagens. Conforme explica López-Guerra,

[...] procedimentalistas são aqueles que acreditam que só podemos julgar se as instituições políticas são intrinsecamente justas - nós só temos os recursos morais, em outras palavras, para fazer julgamento sobre a forma como as decisões são tomadas, e não os seus efeitos. Por outro lado, aqueles que sustentam que esquemas políticos só importam em termos da qualidade dos seus resultados são chamados de instrumentalistas, uma vez que pensam nas instituições como ferramentas para trazer bons resultados.<sup>1091</sup>

Há um fundo sociológico comum tanto a procedimentalistas quanto a instrumentalistas, porque ambos laboram com uma noção de legitimidade de matiz weberiana: o que está em jogo é estabilizar a sociedade gerando uma “disposição generalizada para aceitar decisões de conteúdo ainda não definido, dentro de certos limites de tolerância”<sup>1092</sup>. Em outras palavras, é preciso manter contido o ímpeto revolucionário a despeito de inexistir certeza do conteúdo de decisões futuras a serem tomadas por representantes eleitos.

O conceito de legitimidade antes transcrito é de Niklas Luhmann e este – como procedimentalista – considerará que aquela disposição generalizada depende da

---

<sup>1090</sup> Reforça-se, com isso, o argumento apresentado na Seção 1.2.1. Os requisitos da candidatura, nominalmente divididos em condições de elegibilidade e causas de inelegibilidade. Ainda que usualmente sejam classificadas, respectivamente, como critérios positivos e negativos, ambas as categorias reduzem a amplitude do direito à candidatura.

<sup>1091</sup> LÓPEZ-GUERRA, **Democracy and disenfranchisement: the morality of electoral exclusions**, p. 18. Tradução do original em inglês: “[...] proceduralists are those who believe that we can only judge whether political institutions are intrinsically fair – we only have the moral resources, in other words, to pass judgment on the way in which decisions are made, not their outcomes. By contrast, those who hold that political decision-making schemes matter only in terms of the quality of their outcomes are called instrumentalists, since they think of institutions as tools for bringing about good results.”.

<sup>1092</sup> LUHMANN, **Introdução à teoria dos sistemas**, p. 30.

“institucionalização do aprendizado social”, que se traduz na aceitação generalizada dos procedimentos como redutores da complexidade do ambiente<sup>1093</sup>. No caso específico das eleições, o autor sustenta que o procedimento alivia a carga da tomada de decisões políticas já que reduz o ato a um voto, mas “não apenas os participantes diretos do procedimento, como também os indiretos, devem reconhecer que a decisão produzida com observância do procedimento pode selecionar (fixar e alterar) a expectativa em relação às condutas e impor esse sentido obrigatoriamente.”<sup>1094</sup>

A proposta da *legitimação pelo procedimento*<sup>1095</sup>, aplicada ao procedimento eleitoral, coloca como desafio identificar os critérios mais simples dentre aqueles que se mostrem suficiente para gerar a percepção de que se produziu uma representação legítima. A composição do eleitorado será então pensada para incluir os grupos necessários para produzir-se uma identificação do resultado como ato do povo soberano. Pressões para ampliação do eleitorado serão pensadas a partir de uma ideia de otimização: não sendo significativas, não há porque alterar as regras que permitem ao procedimento manter-se como instância de legitimação; caso a pressão seja tal que ameace romper a aceitação dos resultados eleitorais como legítimos, o sistema se adapta, para comportar os novos participantes.<sup>1096</sup>

Um raciocínio desse tipo leva ao descarte de grupos tidos por *irrelevantes*, a significar aqueles cuja agregação ao procedimento não incrementará o reconhecimento do resultado como legítimo, gerando apenas o aumento desnecessário da complexidade. Exemplos desse raciocínio são: a oposição à extensão do sufrágio às mulheres ao argumento de que isso a retiraria do âmbito doméstico, onde são imprescindíveis, para apenas replicar um voto dado pelo pai ou marido; a inércia quanto à tomada de medidas efetivas para assegurar o voto aos presos provisórios, justificada por dificuldades operacionais; a opção por conceder certidão de quitação eleitoral por tempo indeterminado para pessoas com deficiência em lugar de melhorar a acessibilidade.

Em todos os casos citados, a não inclusão é justificada, pelos que as sustentam, no fato de não identificarem motivos suficientes para mobilizar forças em favor do aumento da

---

<sup>1093</sup> *Ibid.*, p. 35.

<sup>1094</sup> GRETA, **Introdução aos fundamentos da processualidade democrática**, p. 67.

<sup>1095</sup> LUHMANN, Niklas, **Legitimação pelo procedimento**, Brasília: UNB, 1980.

<sup>1096</sup> Esse funcionamento dá a dimensão da *estabilidade dinâmica* proposta por Luhmann e, no Brasil, transportada para o Direito por Tércio Sampaio Ferraz (FERRAZ JÚNIOR, **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**). A crítica à compreensão do Direito como sistema luhmanniano, destinado à conservação das relações sociais de poder sem cogitação da centralidade da pessoa humana, foi objeto de crítica em GRETA, **Introdução aos fundamentos da processualidade democrática**.



complexidade do procedimento, com pouco ou nenhum acréscimo de *legitimidade*. Ainda, a suposição de que tais pessoas se sentem contempladas na atuação dos votantes efetivos pode ser feita, em perspectiva luhmanniana, enquanto tais grupos não exerçam pressão suficiente para serem percebidos como *irritação* ao sistema.

Diferente é a perspectiva instrumentalista, que remete a legitimidade à qualidade do resultado do procedimento. Sob essa ótica, os limites de tolerância à imprevisibilidade das decisões políticas de governantes e parlamentares seriam dados pela percepção de que os *melhores* foram eleitos. Bastante assimilada ao componente aristocrático que se fez atávico à democracia liberal, a leitura instrumental do procedimento eleitoral dirá que é preciso incluir como participantes aqueles que possam produzir um bom resultado. Contudo, não se pode olvidar que o *bom resultado* também é ditado como produto cultural, de modo que o eleitorado é pensado como o capaz de entregar o resultado pré-concebido.

Por exemplo, Bryan Caplan, ferrenho opositor da ideia de que pessoas medianas possam fazer escolhas políticas corretas<sup>1097</sup>, é bastante seletivo a respeito das informações cuja ausência considera prejudicial à formação do voto: defende o autor que um *Q. I. Político* seja determinável a partir de perguntas como “o número de senadores cada estado tem, quem é o *chief justice* da Suprema Corte dos Estado Unidos, se a Rússia é membro da OTAN, e assim por diante.”<sup>1098</sup>

A desconsideração de perguntas como o valor de um benefício social ou quais são as associações comunitárias locais destinadas à assistência social não é acidental. Aquilo que para o autor faz de um eleitor alguém com alto *Q. I. Político* é precisamente o que, em sua opinião de neoliberal, deve ser levado em conta na definição de políticas públicas. É esse viés que o permite afirmar, em análise a pesquisa de opinião de 1996, que “opiniões completamente bem informadas eram pró-mercado” e que, em matéria de bem-estar social e ações afirmativas, “o aumento do conhecimento político favorece o apoio a oportunidades iguais, sua diminuição acarreta apoio a resultados iguais”<sup>1099</sup>.

---

<sup>1097</sup> CAPLAN, Bryan Douglas, **The myth of the rational voter: why democracies choose bad policies**, Princeton: Princeton University Press, 2007. O autor, sem meias palavras, afirma que “The people ultimately in charge – the voters – are doing brain surgery while unable to pass basic anatomy”. (p. 6).

<sup>1098</sup> *Ibid.*, p. 25. Tradução do original em inglês extraída do trecho: “Think of it as a test of their ‘Political I. Q.’. See if they know how many senators each state has, who the chief justice of the Supreme Court is, whether Russia is a member of NATO, and so on.”

<sup>1099</sup> *Ibid.*, p. 27. Tradução do original em inglês extraída do trecho: “Fully informed opinion was more pro-market. Beliefs about welfare and affirmative action fit the same pattern: While political knowledge increases support for equal opportunity, it decreases support for equal results.”

A influência do pensamento instrumentalista sobre a composição do eleitorado levará à exclusão de grupos tidos por *despreparados* para escolher e dos tidos por *nocivos*. Ambos distam do padrão difundido como culturalmente superior: aos primeiros, faltam atributos que lhes permitam formular uma decisão racional; aos últimos, sobram vícios capazes de induzir uma escolha maliciosa, contrária ao bem comum.

Argumentos que exemplificam essa vertente de pensamento são: a exclusão da mulher e do negro por alegada inferioridade intelectual ao homem branco; a exclusão de estrangeiros e imigrantes por receio da deturpação da *identidade* política; a proscrição dos condenados por crimes e outras práticas consideradas moralmente desabonadoras. Veja-se, como exemplo, o registro da seguinte manifestação durante a Assembleia Constituinte de 1823:

O SR. COSTA BARROS - Eu nunca poderei conformar-me a que se dê o título de cidadão brasileiro indistinctamente a todo o escravo que alcançou carta de alforria. Negros boçaes, sem officio, nem beneficio, não são, no meu entender, dignos desta honrosa prerrogativa; eu os encaro antes como membros damnosos á sociedade á qual veem servir de peso quando lhe não causem males. [sic] <sup>1100</sup>

Note-se que o instrumentalismo abandona a sutileza do procedimentalismo ao justificar a exclusão, valendo-se abertamente de preconceções e mesmo preconceitos para justificar o alijamento político. O sufrágio, instrumentalizado, é concedido a quem possa subsidiar resultados de qualidade. Por isso, ao longo da história, o apelo instrumentalista se mostrará de mais difícil demoição: o que está em jogo é a disputa simbólica pela formação do capital cultural e não apenas a conveniência do procedimento.

Separados aqui para fins analíticos, o raciocínio procedimentalista e o instrumentalista frequentemente surgem amalgamados, complementando-se. Cotejados com o duplo fundamento de legitimidade da democracia liberal, é possível estabelecer que o procedimentalismo tem seu foco no *princípio do consentimento* enquanto o instrumentalismo remete à *escolha dos melhores*, controlada pela *accountability*. A complementariedade parece tão inevitável que López-Guerra afirma que todas as pessoas são em verdade *integracionistas* [*integrationists*], isto é, levam em consideração tanto os fatores procedimentalistas quanto os instrumentalistas<sup>1101</sup>.

<sup>1100</sup> MASSENA, *Direito político*, p. 68.

<sup>1101</sup> LÓPEZ-GUERRA, *Democracy and disenfranchisement: the morality of electoral exclusions.*, p. 19. Segundo o autor: “While the distinction between procedural and instrumental factors makes sense and can be useful for analytical purposes, the current divide between alleged instrumentalists, proceduralists, and integrationists is only apparent. In other words, there is no serious disagreement

A observação faz parecer que não há outro caminho para definição da estrutura do procedimento eleitoral e, especificamente, da atribuição do direito ao sufrágio. A perspectiva seria sempre de realizar um cálculo, de conveniência ou de segurança, que resolveria satisfatoriamente ao problema da participação eleitoral. À pergunta *por que incluir eleitores* se pode responder, nessa ótica, *para que o procedimento seja reconhecido como expressão democrática e os resultados os melhores possíveis*, não descartado que, a cada época, o pêndulo favoreça um dos dois fatores.

Por conseguinte, estariam legitimadas opções inclusivas direcionadas para contemplar grupos de pessoas *relevantes* na sociedade e que se mostrem *preparadas* para produzir resultados *benéficos* para aquela. Traduzido como critério para o *disenfranchisement*: justificada está a exclusão de pessoas consideradas *irrelevantes*, *despreparadas* ou *nocivas*, não apenas considerando que isso não vulnera o princípio democrático, mas, também, a fim de realizá-lo.

Certamente, essas características negativas estão sujeitas a ser diversamente avaliadas a cada momento histórico, mas a disputa pela extensão do sufrágio, preservado o ícone do *eleitorado ideal*, não abdica de que grupos marginalizados convençam possuir as características positivas.

A conjugação dos argumentos procedimentalista e instrumentalista é capaz oferecer soluções, em matéria de sufrágio, adequadas ao Estado Democrático de Direito?

#### a) **Democracia eletrônica: uma conjectura meramente ficcional?**

Para principiar essa reflexão, empresta-se de um conto de ficção científica de Isaac Asimov o (provocativo) modelo contrafático denominado *Democracia Eletrônica*<sup>1102</sup>. A história de *Franchise*, escrito em 1955, se ambienta nas eleições de 2008: o desenvolvimento de um supercomputador, denominado *Multivac*, teria permitido que o *sufrágio universal* pudesse ser expresso através de um único eleitor, com enorme eficiência e garantia de

---

among current political philosophers on what it is about political institutions that matters morally. As far as I can tell, we are all integrationists.”

<sup>1102</sup> ASIMOV, Isaac, *Franchise*, **If: worlds of science fiction**, 1955. A proposição é claramente uma ironia, mas, por isso mesmo, ainda mais emblemática. Assinalado, ainda, que se trata de um modelo proposto em um conto de ficção científica, deve-se pontuar que aquele opera tão bem quanto os inúmeros modelos contrafáticos de que está repleta a filosofia e que são concessões de seus autores para, eliminadas todas as condições adversas, convidar ao diálogo com a proposição. Se há um equívoco – mais frequente do que se esperaria – de juristas que simplesmente querem aplicar tais modelos contrafáticos à realidade sem, aí, enfrentar adequadamente as aporias então reveladas, a responsabilidade não é do filósofo, mas do jurista.

legitimidade. O aparato gigantesco, construído em local secreto, possivelmente subterrâneo, era o ápice de uma séria de computadores desenvolvidos, ao longo dos anos, para definir o resultado da eleição a partir de um número cada vez menor de votos apurados.

*Multivac* atuava em todas as partes do procedimento eleitoral. Após análise de dados de fatos ocorridos no país, ele estimava precisamente o perfil do eleitor que decidiria a eleição. Com base nesse perfil o supercomputador selecionava o *eleitor do ano*, uma única pessoa dentre todo o eleitorado – composto por homens entre 20 e 60 anos – que correspondia com exatidão ao perfil decisivo. E seria também *Multivac* a conduzir o peculiar procedimento de votação e apuração do resultado.

O *eleitor do ano* era contatado pelo serviço secreto e, sob vigilância, devia manter em sigilo o fato de haver sido selecionado. No dia da eleição, era levado a um local restrito para proferir o assim chamado “voto”. Para tanto, passava um dia respondendo a perguntas enviadas por *Multivac*. As perguntas eram aleatórias, sobre qualquer tema, como sua opinião sobre preço dos ovos, e vinham repassadas por um especialista em computação. Cabia ao *eleitor do ano* responder com a maior clareza possível e toda a calma necessária. As respostas eram gravadas e, depois de confirmadas, enviadas de volta ao supercomputador. Ao final do dia, após processar todos os dados, *Multivac* tinha condições de anunciar o Presidente eleito, como resultado apurado de uma inequívoca vontade política racionalmente manifestada em nome de todo o eleitorado.

Naquele fictício pleito de 2008, Norman Muller, um morador Bloomington, Indiana, foi escolhido eleitor do ano. De início relutante e assustado, tomado pelo receio de o eleito vir a ser ruim e ser ele a suportar a ira da opinião pública (como já ocorrera em outra ocasião), Norman termina o dia da eleição absolutamente orgulhoso: “nesse mundo imperfeito, os cidadãos soberanos da primeira e mais grandiosa Democracia Eletrônica tinham, através de Norman Muller (através dele!) exercido mais uma vez o seu sufrágio livre e desembaraçado”<sup>1103</sup>.

O conto apresenta o mais bem-acabado modelo estruturado sob a ótica procedimentalista. Aceita a premissa que os cálculos de *Multivac* são confiáveis, tem-se ultimado o atendimento às exigências de inclusão do eleitor decisivamente relevante (“não o mais esperto, ou o mais forte, ou o mais sortudo, mas apenas o mais representativo”, dirá o

---

<sup>1103</sup> *Ibid.* Tradução do original em inglês: “In this imperfect world, the sovereign citizens of the first and greatest Electronic Democracy had, through Norman Muller (through him!) exercised once again its free, untrammelled franchise.”

agente secreto ao anunciar a seleção a Norman Muller<sup>1104</sup>) e da máxima redução de complexidade da decisão política (“O que há sobre isso a não ser responder uma ou duas perguntas”, comenta Sarah, a mulher de Norman, bem observando que sequer ele precisará escolher entre os candidatos<sup>1105</sup>).

A percepção coletiva (pela geração *relevante*) da legitimação pelo procedimento fica clara na conversa entre Sarah, seu pai Matthew a pequena Linda, filha de Sarah e Norman. Quando Matthew diz que no passado “votava” e descreve o procedimento de ir à seção eleitoral, marcar na cédula o nome de um candidato e depositar o voto na urna, Linda se empolga como fato de o avô ter sido eleitor, mas Sarah retruca: “o vovô não quis dizer *votar*. Todo mundo fazia esse tipo de votação, seu avô também, mas isso não era realmente votar.”<sup>1106</sup>

### b) *Modelo downsiano: a democracia sob a lógica da economia*

É pertinente cotejar o conto *Franchise* com *An economic theory of democracy*<sup>1107</sup>, obra pioneira de Anthony Downs que, publicada 2 anos depois do conto, em 1957, viria a apresentar a aplicação da *teoria da escolha racional*<sup>1108</sup> para analisar o comportamento eleitoral.

<sup>1104</sup> *Ibid.* Tradução do original em inglês extraída do trecho: “Some Americans are better for the purpose than others at some given time, depending upon the happenings of that year. Multivac picked you as most representative this year. Not the smartest, or the strongest, or the luckiest, but just the most representative.”

<sup>1105</sup> *Ibid.* Tradução do original em inglês extraída do trecho em que também fica clara a isenção da responsabilidade do eleitor em caso de um voto ruim: “Norman whispered desperately, ‘It frightens me, Sarah. The whole thing.’ ‘For goodness’ sake, why? What’s there to it but answering a question or two? ‘The responsibility is too great. I couldn’t face it.’ ‘What responsibility? There isn’t any. Multivac picked you. It’s Multivac’s responsibility. Everyone knows that.’”

<sup>1106</sup> *Ibid.* Tradução do original em inglês extraída do trecho: “‘There was a time I voted. Marched right up to the polling booth, stuck my fist on the levers and voted. There was nothing to it. I just said: This fellow’s my man and I’m voting for him. That’s the way it should be.’ Linda said excitedly, ‘You voted, Grandpa? You really did?’ Sarah leaned forward quickly to quiet what might easily become an incongruous story drifting about the neighborhood, ‘It’s nothing, Linda. Grandpa doesn’t really mean voted. Everyone did that kind of voting, your grandpa, too, but it wasn’t really voting.’ Matthew roared, ‘It wasn’t when I was a little boy. I was twenty-two and I voted for Langley and it was real voting. My vote didn’t count for much, maybe, but it was as good as anyone else’s. Anyone else’s.’”

<sup>1107</sup> DOWNS, Anthony, **An economic theory of democracy**, [s.l.]: Harper, 1957.

<sup>1108</sup> A *teoria da escolha racional* é uma teoria econômica formulada por Kenneth Arrow, que busca explicar o funcionamento do mercado a partir da presunção de que pessoas agem racionalmente, isto é, ordenando preferências de modo consistente e agindo de acordo com isso. É uma teoria formal, aplicável ao método de escolhas coletivas, que não pretende comparar o valor das preferências individuais. Deve-se mencionar que o próprio Arrow reconhece a analogia entre o funcionamento do mercado e a votação. Segundo ele, costume, autoridade e consenso são os três métodos de escolha social, sendo a votação e o mercado subdivisões do consenso. (ARROW, Kenneth Joseph, **Social choice and individual values**, London : Chapman , 1951.).

Segundo Downs, eleitores (e, também, partidos) agem sempre de modo motivado, visando uma utilidade e escolhendo os meios menos onerosos para atingir esse objetivo<sup>1109</sup>. Sua análise é reconhecidamente instrumentalista: “votar é instrumentalmente um ato racional somente quando os benefícios esperados da votação excedem os ‘custos de oportunidade’ de usos alternativos do tempo da pessoa (inclusive o tempo envolvido em decidir como melhor votar)”<sup>1110</sup>.

O problema, segundo aponta o próprio Downs, é que, dada a diluição de votos, qualquer eleitor é levado a concluir que é “racional ser ignorante” em matéria política: sendo mínima sua possibilidade de influenciar o resultado, não há compensação suficiente para o custo de se informar adequadamente sobre as opções eleitorais ou mesmo votar<sup>1111</sup>. Nasce daí o *paradoxo da democracia*, enunciado por Downs:

(1) cidadãos racionais querem que a democracia funcione bem em ordem de auferir seus benefícios, e ela funciona melhor quando o cidadão está bem informado; e (2) é individualmente irracional estar bem informado. [...]

Este paradoxo existe porque os benefícios que os homens obtêm de uma organização social eficiente são indivisíveis; para fins desta discussão, deixe-nos assumir que todos se beneficiam a longo prazo se o governo é verdadeiramente "por consentimento dos governados"; i. e. se cada eleitor expressa seus verdadeiros pontos de vista no voto. Por "verdadeiros" pontos de vista, queremos dizer as opiniões que ele teria se ele pensasse que seu voto decidiria o resultado.

Mas na verdade o seu voto não é decisivo: é perdido em um mar de outros votos. Daí ele mesmo estar bem informado não tem nenhum impacto perceptível sobre os benefícios que ele recebe. Se todos os outros expressam suas verdadeiras opiniões, ele aúfere os benefícios de um eleitorado bem informado, não importa quão bem informado ele seja; Se o é mal informado, ele não pode produzir tais benefícios ele mesmo. Portanto, em todos os casos de benefícios indivisíveis, o indivíduo é motivado a esquivar-se de sua quota de custos: ele se recusa a obter informações suficientes para formar seus verdadeiros pontos de

---

<sup>1109</sup> A definição de *racionalidade* adotada por Downs é econômica: “[...] the term rational is never applied to an agent’s ends, but only to his means. This follows from the definition of *rational* as efficient, i. e. maximizing output for a given input, or minimizing input for a given output. Thus, whenever economists refer to a ‘rational men’ they are not designating a man whose thought processes consist exclusively of logical propositions, or a man without prejudices, or a man whose emotions are inoperative. [...] the economic definition refers solely to a man who moves toward his goals in a way which, to the best of his knowledge, uses the least possible input of scarce resources per unit of valued output”. (*Ibid.*, p. 5.).

<sup>1110</sup> GROFMAN, Bernard, Downsian model, in: **International encyclopedia of elections**, London: Macmillan, 2000, p. 70–72., p. 70. Tradução do original em inglês: “voting is an instrumentally rational act only when the expected benefits of voting exceed the “opportunity costs’ of alternative uses of one’s time (including the time involved in deciding how best to vote).”

<sup>1111</sup> DOWNS, **An economic theory of democracy.**, p. 244-245 *passim*.

vista. Uma vez que todos os homens fazem isso, a eleição não reflete o verdadeiro consentimento dos governados.<sup>1112</sup>

No modelo downsiano, a decisão por votar somente é racional diante de eleições muito disputadas em que haja a percepção do eleitor de que ele pode influenciar significativamente o resultado<sup>1113</sup>. Contudo, sendo este cenário raro, o próprio autor reconhece, razões não-instrumentais (e, portanto, irracionais), decorrentes de um senso de responsabilidade, levam as pessoas a votar<sup>1114</sup>.

Porém, a informação continua tendo um custo de oportunidade mais alto do que o simples ato de ir votar. Nesse cenário, Downs considera três perfis de comportamento eleitoral (além da abstenção): eleitores que votam em seu partido de preferência; os que optam por um voto útil, escolhendo um *second-best* porque seu partido não tem chance; os que escolhem aleatoriamente um partido.

Nesse último grupo, estarão os eleitores não informados, em oposição aos outros dois. Contudo, para Downs, os “erros” (votos desinformados) de lado a lado, aleatoriamente distribuídos, se compensarão, anulando-se reciprocamente e, enfim, a eleição será decidida por votos “corretos”, isto é, dados por eleitores que efetivamente contrabalancearam as propostas e definiram o voto objetivando um bem (individual ou coletivo)<sup>1115</sup>.

---

<sup>1112</sup> *Ibid.*, p. 246. Tradução do original em inglês: “(1) rational citizens want democracy to work well so as to gain its benefits, and it works best when the citizenry is well-informed; and (2) it is individually irrational to be well-informed. [...] This paradox exists because the benefits men derive from efficient social organization are indivisible; For purposes of this discussion, let us assume that everyone benefits in the long run if government is truly “by consent of the governed”; i. e. if every voter expresses his true views in voting. By his “true” views, we mean the views he would have if he thought that his vote decided the outcome. But in fact his vote is not decisive: it is lost in a sea of other votes. Hence whether he himself is well-informed has no perceptible impact on the benefits he gets. If all others express their true views, he gets the benefits of a well-informed electorate no matter how well-informed he is; if he is badly informed, he cannot produce these benefits himself. Therefore, in all cases of indivisible benefits, the individual is motivated to shirk his share of costs: he refuses to get enough information to discover his true views. Since all men do this, the election does not reflect the true consent of the governed.”

<sup>1113</sup> Como sintetiza Grofman: “When rationality is judged in purely instrumental terms, only in the presence of electoral uncertainty is it possible for voting to be a rational act. [...] Only if new information can be expected to improve our decision making, so as to give us a higher expected payoff than before, and only if that expected gain exceeds the costs of pursuing the new information will be instrumentally rational to seek additional political knowledge.” (GROFMAN, Downsian model., p. 70-71 *passim.*).

<sup>1114</sup> DOWNS, **An economic theory of democracy.**, p. 267-268.

<sup>1115</sup> Essa sequência de raciocínio não chega a estar sistematizada na obra de Downs, que apenas diz: “Seen as a group, the citizens who vote by preference determine the immediate outcome of the election [...]. Citizens who vote randomly [don’t], since their votes cancel in so far as the immediate outcome is concerned. Citizens who abstain also have no influence on who wins the election.” (*Ibid.*, p. 273.).

Se bem observado, as premissas de Downs são aquelas de que parte *Multivac*. O computador seleciona o *eleitor do ano* a partir de fatos importantes ocorridos no país e processa as respostas daquele a questões amplas, sendo assim capaz de apontar – melhor que o próprio – o candidato mais apto a atender a suas demandas.

Ademais, o paradoxo da democracia pode ser neutralizado, porque *Multivac* processa dados relativos àquilo que pensa o eleitor e as propostas dos candidatos, dispensando aquele do custo da informação necessária para verificar, dentre os últimos, qual lhe atenderia melhor.

Por fim, a escolha do *eleitor do ano* a partir do perfil da parcela do eleitorado que definiria a eleição pode ser visto como um cálculo antecipado do descarte das abstenções e dos votos aleatórios e da apuração final dos votos informados. São aproximações, impressionantes, que demonstram que a fictícia *Democracia Eletrônica* também é pensada para atender exigências instrumentalistas.

Se Downs não se volta contra a extensão do sufrágio a eleitores *despreparados*, é por considerar que os erros destes se compensam reciprocamente, tornando-se, ao final, irrelevantes. Mas, assim como parece ser inatingível a tecnologia que pudesse realizar o trabalho de *Multivac* sem falhas, tampouco as premissas e conclusões de Downs, apesar de sua notável relevância para a Ciência Política, ficaram imunes a críticas contundentes.

### c) As objeções ao *milagre da agregação*

Desde a abertura da obra, Downs admite não ser possível assumir *a priori* que comportamentos humanos obedeçam a um padrão racional, “razoavelmente dirigido para alcançar objetivos conscientes”, mas argumenta que uma simplificação como essa é indispensável para que se possa prever comportamentos<sup>1116</sup>. Em resposta, Caplan afirma que o fato de todos os modelos serem simplificações “é uma razão fraca para o hábito de partir de presunções *opostas* ao que sabemos”<sup>1117</sup>. Para ele, é impossível ignorar a *irracionalidade* do eleitorado, algo muito diverso da ignorância deliberada decorrente de um cálculo racional quanto à conveniência e utilidade de se informar<sup>1118</sup>.

---

<sup>1116</sup> *Ibid.*, p. 4.

<sup>1117</sup> CAPLAN, *The myth of the rational voter: why democracies choose bad policies.*, p. 207.

<sup>1118</sup> Conforme sintetizado por José Jorge Gabriel Júnior a respeito de Caplan: “sua idéia [sic] central é que os eleitores não são apenas ignorantes, eles são, em uma palavra, irracionais – e a adoção de políticas ineficientes se deve exatamente porque os candidatos atendem aos desejos do eleitorado.” (GABRIEL JÚNIOR, José Jorge, **Democracia, mercado e racionalidade: um estudo sobre o eleitor no Brasil**, Dissertação. Universidade de Brasília (Departamento de Economia), 2009., p. 11.).



A principal presunção debatida é a de que os “erros” sejam aleatórios e se dividam de forma equilibrada a ponto de serem irrelevantes para o resultado. Esse fenômeno esboçado por Downs foi designado posteriormente, não sem alguma ironia, por *milagre da agregação*<sup>1119</sup>. Autores filiados a Downs defendem o efeito de correção coletiva da decisão eleitoral a despeito dos erros individuais de voto, considerando isso um exemplo comum da “lei dos grandes números”<sup>1120</sup>. Conforme explica Benjamin Page, “evidências de ignorância, desatenção ou dúvida substancial *entre indivíduos* podem não ser relevantes para a existência ou inexistência de uma opinião pública coletiva”<sup>1121</sup>.

Contudo, os objetores da explicação fazem persistente uso do termo *milagre* para sugerir sua pouca razoabilidade. George Bishop dirá que “todo o edifício ‘razão pública’ coletiva, e todos os seus primos paradigmáticos, que repousam sobre o milagre da agregação, colapsam sobre o peso da evidência de erro de medição generalizada e sistemática em pesquisas de opinião pública”<sup>1122</sup>. De forma ainda mais ácida, Caplan afirma que o milagre da agregação

---

<sup>1119</sup> Caplan sintetiza: “To take a simple example, suppose there is an election with two candidates, and 98 percent of citizens are so ignorant that they literally vote at random. The remaining 2 percent of citizens know that candidate A is better than candidate B. As long as the electorate is reasonably large, each candidate gets approximately half of the ignorant votes. However, since A also gets 100 percent of the informed votes, he wins with a vote share of 51 percent (49 percent plus 2 percent). The election has exactly the same winner as it would have had if all of the voters – not just 2 percent – were well-informed. This result seems so amazing that it has become known as the Miracle of Aggregation. Electorates “act as if” they were fully informed, even if the vast majority knows nothing at all. It may seem magical, but it follows logically from the assumption of “fair-coin error”: except in very small elections, ignorant voters will split about fifty-fifty, leaving the well-informed in charge.” (CAPLAN, Bryan, Majorities against utility: implications of the failure of the miracle of aggregation, **Social Philosophy & Policy**, v. 26, n. 1, p. 198–221, 2009., p. 199.).

<sup>1120</sup> Segundo Benjamin Page e Robert Shapiro, a lei dos grandes números determina que “under the right conditions, individual measurement errors will be independently random and will tend to cancel each other out. Errors in one direction will tend to offset errors in the opposite direction.” (PAGE, Benjamin I.; SHAPIRO, Robert, The rational public and democracy, *in*: MARCUS, George; HANSON, Russel (Orgs.), **Reconsidering the democratic public**, Univesity Park: Pensilvania State University Press, 1993, p. 33–64., p. 40.).

<sup>1121</sup> PAGE, Benjamin I., Is public opinion an illusion?, **Critical Review**, v. 19, n. 1, p. 35–45, 2007., p. 39. Tradução do original em inglês: “[...] evidence of substantial ignorance, inattention, or uncertainty *among individuals* may not be relevant to the existence or nonexistence of collective public opinion.”

<sup>1122</sup> BISHOP, George F, Rational public opinion or its manufacture? Reply to Page, **Critical Review**, v. 20, n. 1–2, p. 141–157, 2008., p. 152. Tradução do original em inglês extraída do trecho: “In fact, the entire edifice of the collective ‘rational public,’ and all of its paradigmatic cousins, which rests upon the miracle of aggregation, collapses under the weighty evidence of pervasive and systematic measurement error in public opinion surveys—not to mention the over-whelming evidence of systematic biases at the individual level that arise from the use of “sensible” cognitive heuristics to answer survey questions. One big plank in the “rational public” paradigm must now be discarded.”

pode ser “lido como a receita de um alquimista: misture 99 partes de tolice com 1 parte de sabedoria para obter um composto tão bom quanto sabedoria não-adulterada”<sup>1123</sup>.

Caplan sustenta que tais erros são sistemáticos e atingem precisamente o que, em seu entendimento, mais importa: questões econômicas. Para o autor, os votos “errados” – isto é, sem adequado conhecimento dos efeitos das propostas de governo – tendem a se concentrar em um determinado sentido em decorrência de quatro vieses a respeito de políticas econômicas: *antimercado*, *antiestrangeiro*, *empreguista* e *pessimista*<sup>1124</sup>. Por isso, segundo Caplan, os votos desinformados não se anulam – ao contrário, influem decisivamente no resultado da eleição, e levam a decisões eleitorais ruins<sup>1125</sup>.

Para Caplan, admitido que a tolice é central na política, o que resta aos “sábios” das Ciências Sociais é observar e aprender “com os tolos”<sup>1126</sup>. Não há porque inferir do tom de ceticismo do autor uma postura conformista, no sentido de que as decisões políticas erradas são inevitáveis e que restaria estudar o cenário com interesse laboratorial. Afinal, é o mesmo Caplan quem afirma: “[...] a opinião pública sensata é um bem público. Quando um consumidor tem crenças equivocadas sobre o que comprar, ele paga a conta. Quando um eleitor tem crenças equivocadas sobre políticas públicas, toda a população arca com a fatura.”<sup>1127</sup> Assim, ao que parece, o “aprendizado dos sábios” consiste em que cidadãos preparados, capazes de evitar os

---

<sup>1123</sup> CAPLAN, *The myth of the rational voter: why democracies choose bad policies.*, p. 8. Tradução do original em inglês extraída do trecho: “This result has been aptly named “Miracle of Aggregation. It reads like an alchemist’s recipe: Mix 99 part folly with 1 part wisdom to get a compound as good as unadulterated wisdom. An *almost* completely ignorant electorate makes the same decisions as a fully informed electorate – lead into gold, indeed!”

<sup>1124</sup> *Ibid.* Em suas palavras: “People do not understand the ‘invisible hand’ of the Market, its ability to harmonize private greed and the public interest. I call this *antimarket* bias. People underestimate the benefits of interaction with foreigners. I call this *antiforeign* bias. People equate prosperity not with production, but with employment. I call this *make-work* bias. Lastly, people are overly prone to think that economic conditions are bad and getting worse. I call this *pessimistic* bias.” (p. 10.).

<sup>1125</sup> Se há um viés que fica indisfarçável nessa conclusão é o viés neoliberal da análise de Caplan. Tão convencido está o autor das vantagens inquestionáveis do neoliberalismo e de que a economia segue tão bem quanto possível que reputa irrefletido o voto que não endosse o livre mercado, a priorização do comércio exterior, o recebimento de estrangeiros que forneçam mão-de-obra não especializada barata e a flexibilização da legislação trabalhista.

<sup>1126</sup> CAPLAN, *The myth of the rational voter: why democracies choose bad policies.*, p. 209. No fechamento da obra, o autor assevera: “Social science has purchased many blind alleys – and ignored many promising ones – out of misguided insistence that every model be a ‘story without fools’, even in areas like politics where folly is central. A proverb tells us that “a wise man learns more from a fool than a fool learns from a wise man.” By closing their eyes to fools and folly, the wise men of social science have artificially hobbled the advance of their own learning.”

<sup>1127</sup> *Ibid.*, p. 14. Tradução do original em inglês: “Sensible public opinion is a public good. When a consumer has mistaken beliefs about what to buy, he foots the bill. When a voter has mistaken beliefs about government policy, the whole population picks up the tab.”

quatro vieses que levam a decisões erradas, equacionem como podem influenciar a escolha de um eleitorado maciçamente despreparado.

A discussão da presença de eleitores *despreparados* e *nocivos* e seus efeitos sobre a representação política segue sendo objeto de análises instrumentalistas. Diante de decisões eleitorais consideradas ruins, qual seria a solução a ser adotada?

#### **d) Lotocracia: representação política sem procedimento eleitoral**

Alexander Guerrero, em uma radicalização<sup>1128</sup> da crítica ao procedimento eleitoral, defende a adoção da *Lotocracia*, na qual os cargos legislativos seriam preenchidos por sorteio<sup>1129</sup>.

Em sua análise, o modelo eleitoral já se mostrou falho em prover tanto responsividade<sup>1130</sup> quanto bons governos e não há nenhuma reforma capaz de atacar a causa disso: o fato de que, em função de custos reais e vantagens econômicas e políticas desiguais, eleições não são adequadamente livres, competitivas e justas. Para o autor, se as eleições não cumprem os objetivos para o qual foram pensadas, não há porque mantê-las e o modelo lotocrático deve ser seriamente considerado uma alternativa.

O modelo proposto contém os seguintes traços: a) a legislatura, em lugar de ser uma única Casa de função generalista, se dividiria em diversas legislaturas temáticas (como Agricultura e Saúde Pública); b) os membros de cada Casa temática seriam escolhidos por sorteio dentro de uma “circunscrição relevante” e c) os membros ouviriam especialistas variados a respeito do tema, no começo de cada sessão legislativa”<sup>1131</sup>.

<sup>1128</sup> O termo se refere ao fato de que a crítica do autor se dirige à raiz do problema por ele identificado, não significando qualquer depreciação do seu argumento.

<sup>1129</sup> GUERRERO, Alexander A., *Against Elections: The Lottocratic Alternative*, **Philosophy and Public Affairs**, v. 42, n. 2, p. 135–178, 2014.

<sup>1130</sup> A responsividade referida pro Guerrero é diferente da *accountability* sugerida mais estritamente pelo modelo liberal. Enquanto esta se concentra na faculdade do eleitorado de remover maus governantes na eleição subsequente, aquela significa que “[...] political outcomes are responsive to the extent that they are tied to what the people living in the political jurisdiction actually believe prefer, or value, so that if those beliefs, preferences, or values were different, the political outcomes would also be different, would be different in a similar direction, and would be different because the beliefs, preferences, and values were different.” (*Ibid.*, p. 136.).

<sup>1131</sup> *Ibid.*, p. 155-156. Tradução livre do original em inglês extraída do trecho: “The three distinctive features of the full lottocratic system as I envision it are: (1) that the legislative function is fulfilled by many different single- issue legislatures (each one focusing just on, for example, Agriculture or Health Care), rather than by a single, generalist legislature; (2) that the members of these single-issue legislatures are chosen by lottery from the relevant political jurisdiction; and (3) that the members of the single-issue legislatures hear from a variety of experts on the relevant topic at the beginning of each legislative session.”

Apesar de verter a ideia de que a supressão das eleições e, também, dos partidos políticos, incrementaria a qualidade da participação política, Guerrero não parece ser capaz de lidar com os aspectos práticos que, a bem de ver, estão relacionados os problemas que ele pretendia endereçar (falta de responsividade e maus governos). Exatamente no ponto em que afirma que “todos os cidadãos adultos na circunscrição seriam elegíveis a serem selecionados”<sup>1132</sup>, o autor adianta objeções a seu modelo, acompanhadas de uma insatisfatória resposta a estas.

Primeiro, diz que não haveria compulsoriedade do mandato, mas considera que incentivos financeiros significativos e “esforços” para acomodar o representante e sua família levariam a desenvolver uma “cultura cívica” para que, ao contrário do júri, “servir fosse visto como um dos deveres e honras públicos mais significativos”. Segundo, reconhece que o sorteio também pode levar a um preenchimento insatisfatório dos cargos, de modo que seria necessário haver “mecanismos para remover pessoas com mau comportamento”, em especial aquelas que demonstrassem “estarem intoxicadas ou de outro modo despreparadas para participar inteiramente”. Terceiro, quanto ao possível manuseio indistinto desses mecanismos, considera que devam ser “estruturados para proteger aqueles que apenas são desagradáveis ou que têm visões divergentes”<sup>1133</sup>.

Não há razão para supor que cidadãos que sequer se apresentaram como previamente interessados em disputar os cargos tenham maior disposição para exercer tais cargos e, sem colocar interesses pessoais ou setoriais à frente de outros tidos mais amplos, conduzir políticas públicas de modo *responsivo* e assegurar *bons governos*. De outro lado, Guerrero não supera a desconfiança em elementos *despreparados* e *nocivos* e se prontifica a cogitar de um instrumento que possa impedir tais pessoas, mesmo se sorteadas, de continuar nos cargos. Por fim, o autor apenas almeja – como, de resto, deve-se almejar na democracia, nem sempre tendo-se nisso sucesso – que mecanismos de controle do poder político não sejam desvirtuados ao ponto de servirem para a pura e simples deposição de legítimos ocupantes dos cargos públicos.

---

<sup>1132</sup> *Ibid.*, p. 156. Tradução do original em inglês: “All adult citizens in the political jurisdiction would be eligible to be selected.”

<sup>1133</sup> *Ibid.*, *loc. cit.* Tradução do original em inglês extraída do trecho: “People would not be legally required to serve if selected, but the financial incentives would be considerable, efforts would be made to accommodate family and work schedules (including providing relocation expenses and legal protections so that individuals or their families are not penalized professionally for serving), and the civic culture might need to be developed so that (unlike jury duty) serving is seen as one of the most significant civic duties and honors. There should be some mechanism of removing people for bad behavior—failing to attend meetings, speaking out of turn, showing up intoxicated or otherwise incapable of participating fully - but this mechanism should be structured so as to protect those who simply are unlikable or who have divergent views.”

Além disso, o funcionamento das Casas temáticas envolveria muito mais pessoas que o sistema atual e seria mais complexa. Guerrero fala em Casas com 300 membros e em renovação anual de 100 desses membros. A aposta na audiência com especialistas ao início de cada sessão legislativa parece excessivamente otimista para assegurar resultados consistentes. Ao final, a eliminação da complexidade no procedimento de seleção, com supressão das figuras de partidos e candidatos, parece apenas diferir o problema da organização das correntes políticas: compromissos razoavelmente permanentes e conhecidos de forma minimamente antecipada cedem ao imprevisível cenário de cada legislatura, anualmente reconfigurado pela alternância de 1/3 dos membros. Com isso, parece refutável, até mesmo, o apelo da *simplificação* ante a pura e simples eliminação das eleições.

Desse modo, as expectativas da *Lotocracia* para a formação de mandatos legítimos são tão ou mais altas que aquelas associadas ao *método eleitoral* – ainda que a este reduzidas às eleições. Aliás, porque fundada na mesma racionalidade instrumental que conduz o ideal liberal de formação de um eleitorado com preparo e comprometimento cívico<sup>1134</sup>, não é de surpreender que a *Lotocracia* culmine por defender critérios de exclusão, do campo político, de pessoas consideradas inaptas. A referência à “toxicidade” e à ampla “incapacidade para participação plena” leva a indagar os parâmetros que subsidiariam tais decretos, não havendo porque não suspeitar que fossem os mesmos que, historicamente, redundam em alijamento político.

#### e) ***Enfranchisement Lottery*: eleição por amostra e cultivo de aristocracia eleitoral**

Mais franco em relação a seu direcionamento aristocrático, Claudio López-Guerra apresenta sua proposta de *Enfranchisement Lottery*, que abertamente propõe a *cultivar [brew]* uma aristocracia eleitoral<sup>1135</sup>. Seu método compõe-se de duas etapas: um *sorteio exclusivo*, para selecionar uma amostra que comporia um colégio de *pré-eleitores*; e um *processo de formação de competência*, durante o qual os pré-eleitores seriam devidamente capacitados para votar. Na síntese do autor, enquanto nos “esquemas aristocráticos tradicionais” um eleitorado capacitado é obtido “pela seleção dos indivíduos mais competentes” em seu *Enfranchisement Lottery* isso se faz “nomeadamente, cultivando os mais competentes.”<sup>1136</sup>

<sup>1134</sup> Como anuncia Guerrero: “I will focus on two significant dimensions of normative evaluation, both of which concern the *outcomes* that a political system brings about.” *Ibid.*, p. 136.

<sup>1135</sup> LÓPEZ-GUERRA, **Democracy and disenfranchisement: the morality of electoral exclusions.**, Capítulo 2.

<sup>1136</sup> *Ibid.*, p. 7. Tradução do original em inglês extraída do trecho: “Traditional aristocratic schemes achieve this by screening for the most competent individuals. The enfranchisement lottery proceeds differently: namely, by breeding the most competent.”

O modelo parece apto a atender a exigências procedimentalistas e instrumentalistas.

De um lado, López-Guerra assinala que, apesar de acarretar um *disenfranchisement* em larga escala, a aleatoriedade da exclusão, ao contrário daquelas promovidas em função de raça ou gênero, não inspiraria revolta: “a exclusão não é degradante para os não selecionados em uma ocasião porque não assinala que aqueles são inerentemente menos competentes, ou menos valorosos, que aqueles que poderão votar.”<sup>1137</sup> No ponto inicial, os pré-eleitores seriam apenas um *microcosmo*, fiel ao grupo maior dentro do qual selecionado. Assim, o *Enfranchisement Lottery* pode ser procedimentalmente justificado.

De outro lado, o processo de formação de competências é defendido como capaz de tornar o modelo mais exitoso que aquele em que todos votam e o fazem confiando apenas na propaganda eleitoral para se capacitarem. Aquela etapa mira a transmissão de “informações ótimas sobre as alternativas na cédula”<sup>1138</sup>. López-Guerra considera que “participar de um exercício extensivo (de vários dias) cuidadosamente desenhado para fornecer informação verdadeira, equilibrada e relevante sobre as alternativas na cédula nos permitiria criar melhores eleitores do que campanhas de massa sob [o sistema de] sufrágio universal”<sup>1139</sup>. Por isso, haveria também uma justificativa instrumental em favor do modelo.

Ocorre que o problema resolvido no modelo de López-Guerra parece ser apenas o de *escala*. Considera ele que, ao reduzir o eleitorado a uma amostra aleatória da população, seria possível transformar a preparação do eleitorado em um experimento controlado. Mas duas questões sobressaem diante dessa solução: i) os complexos critérios e procedimentos necessários para que a amostra tenha confiabilidade e fidelidade; e ii) a estruturação sensível do procedimento de formação de competências, a começar por definir quem seria o responsável pela seleção e repasse das informações ótimas.

Ao final, o próprio autor reconhece que poderão existir “razões não-epistêmicas” – procedimentais e instrumentais – que levem à não adoção do seu modelo na maioria dos países,

---

<sup>1137</sup> LÓPEZ-GUERRA, **Democracy and disenfranchisement: the morality of electoral exclusions.**, p. 49. Tradução do original em inglês extraída do trecho: “[...] excluding people on the basis of irrelevant conditions such as race or gender is to treat them without due respect. This, as we know, can rightly mobilize people. However, a random procedure treats everyone fairly. It does not degrade those who are not selected on a given occasion because their exclusion does not signal that they are inherently less competent, or less valuable, than those who get to vote.”

<sup>1138</sup> *Ibid.*, p. 32. Tradução do original em inglês extraída do trecho: “[...] the ideal of competence here concerns the possession of optimal information about the alternatives on the ballot. A well-informed electorate would make the incidence of bad electoral results less likely, or so I will argue.”

<sup>1139</sup> *Ibid.*, p. 37. Tradução do original em inglês: “Participating in an extensive (multiple-day) exercise carefully designed to provide truthful, balanced, and relevant information about the alternatives on the ballot would allow us to create better voters than massive campaigns under universal suffrage.”

pois seu sucesso depende de “legalidade forte, confiança pública e prosperidade relativa”<sup>1140</sup>. O risco de cooptação do eleitor selecionado e, mais que isso, de *percepção* do sistema como fraudulento justificaria, assim, a manutenção do sufrágio universal<sup>1141</sup>.

Porém, outras razões há, epistêmicas, para reputar frágil a construção: se a premissa de López-Guerra é aprimorar a democracia em países com os indicadores positivos a que ele se refere, o aprisionamento do debate eleitoral em um ambiente artificialmente recortado para deixar à margem a maior parte do eleitorado e mediar a competição entre os candidatos por *formadores de competências* não parece compatível, sequer, com a compreensão de liberdades públicas prevalecente nesses mesmos países.

A amostra de concepções teóricas ilustra a dinâmica de *disenfranchisement* oculta na abordagem pragmática do procedimento eleitoral. Mirando-se ora na eficiência procedimental (desprocessualizada), ora nos resultados (já presumidos) melhores, logra-se aliar legitimados ativos do processo eleitoral. No primeiro caso, argumenta-se que não há razões para perda de eficiência do procedimento que decorreria da inclusão ou adoção de medidas que assegurassem a participação de grupos tidos por *irrelevantes*; no segundo, afirma-se que os resultados podem ser piorados caso sejam mantidos ou incluídos determinados grupos que se reputa *despreparados* para a escolha.

A impossibilidade de acolhimento dessas propostas no âmbito da processualidade democrática sustenta o contraponto à naturalidade com que o procedimentalismo e o instrumentalismo se fazem presentes nos atos estatais que interferem no processo eleitoral.

---

<sup>1140</sup> *Ibid.*, p. 47 e seg. *passim*.

<sup>1141</sup> *Ibid.*, p. 51. Acompanhe-se o argumento do autor: “To be clear, the problem is not that the adoption of the enfranchisement lottery might be unpopular. That (p.50) could be fixed. Rather, the problem is that the operation of the system, even if its adoption were widely endorsed, could lead more easily to destabilizing post-electoral conflicts compared to universal suffrage. The problem, specifically, is that there is no straightforward way to show that the sortition and the competence-building process have not been tampered with. The point is only a comparative one: universal suffrage leaves less room for doubt than does the enfranchisement lottery. Under universal suffrage, the procedure through which people acquire the right to vote is more transparent. The conditions are publicly known and people can largely observe whether they are respected or violated. Specifically, there is no manipulable device and no mysterious selection mechanism at work. Thus, the process of enfranchisement under universal suffrage is less likely to be misrepresented as rigged. As a device for allocating political power, universal suffrage is more likely to secure political order.”

### **3.3 O Estado como instituição democrática no processo eleitoral: a atuação coinstitucionalizada da Justiça Eleitoral**

Compreender o resultado das eleições como uma decisão pública não performada por ato estatal é imprescindível para delinear o papel do Estado no processo eleitoral. Enquanto o ato estatal performa as decisões legislativas, administrativas e judiciais, a decisão eleitoral gera sentidos jurídicos vinculantes desde que manifestada nas urnas (ato *suirreferenciado*). O Estado atua para organizar o procedimento, apurar e totalizar os votos, homologar os resultados, proclamar e diplomar os eleitos, viabilizar procedimentos inscritos no controle-garantia. Mas são atos secundários (*heterorreferenciados*), que não compõem o ato decisório propriamente dito.

A teoria neoinstitucionalista concebe o Estado Democrático de Direito como tipo de estatalidade a ser implementada no espaço processual. Como instituição coinstitucionalizada, o Estado não é entidade, mas normatividade, o que exige ressignificar sua estruturação e funcionamento, em órgãos acaso existentes na realidade, a partir do código intradiscursivo fornecido pelo contexto constitucional. A isomenia, como instituto nivelador da processualidade democrática, coloca o Estado em idêntica posição institucional com a Cidadania, vinculando a legitimidade dos atos estatais à preservação dos espaços de atuação desta. Tais espaços são demarcados pelos princípios institutivos contraditório, ampla defesa e isonomia, referentes argumentativos dos direitos à vida, à liberdade e à dignidade.

Essas premissas se aplicam à atuação de quaisquer órgãos estatais – legislativos, administrativos, judiciários. Mas, considerando-se o recorte da presente pesquisa, importa trazer em destaque a atuação dos órgãos judiciários. O estudo de caso realizado no Capítulo 2 teve enfoque nas decisões do STF e de que modo impactam no processo eleitoral. Cumpre, neste subcapítulo, deter-se sobre as funções exercidas pela Justiça Eleitoral, uma vez que constituem a principal via pela qual se espraiam, no processo eleitoral, os atos estatais.

Volvendo-se aos componentes do código discursivo construído no Capítulo 1, identificou-se a Justiça Eleitoral como órgão estatal destinada ao controle-garantia do processo eleitoral, pelas atividades de *racionalização* e *veredicação* do procedimento eleitoral, as quais pressupõem a preservação dos espaços de atuação legítima dos cidadãos, como participantes e decisores.

Promove-se, agora, a testificação dos órgãos eleitorais, tais como se apresentam na realidade, de modo a aferir a legitimidade de sua atuação frente ao paradigma da processualidade democrática e da teoria neoinstitucionalista, já justificada como *melhor*



conjectura para teorização do processo eleitoral democrático.

### 3.3.1 *O controle a cargo da Justiça Eleitoral nos paradigmas estatais brasileiros*

Conforme posto por Rodolfo Viana Pereira, o controle-garantia deve observar o paradigma que informa o Estado no qual é instituído<sup>1142</sup>.

A função de controle do processo eleitoral, no contexto do Estado Liberal, identifica-o primordialmente como limite ao governo, simbolizado pela destituição do gabinete no parlamentarismo. De acordo com a abordagem dada nesta pesquisa ao voto periódico<sup>1143</sup>, uma leitura similar pode ser feita sobre o *recall*, em face de seu conteúdo revocatório amplo, de motivação política e incidência imprevisível.

Terceira figura amoldada a essa lógica é a *verificación de poderes*. De acordo como Orozco Henríquez, o termo se refere: i) originariamente, ao poder dos parlamentares eleitos (ou a alguns deles) de realizar o “exame de ofício (não mediado por uma impugnação) sobre a legalidade e validade de determinada eleição (concretamente, a respeito da regularidade de seus resultados quanto à satisfação dos requisitos da elegibilidade do candidato eleito)”; ii) posteriormente, também a um *contencioso político*, no qual órgão legislativo também decide as impugnações que lhe são apresentadas<sup>1144</sup>. Essa atuação se ancora em uma noção radical da separação de poderes, segundo a qual somente o parlamento detém legitimidade para atestar a regularidade dos mandatos de seus membros e, assim, resguardar sua autonomia e independência frente ao governo<sup>1145</sup>.

No Brasil, a verificação de poderes subsistiu como sistema de controle entre 1824 e 1932, período no qual o Poder Legislativo era também incumbido da administração das

---

<sup>1142</sup> PEREIRA, **Direito Constitucional Democrático: controle e participação como elementos fundantes e garantidores da constitucionalidade.**

<sup>1143</sup> Cf. Subseção 1.2.3.6.

<sup>1144</sup> OROZCO HENRÍQUEZ, J. Jesús, El contencioso electoral, la calificación electoral, *in*: NOHLEN, Hans-Dieter *et al* (Orgs.), **Tratado de derecho electoral comparado de América Latina**, Mexico: FCE, 2007, p. 1157. Tradução do original em espanhol extraída do trecho: “[...] la verificación de poderes o calificación de elecciones, consistente en el examen de oficio (sin que medie impugnación) sobre la legalidad y validez de determinada elección (concretamente, respecto de la regularidad de sus resultados o en cuanto a la satisfacción de los requisitos de elegibilidad del candidato electo), y la resolución o juicio que recae ante la interposición de una impugnación por presuntas irregularidades en cierta elección, ya que esta última es la que efectivamente tiene carácter contencioso y es objeto del presente estudio.”

<sup>1145</sup> PEREIRA, **Tutela coletiva no direito eleitoral: controle social e fiscalização das eleições**, p. 29; OROZCO HENRÍQUEZ, El contencioso electoral, la calificación electoral, p. 1157.

eleições, “em um modelo de organização que notadamente carecia de critérios objetivos e estritamente técnicos”<sup>1146</sup>. Conforme sintetiza Maria Tereza Sadek, no modelo de verificação de poderes, as Câmaras Legislativas adotavam práticas com as quais “a máquina majoritária assegurava sua perpetuação, manipulando todas as etapas do processo eleitoral” e chegava “a decapitar mandatos oposicionistas que porventura houvessem conseguido vencer os obstáculos próprios a cada fase do processo eleitoral”<sup>1147</sup>.

O Decreto 21.076/1932 pôs fim à verificação de poderes, ao criar a Justiça Eleitoral como fruto histórico da “crítica à oligarquia instalada na Primeira República e da total desconfiança do modelo de processo eleitoral gerenciado não só pelo coronelismo desse período, mas também pelo histórico de fraudes que acompanham a formação da disputa eleitoral brasileira”<sup>1148</sup>. A criação da Justiça Eleitoral almejava transferir a administração das eleições a “uma instituição judiciária, formalmente independente dos poderes políticos, com a finalidade de dar garantia ao voto”<sup>1149</sup>.

A transferência do controle-garantia do processo eleitoral para o âmbito judiciário se consuma com a Constituição de 1934, que incluiu em seu texto a Justiça Eleitoral, como órgão do Poder Judiciário. Seu art. 83 previa a “competência privativa para o processo das eleições federais, estaduais e municipais” e detalhava as atribuições correlatas, como fazer o alistamento, resolver impugnações a candidaturas e decretar a perda de mandato nas hipóteses constitucionalmente previstas<sup>1150</sup>. O paradigma do Estado Liberal norteava a noção do controle-

---

<sup>1146</sup> FÉLIX JÚNIOR, Waldir Franco, *Justiça Eleitoral brasileira: histórico, funções e possíveis propostas do direito comparado para a revitalização do modelo de organismo eleitoral*, in: FUX, Luiz; PEREIRA, Luiz Fernando Casagrande; AGRA, Walber de Moura (Orgs.), **Direito constitucional eleitoral**, Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 253.

<sup>1147</sup> SADEK, **A Justiça eleitoral e a consolidação da democracia no Brasil**, p. 27.

<sup>1148</sup> FÉLIX JÚNIOR, *Justiça Eleitoral brasileira: histórico, funções e possíveis propostas do direito comparado para a revitalização do modelo de organismo eleitoral*, p. 254.

<sup>1149</sup> SADEK, **A Justiça eleitoral e a consolidação da democracia no Brasil**, p. 27.

<sup>1150</sup> “Art 83. À Justiça Eleitoral, que terá competência privativa para o processo das eleições federais, estaduais e municipais, inclusive as dos representantes das profissões, e excetuada a de que trata o art. 52, § 3º, caberá: a) organizar a divisão eleitoral da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios, a qual só poderá alterar quinquenalmente, salvo em caso de modificação na divisão judiciária ou administrativa do Estado ou Território e em consequência desta; b) fazer o alistamento; c) adotar ou propor providências para que as eleições se realizem no tempo e na forma determinados em lei; d) fixar a data das eleições, quando não determinada nesta Constituição ou nas dos Estados, de maneira que se efetuem, em regra, nos três últimos, ou nos três primeiros meses dos períodos governamentais; e) resolver sobre as arguições de inelegibilidade e incompatibilidade; f) conceder habeas corpus e mandado de segurança em casos pertinentes à matéria eleitoral; g) proceder à apuração dos sufrágios e proclamar os eleitos; h) processar e julgar os delitos, eleitorais e os comuns que lhes forem conexos; i) decretar perda de mandato legislativo, nos casos estabelecidos nesta Constituição e nas dos Estados.” (BRASIL, **Constituição (1934)**, Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 16 de julho de 1934,

garantia, com prevalência da atividade de racionalização dos procedimentos e prevenção a fraudes.

O Estado Novo, instaurado com a Constituição de 1937, extinguiu a Justiça Eleitoral, o que é decorrência da própria extinção do objeto do controle-garantia antes a seu cargo: o processo eleitoral. Ao implantar o Estado de Exceção denominado *Estado Novo*, Vargas busca legitimar sua ditadura nas supostas “aspirações do povo brasileiro à paz política e social, profundamente perturbada por conhecidos fatores de desordem, resultantes da crescente agravamento dos dissídios partidários, que, uma, notória propaganda demagógica procura desnaturar em luta de classes, e da extremação, de conflitos ideológicos, tendentes, pelo seu desenvolvimento natural, resolver-se em termos de violência, colocando a Nação sob a funesta iminência da guerra civil” e no “estado de apreensão criado no País pela infiltração comunista, que se torna dia a dia mais extensa e mais profunda, exigindo remédios, de caráter radical e permanente”<sup>1151</sup>.

A Justiça Eleitoral somente voltou a ser instituída no Decreto-Lei 7.586/1945<sup>1152</sup>, que regulamentou a Lei Constitucional 9/1945<sup>1153</sup>, e constitucionalizada pela Constituição de 1946. Seu artigo art. 119, embora remetesse à lei a regulamentação da competência especializada, contemplava rol com as atribuições mais significativas<sup>1154</sup>. A Lei 1.164/1950 instituiu o Código

---

Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao34.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao34.htm), Acesso em: 22 jul. 2018, art. 83.).

<sup>1151</sup> BRASIL, **Constituição (1937)**, *consideranda*.

<sup>1152</sup> BRASIL, Decreto-lei 7.586, de 28 de maio de 1945, Regula, em todo país, o alistamento eleitoral e as eleições a que se refere o artigo 4º da Lei Constitucional n. 9, de 28 de fevereiro de 1945, Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1940-1949/decreto-lei-7586-28-maio-1945-417387-publicacaooriginal-1-pe.html>, Acesso em: 22 jul. 2018.

<sup>1153</sup> A *lei*, outorgada pelo Presidente Getúlio Vargas, foi justificada com o argumento de que “se criaram as condições necessárias para que entre em funcionamento o sistema dos órgãos representativos previstos na Constituição”. (BRASIL, Lei Constitucional 9, de 28 de fevereiro de 1945, Altera a Constituição Federal de 1937, Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/LCT/LCT009.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/LCT/LCT009.htm), Acesso em: 22 jul. 2018.).

<sup>1154</sup> “Art. 119 - A lei regulará a competência dos Juízes e Tribunais Eleitorais. Entre as atribuições da Justiça Eleitoral, inclui-se: I - o registro e a cassação de registro dos Partidos Políticos; II - a divisão eleitoral do País; III - o alistamento eleitoral; IV - a fixação da data das eleições, quando não determinada por disposição constitucional ou legal; V - o processo eleitoral, a apuração das eleições e a expedição de diploma aos eleitos; VI - o conhecimento e a decisão das arguições de inelegibilidade; VII - o processo e julgamento dos crimes eleitorais e dos comuns que lhes forem conexos, e bem assim o de habeas corpus e mandado de segurança em matéria eleitoral; VIII - o conhecimento de reclamações relativas a obrigações impostas por lei aos Partidos Políticos, quanto à sua contabilidade e à apuração da origem dos seus recursos.” (BRASIL, **Constituição (1946)**, Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 18 de setembro de 1946, Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao46.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao46.htm), Acesso em: 22 jul. 2018, art. 119.).

Eleitoral para “justiça Eleitoral e os partidos políticos, assim como tãda a matéria do alistamento e das eleições”<sup>1155</sup>.

A breve experiência democrática não chegou a consolidar uma teoria sobre o exercício das funções da Justiça Eleitoral. Ao contrário, preponderava à época o reclame por uma atuação desse órgão consentânea com a *plasticidade* do Direito Eleitoral, como ilustra a obra de Nilzardo Carneiro Leão<sup>1156</sup>. Apostas feitas no distanciamento orgânico da Justiça Eleitoral em relação a interesses políticos, o autor considerava que o aprimoramento do processo eleitoral, a “verdade das urnas” e a “tomada de consciência livre dos cidadãos” impunham “que a Justiça Eleitoral não seja exercida burocraticamente, estaticamente”, cabendo aos juizes eleitorais “deixar seus gabinetes e suas bibliotecas, para sentir a realidade social, possibilitando, principalmente, uma ação preventiva contra a fraude, a corrupção, ou a preponderância e pressão de grupos políticos ou econômicos nos pleitos”<sup>1157</sup>. Estimulava-se, portanto, uma atuação *xerifisca* dos juizes, que deveriam fazer valer a lei por intervenção pessoal direta na dinâmica política.

Se na primeira experiência totalitária da República brasileira, com o Estado Novo, a opção foi pela pronta eliminação do processo eleitoral e da Justiça Eleitoral, na ditadura militar buscou-se uma estratégia de *legitimação* (aparência de legitimidade). Formalmente, esteve a Justiça Eleitoral na Constituição de 1967, inclusive com a repetição da fórmula adotada em 1946: remissão à lei para estabelecimento da competência dos órgãos judiciários eleitorais e rol de atribuições principais<sup>1158</sup>. A EC 1/1969, que reescreveu a Constituição de 1967, pouco alterou o tratamento dado à Justiça Eleitoral<sup>1159</sup>.

A estratégia de *legitimação* envolveu a atividade legislativa. É do período ditatorial iniciado em 1964 que advém o Código Eleitoral. Instituído pela Lei 4.737/1965, ainda que na

---

<sup>1155</sup> BRASIL, **Código Eleitoral (1950)**, Lei 1.164, de 24 de julho de 1950, Institui o Código Eleitoral, Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/1950-1969/L1164.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/L1164.htm), Acesso em: 12 ago. 2018.

<sup>1156</sup> O autor enfatiza a plasticidade como singularidade do Direito Eleitoral, propicia à garantia da “verdade eleitoral”. (LEÃO, **Do processo penal eleitoral brasileiro**, p. 12–17, passim.).

<sup>1157</sup> *Ibid.*, p. 37.

<sup>1158</sup> BRASIL, **Constituição (1967)**, Constituição da República Federativa do Brasil, de 24 de janeiro de 1967, Texto original, Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao67.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao67.htm), Acesso em: 22 jul. 2018. O art. 130 da Constituição de 1967 tem redação quase idêntica ao art. 119 da Constituição de 1946, transcrito na nota anterior.

<sup>1159</sup> Conferir: BRASIL, **Constituição (1967/1969)**, Constituição da República Federativa do Brasil, com redação dada pela Emenda Constitucional 1, de 17 de outubro de 1969, Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao67EMC69.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao67EMC69.htm), Acesso em: 22 jul. 2018, art. 137.

vigência formal da Constituição de 1946, o CE assimila a matriz autoritária do Estado faticamente instalado, que logo viria a se consolidar normativamente. Nesse contexto, já não faz sentido a utilização da expressão controle-garantia, uma vez que os órgãos estatais aos quais este seria atribuído mais se valiam de formas legais para conferir aparência de legitimidade à deliberada intrusão da estatalidade na esfera de atuação dos cidadãos.

A blindagem prévia de eventuais atos arbitrários do Estado, naquele período, é ampla. O Código Eleitoral transcende a delegação de *regular* as atribuições da Justiça Eleitoral (relacionadas à administração e organização material das eleições, decisão sobre inelegibilidades e apuração de crimes) e *cria espécies competenciais* desprovidas de balizamento constitucional. Assim é que, em delegação *sucessiva*, atribui ao TSE a competência para expedir instruções e aos tribunais a competência consultiva<sup>1160</sup>. Ainda, como cláusula aberta, permite ao TSE “tomar quaisquer outras providências que julgar convenientes à execução da legislação eleitoral”<sup>1161</sup>.

O Código Eleitoral elaborado na ditadura militar encontrava-se em vigor quando do advento da CRFB. Nessa conjuntura, compreende-se que a Assembleia Constituinte tomou como fato o Código existente e a competência historicamente reconhecida à Justiça Eleitoral. Contudo, na abordagem proposta pela presente pesquisa, que refuta justificativas historicistas para legitimação de institutos jurídicos<sup>1162</sup>, a normatividade da Constituição deve ser extraída de seu discurso teórico. A remissão ao código heterodiscursivo, encontrado no espaço exógeno ao contexto constitucional, não é satisfatória para elucidar as atribuições da Justiça Eleitoral, porque tal código, conforme já explicado, não permite a veredicação dos sentidos.

A mudança trazida pela CRFB, em 1988, é, pois, paradigmática: o Estado Democrático de Direito é previsto no plano normativo instituinte, passando a demandar a ressignificação das instituições que encontra instaladas. Os paradigmas estatais que historicamente se alternaram

<sup>1160</sup> BRASIL, **Código Eleitoral (1965)**, art. 1º, parágrafo único, art. 23, IX e XII e art. 30, VIII.

<sup>1161</sup> BRASIL, **Código Eleitoral (1965)**, art. 23, XVIII.

<sup>1162</sup> *A refutação do historicismo* foi desenvolvida por Karl Popper desde a ascensão do fascismo até o momento pós-II Guerra, quando os horrores do nazismo corroboraram, da pior forma, a imprevisibilidade do curso da História humana e a impossibilidade de se predizer, por métodos racionais ou científicos, como se dará a expansão do conhecimento – tal como apontara Popper. (POPPER, Karl R, **A miséria do historicismo**, São Paulo: Cultrix, 1980.). No marco da teoria neoinstitucionalista, a recorrente advertência de Rosemiro Pereira Leal no sentido de que a Constituição deve ser encarada como conquista teórica e, não, histórica, expõe a falácia naturalística, que pretende extrair da descrição de fatos a diretriz normativa. É sempre pertinente destacar que isso não significa desconsiderar os fatos históricos, como por vezes anunciam leituras apressadas. O que ambos os autores encaminham é a exigência do racionalismo crítico para testar a técnica, a ciência e as teorias já produzidas tendo por enfoque seu conteúdo de verossimilhança e, não, seu êxito histórico em se imporem como condutoras do desenrolar da trajetória da humanidade.

antes de 1988 não podem ser invocados para legitimar as competências da Justiça Eleitoral criadas no âmbito infraconstitucional. Conforme sintetiza Rosemiro Pereira Leal, no Estado democrático, “a legitimidade fundante e a validade das instituições jurídicas emergem da estrutura normativa constitucional”<sup>1163</sup>.

A conquista teórica traduz-se na aptidão coconstitucionalizante das normas constitucionais: é da CRFB que parte a configuração de quaisquer instituições jurídicas. Todos os órgãos judiciários submetem-se à compreensão democrática das funções estatais. Isso não significa alienar a Constituição do meio histórico em que produzida, mas, sim, toma-la para elaborar a crítica a esse meio. Afinal, sem essa possibilidade, não haveria qualquer aptidão *constituente* na ordem constitucional: como mera caudatária da realidade, sua aplicação se limitaria à blindagem jurídica do *status quo*.

Desse modo, o CE/1965, ainda que tenha circunstancialmente contribuído para uma certa acomodação<sup>1164</sup> do constituinte ao tratar da Justiça Eleitoral, não deve ser parâmetro para algo como uma *interpretação da Constituição conforme a lei*<sup>1165</sup>, pois são os conteúdos legais, instituídos, que reclamam interpretação conforme os conteúdos constitucionais, instituintes.

O equacionamento da questão não é simples. Particularmente problemática é a vigente delegação constitucional à lei complementar para dispor sobre a competência da Justiça Eleitoral. A CRFB, ao tratar do tema, não apresentou uma diretriz explícita, como feito em relação à Justiça Militar<sup>1166</sup>, quanto menos apresentou um detalhado arrolamento de funções, como o dedicado à Justiça do Trabalho<sup>1167</sup>. Diante disso, fica de certo modo encoberta a

---

<sup>1163</sup> LEAL, **Teoria geral do processo: primeiros estudos**, p. 57.

<sup>1164</sup> Trata-se aqui de ponto em que se percebe o aporte do código extradiscursivo (comum) à Constituição e de aporia da dimensão normativa (pela não transposição de dado do *mundo 1* para as conjecturas do *mundo 3*). O legislador-constituente tomou a realização de tarefas administrativas pela CRFB como elemento da realidade, remeteu à lei complementar “dispor” sobre a competência da Justiça Eleitoral, mas silenciou sobre a *necessária instituição* dessas competências em âmbito constitucional. A não ideologização da CRFB, já referida na Seção 3.2.3, autoriza suscitar que uma reforma constitucional possa elucidar a atribuição de competência administrativa da Justiça Eleitoral, com base em que fosse, finalmente, elaborada a lei complementar que detalhasse as funções *constitucionalmente* atribuídas ao órgão estatal.

<sup>1165</sup> A crítica a essa proposta hermenêutica coube, entre outros, a LEISNER, Walter, **Von de Verfassungsmäßigkeit der Gesetze zur Gesetzmäßigkeit der Verfassung – Betrachtung zur möglichen selbständigen Begrifflichkeit im Verfassungsrecht**, Tübingen: [s.n.], 1964; CANOTILHO, **Constituição dirigente e vinculação do legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas**.

<sup>1166</sup> “Art. 124. à Justiça Militar compete processar e julgar os crimes militares definidos em lei. Parágrafo único. A lei disporá sobre a organização, o funcionamento e a competência da Justiça Militar.” (BRASIL, **Constituição (1988)**, art. 124.).

<sup>1167</sup> “Art. 114. Compete à Justiça do Trabalho processar e julgar: I - as ações oriundas da relação de trabalho, abrangidos os entes de direito público externo e da administração pública direta e indireta da

relevância da análise da compatibilidade do feixe de competências previstas pelo CE com a CRFB.

O TSE, ao ser provocado a respeito do tema, limitou-se a afirmar a “recepção do Código Eleitoral, com força de lei complementar”, na parte que toca à organização e competência da Justiça Eleitoral<sup>1168</sup>. Transmudou, com isso, parte da lei ordinária em lei complementar, por ato de autoridade que, evidentemente, não convola em democrático o procedimento de tramitação e aprovação do diploma legal em 1965.

Deve-se salientar que o fez na linha consolidada pelo STF, que refuta a existência da *inconstitucionalidade superveniente*, seja *material*, porque eventual incompatibilidade do conteúdo da lei anterior com a Constituição posterior se resolve pela revogação<sup>1169</sup>; seja *formal*, porque em caso de compatibilidade do conteúdo ocorre a recepção do texto legal com o *status da norma* exigido pela Constituição vigente<sup>1170</sup>.

O descarte da possibilidade de declarar a inconstitucionalidade formal superveniente reflete a minimização da relevância do devido processo legislativo. Mas não resolve uma segunda questão: a incompatibilidade da criação de competências dos órgãos eleitorais por norma infraconstitucional. A decisão do TSE referendou a noção de que as funções da Justiça Eleitoral constituem um “conglomerado indiviso”, que abdica de critério diferenciador expresso<sup>1171</sup>, o que se mostraria conveniente à atuação eficiente daquela no processo eleitoral.

Essa disseminada ideia constitui um óbice significativo para a compreensão da configuração constitucional (conteúdo e limites) das funções estatais desempenhadas pela Justiça Eleitoral. É uma noção que desconsidera que a imperatividade dos atos estatais, em perspectiva democrática, somente se compreende como “manifestação do poder político do Estado, poder que jamais poderá ser arbitrário, [...], mas poder constitucionalmente organizado,

---

União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios; [...] IX – outras controvérsias decorrentes da relação de trabalho, na forma da lei.” (BRASIL, **Constituição (1988)**, art. 114, I a IX.).

<sup>1168</sup> BRASIL, Tribunal Superior Eleitoral, Consulta 13005 (Resolução 18.504, de 10 de setembro de 1992), Relator: Ministro José Paulo Sepúlveda Pertence, **DJ**, p. 24111, Publicado em: 16 dez. 1992, **Revista de jurisprudência do TSE**, v. 5, t. 2, p. 365.

<sup>1169</sup> BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Ação Direta de Inconstitucionalidade 2/DF, Relator: Ministro Paulo Brossard, Tribunal Pleno, Julgado em: 06 fev. 1992, **DJ**, p. 60585, Publicado em: 21 nov. 1997.

<sup>1170</sup> BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Ação Direta de Inconstitucionalidade 438/DF, Relator: Ministro Sepúlveda Pertence, Tribunal Pleno, Julgado em: 07 fev. 1992, **DJ**, p. 3800, Publicado em: 27 mar. 1992, **Ementário**, v. 1655-01, p. 81, **RTJ**, v. 140-02, p. 407. O entendimento pela “inviabilidade de reconhecimento de inconstitucionalidade formal superveniente” foi reafirmado em BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Recurso Extraordinário 632586/DF, Relator: Ministro Ricardo Lewandowski, Segunda Turma, Julgado em: 17 dez. 2013, **DJe**, n. 30, Publicado em: 13 fev. 2014.

<sup>1171</sup> RIBEIRO, **Pressupostos constitucionais do direito eleitoral: no caminho da sociedade participativa**, p. 110.

delimitado, exercido e controlado conforme as diretivas do princípio do Estado Democrático de Direito”<sup>1172</sup>. Conforme já se pode dizer em outra oportunidade, “legítimo [...] é o exercício das funções estatais quando adstrito ao âmbito em que foi instituído”<sup>1173</sup>. Só há falar-se em ato estatal legítimo dentro dos limites de sua competência.

Ausentes, pois, expressa delimitação constitucional da competência da Justiça Eleitoral e, também, lei complementar produzida no âmbito do processo legislativo democrático a atender de modo satisfatório o comando da CRFB, art. 121, *caput*. Mas, uma vez apresentado o arcabouço teórico do *controle-garantia* e demarcada a teoria que conforma o paradigma da processualidade democrática, torna-se possível afirmar que a ausência de demarcação das funções da Justiça Eleitoral não pode ser tomada como premissa teórica no contexto do Estado Democrático de Direito.

Volve-se então para o contexto constitucional em busca das diretrizes que permitam delinear o papel dos órgãos judiciários eleitorais no processo eleitoral.

### 3.3.2 *Demarcação das funções da Justiça Eleitoral*

Superada a rigidez da separação orgânica de poderes do Estado Liberal e a inviabilidade concreta de exercício do controle-garantia nos regimes ditatoriais de 1937 e 1964, remanesce o desafio da delimitação das funções da Justiça Eleitoral por critérios legitimamente assentados na disciplina democrática da CRFB.

Para tanto, deve-se partir da nota distintiva do processo eleitoral (ser a decisão eleitoral performada pelos cidadãos e, não, pela autoridade estatal) lida sob influxo do nivelamento entre Cidadania e Estado e daí indagar quais competências estatais são apresentadas para *promover a racionalização e a veredicação* do objeto do controle-garantia.

Em face da precedência à atuação do órgão colegiado eleitoral, impõe-se à Justiça Eleitoral, ao praticar atos com os quais *intervém* no processo eleitoral, abster-se de avançar sobre a esfera legítima de atuação dos cidadãos. Eventuais estratégias de imunização (legitimação) decorrentes do exercício das funções da Justiça Eleitoral devem ser expostas, porquanto também sujeitas à veredicação de seus sentidos. No esforço de elucidação dessa questão, propõe-se depurar um quadro de competências que possa corresponder ao legítimo

---

<sup>1172</sup> BRÊTAS, *Processo constitucional e estado democrático de direito*, p. 34.

<sup>1173</sup> GRESTA, *Introdução aos fundamentos da processualidade democrática*, p. 51..



exercício de controle-garantia por parte da Justiça Eleitoral e, portanto, ser consistentemente assimilado a uma teoria do processo eleitoral democrático.

### 3.3.2.1. Distinção entre as funções administrativa e judicial

O controle-garantia a cargo da Justiça Eleitoral se estabelece proeminentemente pela atribuição das funções administrativa e judicial. É o que deflui do abandono da verificação de poderes e da especialização orgânica dos órgãos judiciários eleitorais: ao mesmo tempo em que se criava uma “agência de eleições”<sup>1174</sup> dentro do Poder Judiciário, concedia-se a esse órgão a função de decidir controvérsias relativas à legitimidade dos resultados.

São essas as linhas genéricas das funções administrativa e judicial, como o núcleo do controle-garantia incidente sobre o processo eleitoral. Precipuamente, destinam-se, a primeira, à *racionalização* do procedimento eleitoral e, a segunda, àquela e à *veredicação* dos sentidos produzidos no curso desse procedimento. Ambas convergem para “corroborar e sentenciar a adequação e ajuste entre os eleitos e a vontade expressa pelo eleitorado através de eleições livres”<sup>1175</sup>.

A Justiça Eleitoral brasileira foi pensada a partir de uma lógica *circundante* ao exercício da competência decisória do eleitorado, com a previsão de atos que se desenvolvem *pari passu* às etapas do procedimento eleitoral. A atuação do cidadão em cada uma dessas etapas encontra uma interface estatal, e esse fator não pode ser menosprezado. Todo o controle das eleições, por meio de atividades de “comprovação, inspeção, exame, verificação ou revisão” cuja finalidade é “determinar em que medida a materialização do processo eleitoral se ajusta às normas que o regulam e aos princípios que devem inspirá-lo”<sup>1176</sup>, passa pela Justiça Eleitoral.

---

<sup>1174</sup> MACEDO, Elaine Harzheim; SOARES, Rafael Morgental, O poder normativo da Justiça Eleitoral e a separação de poderes: um paradigma democrático?, in: VITA, Jonatan Barros; MALISKA, Marcos Augusto (Orgs.), **Direitos fundamentais e democracia II**, Florianópolis: CONPEDI, 2014, p. 274.

<sup>1175</sup> MARTÍNEZ RUANO, **El control electoral**, p. 31. Tradução do original em espanhol extraída do trecho: “[...] la labor del control es una actividad teleológicamente predeterminada, teniendo la misma como objetivos corroborar y sentenciar la adecuación y ajuste entre los electos y la voluntad expresada por el electorado a través de elecciones libres.”

<sup>1176</sup> *Ibid.* Tradução do original em espanhol extraída do trecho: “En cuanto a qué se ha de entender por control, aun siendo muy extenso su significado, atendiendo a cuál debe ser el objeto del mismo en este ámbito de lo electoral, deberemos asimilarlo al ejercicio de aquellas funciones – de comprobación, inspección, examen, verificación o revisión – que tienen por finalidad determinar en qué medida la materialización del proceso electoral se ajusta a las normas que lo regulan y a los principios que deben inspirarlas.”

A reunião, em um mesmo órgão, das funções administrativas e judiciais inerentes ao controle-garantia traz dificuldade para distingui-las, especialmente em função da ausência de critério diferenciador expresso na CRFB.

Na visão de Fávila Ribeiro essa indiferenciação é inevitável e mesmo necessária. O autor considera que a cumulação de competências “consorciadas sem qualquer discriminação” se fez como um “equacionamento teleológico”, cujo propósito é *equipar* a Justiça Eleitoral “para que nada lhe possa escapar ao controle para agir com presteza e versatilidade” na concretização de sua “projeção finalística em obter a máxima lisura em tudo o que possa estar relacionado às atividades eleitorais”<sup>1177</sup>.

Ribeiro considera que cada regra de competência deve ser vista como portadora de um “componente genético latente de cada tipo de atividade estatal” – “judicial, administrativa, consultiva e resolutive” –, a ser disparado conforme “as contingências”<sup>1178</sup>. Assim, a feição da atividade desempenhada pelos órgãos da Justiça Eleitoral se transmuda conforme a ocasião. Torna-se judicial “no próprio instante em que se estabeleça uma situação de contenciosidade” (aspecto substancial) ou em situações como a publicação de uma decisão em procedimento que até então observava “tramitação interna” e a apresentação de defesa em procedimento de cancelamento de inscrição eleitoral instaurado de ofício (aspecto formal)<sup>1179</sup>.

Contudo, a indiferenciação é problemática. Sem a definição do regime normativo a que se submete o desempenho dos órgãos judiciários eleitorais em situações específicas, não se atende ao patamar de legitimidade duplicada própria ao controle-garantia. Afinal, o exercício do poder de controle de tais órgãos fica, ele próprio, insuscetível a controle de legitimidade. O resultado pode ser a vulneração significativa da esfera de atuação da Cidadania, bastando pensar em ato que mescle a iniciativa da atividade administrativa e a definitividade da atividade judicial para que se assinalo o risco de desbordo do controle-garantia. Por isso, não é possível, no paradigma do Estado Democrático de Direito, endossar a afirmação de Fávila Ribeiro no sentido de que é tanto desnecessário quanto impossível estabelecer a demarcação prévia dos âmbitos de atuação judicial e administrativa.

---

<sup>1177</sup> RIBEIRO, **Pressupostos constitucionais do direito eleitoral: no caminho da sociedade participativa**, p. 110–111.

<sup>1178</sup> *Ibid.*

<sup>1179</sup> *Ibid.*, p. 112–113.

Em um primeiro esforço, por ocasião da pesquisa de mestrado, para elucidar a distinção entre a função administrativa e judicial da Justiça Eleitoral<sup>1180</sup>, recorreu-se à noção de *administrador judicialiforme*, de Adriano Soares da Costa, que designa a atuação do juiz eleitoral como órgão estatal encarregado, pela lei, de executar determinados atos independentemente de provocação e com o objetivo de viabilizar a realização das eleições<sup>1181</sup>. Opõe-se a esta a atividade judicial, marcada pela “passividade processual do juiz”, a ser “entendida em seu duplo sentido: no de que não pode iniciar o procedimento por sua iniciativa[...]; e, pela sua atitude de imparcialidade, neutralidade e distanciamento, no sentido de que deve estar em posição de superioridade e estraneidade em relação às partes”<sup>1182</sup>.

Na dissertação, concluiu-se que

[...] a atividade judicial de competência da Justiça Eleitoral é aquela atribuída aos órgãos judiciários eleitorais em regime de passividade, constituído este pela conjugação dos princípios da inércia, quanto à instauração do procedimento, e da imparcialidade, quanto à condução do procedimento e quanto à prolação da decisão”. A atuação judicial não se define pela alocação orgânica (judiciária), mas pela submissão a um regime de atuação específico (judicial) que repele a iniciativa e a parcialidade do órgão ao qual incumbe exercer a judicatura.<sup>1183</sup>

Prosseguiram esses estudos, em coautoria com João Andrade Neto, na crítica à insuficiência das concepções tradicionais, assentadas na noção *de separação de poderes*, para responder ao problema da demarcação de funções no Brasil, evidenciado pelo caso da Justiça Eleitoral<sup>1184</sup>. Buscou-se uma resposta convergente para problemas identificados por ambos os autores em suas dissertações de mestrado quanto ao transporte acrítico das teses organicistas, empírica, pragmática e personificadora para o Brasil. Detectou-se que nenhuma dessas teorias

---

<sup>1180</sup> GRESTA, **Ação temática eleitoral: proposta para a democratização dos procedimentos judiciais eleitorais coletivos**.

<sup>1181</sup> Segundo o autor, “Para que possamos observar quando o juiz eleitoral está atuando como juiz – é dizer, exercendo atividade jurisdicional –, e não como *administrador judicialiforme*, mister perquirir a referibilidade do interesse tutelado à sua atuação: se a regra jurídica for dirigida a ele, de modo a lhe outorgar o poder-dever de agir para a consecução da finalidade normativa, estará ele agindo na qualidade de administrador do processo eleitoral; se, ao revés, a atuação judicial for provocada por um interessado, com o escopo de aplicar o direito objetivo, para fazer valer o seu direito subjetivo, estaremos diante de uma atividade jurisdicional, pela qual o juiz agirá autoritativa e imparcialmente.” (COSTA, **Instituições de direito eleitoral**, p. 298.)

<sup>1182</sup> *Ibid.*, p. 295.

<sup>1183</sup> GRESTA, **Ação temática eleitoral: proposta para a democratização dos procedimentos judiciais eleitorais coletivos**, p. 28.

<sup>1184</sup> ANDRADE NETO, João; GRESTA, Roberta Maia, Justiça eleitoral: um desafio à separação de poderes, *in*: BUSTAMANTE, Thomas *et al* (Orgs.), **O futuro do constitucionalismo: a construção da democracia constitucional**, Belo Horizonte: Initia Via, 2015, p. 471–473.

é capaz de absorver um elemento central da *tipicidade da jurisdição constitucional brasileira*: a cumulação dos modelos de controle concentrado e difuso de constitucionalidade. Propôs-se então que

[...] a característica distintiva do regime jurídico da função jurisdicional é a competência para pronunciar a inconstitucionalidade da lei cuja aplicação, *a priori*, lhe incumbia, e deixar, sob tal fundamento, de aplicá-la. Por ser distintiva do regime jurídico jurisdicional, essa competência não pode ser exercida pelos juízes eleitorais no exercício das funções administrativa [...].<sup>1185</sup>

A partir dessa premissa, a distinção entre a função judicial e administrativa da Justiça Eleitoral pode ser erigida considerando-se o âmbito em que estão os órgãos judiciários eleitorais autorizados ou não a exercer o controle difuso de constitucionalidade. E, uma vez definido esse campo, decorrerá que providências próprias à função judicial, como a concessão de tutela provisória, a fixação de multa processual e o julgamento de pretensões em caráter definitivo, não podem ser transportados para o exercício da função administrativa, âmbito no qual o juiz, conforme acertada construção de Adriano Soares da Costa, age como administrador judicialiforme.

Adotado esse critério distintivo, é de se ressaltar que, no cotejo entre a CRFB e a anterior Constituição democrática, de 1946, detecta-se ênfase crescente à atividade judicial da Justiça Eleitoral.

Como explica Elaine Harzheim Macedo, “a Justiça Eleitoral, quando criada, nos idos de 1932, não fora pensada para atuar como órgão julgador, embora não se tratasse de hipótese descartada”<sup>1186</sup>. A função judicial, em estágio embrionário, é identificada na competência para apuração de crimes eleitorais<sup>1187</sup>, e encontra algum delineamento propriamente judicial<sup>1188</sup> no Código Eleitoral de 1950, com a criação do Recurso Contra Expedição de Diploma (RCED).

---

<sup>1185</sup> *Ibid.*, p. 473.

<sup>1186</sup> MACEDO, Elaine Harzheim, *Normatização das eleições: a Justiça Eleitoral detém funções legislativas?*, in: FUX, Luiz; PREIRA, Luiz Fernando Casagrande; AGRA, Walber de Moura (Orgs.), **Direito constitucional eleitoral**, Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 267.

<sup>1187</sup> LEÃO, **Do processo penal eleitoral brasileiro**.

<sup>1188</sup> Conforme já se sustentou: “[...] a atribuição de competência penal à Justiça Eleitoral não acarreta a formação de uma sobre-especialização da função judicial eleitoral. Há, simplesmente, *função judicial penal de competência dos órgãos judiciários eleitorais*. A atribuição de competência se justifica, como opção de política judiciária, porque esses ilícitos perturbam a organização das eleições e o exercício dos direitos políticos. Todavia, *sob o enfoque da providência judicial resultante do exercício dessa competência*, não há como sustentar sua especialidade.” (GRETA, **Ação temática eleitoral: proposta para a democratização dos procedimentos judiciais eleitorais coletivos**, p. 36.).

Mas, na precisa síntese da autora, “a Justiça Eleitoral, como órgão eleitoral, não se mostrava interventiva, limitando-se a cuidar restritamente das candidaturas e do pleito”<sup>1189</sup>.

Por sua vez, a atual Constituição não detalha um rol de atividades tipicamente administrativas<sup>1190</sup>, como o alistamento eleitoral, a apuração das eleições e a expedição de diplomas, e se ocupa da criação de uma ação constitucional eleitoral para desconstituição de mandatos, a AIME<sup>1191</sup>. O incremento da função judicial também se fez pela AIJE, que, instituída pela LC 64/1990, tomou lugar da *investigação eleitoral*, prevista no CE, art. 237, §2º<sup>1192</sup>, que ostentava “natureza pré-processual de inquérito, de cunho administrativo, que servia para produzir as provas necessárias para posterior manejo de recurso contra a diplomação”<sup>1193</sup>.

É uma guinada significativa.

Seu impacto não é a redução da função administrativa da Justiça Eleitoral, conclusão a que se chega por inferência da previsão das eleições sem a atribuição a algum órgão específico. Ou seja, ainda que a CRFB não se refira expressamente à atribuição de competência administrativa à Justiça Eleitoral, tampouco incumbiu *outra* instituição das atividades de preparação, organização e execução das eleições. Instituída a obrigação do alistamento eleitoral e do voto, pelo §1º, art. 14, CRFB, pressupondo-se a necessidade de um órgão coinstitucionalizado para viabilizá-los, reconhece-se que a função administrativa é nuclear à tarefa de *racionalização* a cargo Justiça Eleitoral.

A novidade a partir de 1988 é a ênfase ao controle-garantia também com finalidade de *veredicação* dos sentidos, especialmente com a criação da AIME. Na vigência da CRFB, a LC 64/90 consolidou o caráter judicial da Impugnação ao Registro de Candidatura (AIRC) e do procedimento destinado à apuração do abuso de poder econômico, político e de meios de comunicação (AIJE). Posteriormente, o art. 96 da Lei 9.504/97 regulamentou o procedimento de representações eleitorais (RP) e outros ilícitos graves, aptos a acarretar a cassação do registro ou do diploma, previstos nos arts. 30-A, 41-A, 73 e 74 tiveram sua apuração remetida para o procedimento da AIJE. Desse modo, o procedimento eleitoral (eleições) se torna, na vigência da atual Constituição, intensamente sindicável pela atividade judicial da Justiça Eleitoral.

---

<sup>1189</sup> MACEDO, Normatização das eleições: a Justiça Eleitoral detém funções legislativas?, p. 269.

<sup>1190</sup> BRASIL, **Constituição (1946)**, art. 119.

<sup>1191</sup> BRASIL, **Constituição (1988)**, art. 14, §10.

<sup>1192</sup> BRASIL. **Código Eleitoral (1965)**, art. 237, §2º

<sup>1193</sup> COSTA, **Instituições de direito eleitoral**, p. 373.

É nesse ponto que se coloca o desafio de autocontenção institucional. A atribuição constitucional do controle-garantia à Justiça Eleitoral não pode ser dissociada da finalidade de preservação dos espaços de atuação da Cidadania.

Diante do risco de desvios na função de controle, decorrente da miscelânea entre a função administrativa e a judicial, há propostas consistentes que defendem a separação orgânica entre estas.

Eneida Desiree Salgado adverte que é arriscada a união, em um único órgão de *governança eleitoral*, das funções de implementar as regras do jogo eleitoral (*rule application*) e de solucionar conflitos que daí decorrem (*rule adjudication*)<sup>1194</sup>. Propõe então que, por lei devidamente submetida ao processo legislativo constitucional, a estrutura da Justiça Eleitoral seja transferida a um órgão constitucional autônomo, com uma “forma de nomeação que envolvesse o Executivo, o Legislativo e o Judiciário, com mandatos fixos”<sup>1195</sup>. Já o controle judicial seria “conferido à Justiça Federal e a seus juízes permanentes, em varas especializadas e, nos Tribunais Regionais Federais e no Superior Tribunal de Justiça, em turmas especiais, para dar conta dos prazos exíguos do Direito Eleitoral”<sup>1196</sup>. Desse modo, seria possível “equilibrar a atuação da autoridade administrativa com a possibilidade de revisão jurisdicional e para garantir a segurança nas regras da disputa eleitoral”<sup>1197</sup>.

Outra proposta é apresentada por Edilene Lôbo, para quem deve a Justiça Eleitoral seguir existindo com competência judicial, para o “controle dos atos eleitorais mediante provocação de terceiros, versando casos concretos e contendo pretensões resistidas”<sup>1198</sup>. A função administrativa, por sua vez, seria concentrada nas Juntas Eleitorais, que deveriam ser retiradas da organização judiciária e inseridas na “organização administrativa do processo

---

<sup>1194</sup> SALGADO, Eneida Desiree, **Administración de las elecciones y jurisdicción electoral: un análisis del modelo mexicano y una crítica a la opción brasilera**, Mexico: Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2016, p. 212–213. A autora também se refere à *rule making*, como a criação de regras que definem como se dará a competição e a organização eleitoral. Em sua crítica: “el problema central de la estructura de la gobernanza electoral, o del sistema de control de las elecciones, es que, en Brasil, una misma autoridad reúne los tres niveles de operación. la justicia electoral brasileña establece las reglas de la competición democrática, organiza el juego electoral y soluciona los conflictos derivados de las reglas y de su aplicación. como si no fuera suficiente, la única posibilidad de provocar la reforma de la decisión (normativa, administrativa o jurisdiccional) es presentar recurso al supremo tribunal Federal, de cuyos once ministros, tres son miembros del tribunal superior electoral y no se declaran impedidos para apreciar dicho recurso.”

<sup>1195</sup> SALGADO, Eneida Desiree, Um novo modelo de governança eleitoral para o Brasil, **Gazeta do povo**, 2014.

<sup>1196</sup> *Ibid.*

<sup>1197</sup> *Ibid.*

<sup>1198</sup> LÔBO, A inclusão do cidadão no processo eleitoral, p. 67.

eleitoral, passando a integrar o complexo de órgãos administrativos federais, ao lado das mesas apuradoras e dos cartórios eleitorais”<sup>1199</sup>. Sugere a autora que, em sua organização, as Juntas observassem os tribunais de contas, mas, em lugar de conselheiros, tivessem composição paritária, inspirada no Conselho Nacional de Justiça e no Conselho Nacional do Ministério Público.

Apesar de sua relevante contribuição para o debate, ambas as propostas parecem não enfrentar o problema em sua raiz, que vem a ser, como posto, a dificuldade de distinguir a natureza administrativa e judicial de atividades do processo eleitoral. Sem essa demarcação, um órgão eleitoral encarregado da Administração Eleitoral continuaria a poder agigantar sua esfera de atuação para campos que verdadeiramente devessem estar sob o regime judicial, valendo-se do conceito de “discricionariedade administrativa” para perpetrar violações.

Um exemplo significativo seria a definição de onde tramitar o procedimento de registro de candidatura. Por uma visão prática, inclusive de gestão do Sistema de Candidaturas, sistema informático que alimenta as urnas eletrônicas, o registro de candidaturas acabaria por ser entregue ao órgão de Administração Eleitoral, o que, pelo critério orgânico, tornaria as impugnações meros incidentes administrativos.

De pronto, estima-se o impacto na fragilização da ampla defesa, preocupante uma vez considerado o extenso rol de impedimentos à candidatura que devem ser analisados no registro. Agentes administrativos estariam encarregados não apenas de realizar um batimento protocolar de documentos – tarefa que, aliás, é hoje realizada exitosamente com apoio do corpo administrativo dos juízos e tribunais eleitorais –, mas também de equacionar as complexas questões relativas às condições de elegibilidade e às causas de inelegibilidade constitucionais e infraconstitucionais.

Além disso, a não aplicação das regras judiciais relativas ao ônus da prova redundaria para o cidadão, conforme a percepção da autoridade quanto à necessidade de diligências complementares, na obrigação de produção de documentos e esclarecimentos que, hoje, incumbem aos impugnantes. Basta imaginar o que se passa, hoje, com o exame de declarações de imposto de renda, a cargo de órgãos da Receita Federal: desde a aleatoriedade da *malha fina* até a subjetividade do tipo de comprovação efetivamente aceito para elidir a suspeita de irregularidade, prevalece um casuísmo ainda mais severo que aquele detectado em decisões judiciais. A personificação do *interesse público* no agente administrativo, com conseqüente

---

<sup>1199</sup> *Ibid.*

aceitação das volubilidades humanas como manifestação da *vontade estatal*<sup>1200</sup>, é ainda mais obscura e resistente à necessária superação pelas exigências da processualidade democrática que o recalcitrante solipsismo judicial.

Essas cogitações, contudo, são de segunda ordem: aspectos técnicos que, por si, não repelem a submissão do registro de candidatura à procedimentalidade administrativa. Nesse ponto, deve-se ter claro que procedimentos são institutos jurídicos, portanto normativamente instituídos, e não dados da realidade, e que uma concepção de processo administrativo democrático também deve ser apresentada como reivindicação do paradigma processual vigente.

Assim, deve-se admitir que, *a priori*, o exame de requerimento de candidatura possa ocorrer em um procedimento administrativo, devidamente submetido à processualidade democrática. Cabe avaliar os impactos dessa opção.

Conforme o critério distintivo acima enunciado, a função administrativa não comporta o exercício do controle de constitucionalidade. Diante da já referida complexidade dos requisitos de candidatura no ordenamento jurídico brasileiro, a interdição ao controle de constitucionalidade acarreta um impasse decisional, já que não se mostra possível dissociá-la de uma hermenêutica de direitos fundamentais, à qual é ínsita a aferição da legitimidade das leis restritivas. O perfil administrativo do procedimento operaria, assim, como estratégia de blindagem do ato estatal legislativo, somente devassável por decisões judiciais posteriores, pois subsistiria, nos termos do art. 5º, XXXV da CRFB, a possibilidade de controle judicial da decisão.

Aliás, a decisão administrativa não poderia ser considerada *acertamento do direito* à candidatura – já que este é objetivo do *processo de conhecimento*<sup>1201</sup> –, mas mera homologação (autorizativa) do agir em uma disputa eleitoral. Isso se reverteria em duplo ônus para o cidadão que pretenda se candidatar: além da indefinição jurídica de sua elegibilidade (ônus do tempo), a eventual obrigação de ser ele a instaurar ação anulatória, impondo-lhe a carga da demonstração dos fatos constitutivos do direito invocado (ônus da prova). Da perspectiva da legitimidade do processo eleitoral, agrava-se o risco de escape para a dimensão extrajurídica

---

<sup>1200</sup> Para uma crítica a ambos os termos destacados em itálico, cf.: MACIEL JÚNIOR, Vicente de Paula, **Teoria das ações coletivas: as ações coletivas como ações temáticas**, São Paulo: LTr, 2006; GRESTA, Roberta Maia, *Processo coletivo: entre o estrangulamento da conflituosidade e a legitimidade democrática*, in: **Anais do XX Congresso Nacional do CONPEDI**, Florianópolis: Fundação Boiteux, 2011, p. 6337–6365.

<sup>1201</sup> LEAL, **Teoria geral do processo: primeiros estudos**, p. 210.



das *convicções*<sup>1202</sup>, pois o tempo cronológico tenderia a remeter a avaliação do acerto da interpretação administrativa sobre o exercício de direitos políticos para o âmbito da *tutela provisória*<sup>1203</sup>.

Por esses dois motivos, a definição do procedimento como administrativo, no caso brasileiro, comprometeria a atividade hermenêutica exigida para aplicação do direito fundamental à elegibilidade, em prejuízo aos legitimados ativos do processo eleitoral.

A conclusão pode ser distinta em outros contextos normativos. Por exemplo, na Espanha, a adoção de uma estrutura administrativa de controle das eleições (*Administración Electoral*), que tem na *Junta Electoral Central* o “órgão não judicial de maior importância encarregado de velar pelo correto funcionamento do processo eleitoral”<sup>1204</sup> parece se mostrar adequada.

Aquele órgão não se encontra previsto na Constituição Espanhola (1978), havendo sido criado pela *Ley Orgánica 5/1985 (Lei Orgánica del Régimen Electoral General – LOREG)*, enquanto aquela reserva ao Poder Judiciário, a “verificação da transparência do processo eleitoral” e prevê um recurso de amparo junto ao Tribunal Constitucional “em caso de vulneração de direitos fundamentais [...] de sufrágio ativo e passivo”<sup>1205</sup>. A função judicial pode ser acionada após o esgotamento da competência dos órgãos administrativos na circunscrição respectiva

Há na Espanha, portanto, uma divisão orgânica que reflete a divisão funcional do controle-garantia do processo eleitoral<sup>1206</sup>. Mas a comparação com o modelo brasileiro deve

---

<sup>1202</sup> Sobre a tensão entre imediatidade e processualidade, cf.: MARTINS, **O ponto cego do direito: the brazilian lessons**; GRESTA, Roberta Maia, Presunção e prova no espaço processual: uma reflexão epistemológica, in: BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias *et al* (Orgs.), **Direito probatório: temas atuais**, Belo Horizonte: D’Plácido, 2016.

<sup>1203</sup> A *tutela provisória*, prevista no CPC/2015 sob regime de urgência e de evidência, é tema de investigações balizadas pela teoria neoinstitucionalista do processo. Segundo Francisco Rabelo Dourado de Andrade, é problemático “o caráter dogmático do modelo clássico de racionalidade que trabalha a irrefutabilidade dos juízos intuitivos, assim como da percepção evidente dos sentidos do observador”, pois – aqui cita Hans Albert – “nós sempre podemos adquirir certeza na medida em que imunizamos quaisquer partes de nossas convicções mediante a dogmatização contra qualquer crítica e, com isso, resguardamo-la contra o risco do fracasso.” (ANDRADE, **Tutela de evidência, teoria da cognição e processualidade democrática**, p. 113.).

<sup>1204</sup> MAYORDOMO, Pablo Fernández de Casadevante. **La Junta Electoral Central: la libertad de expresión y el derecho a la información en período electoral**. Madrid: Centro de estudios políticos y constitucionales, 2014, p. 19.

<sup>1205</sup> MAYORDOMO, Pablo Fernández de Casadevante. **La Junta Electoral Central: la libertad de expresión y el derecho a la información en período electoral**, p. 20.

<sup>1206</sup> Sobre o funcionamento dos órgãos de administração e controle judicial das eleições, cf.: PASTOR ALBALADEJO, Gema, **Calidad de la Democracia y Administración Electoral**, Madrid: Congreso de los Diputados, 2011; FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE MAYORDOMO, **La Junta Electoral**

levar em consideração a dinâmica de funcionamento da *Administración Electoral* e os questionamentos quanto aos limites e à definitividade da atuação da *Junta Electoral Central* em contraponto aos órgãos judiciais.

Primeiro, a legislação espanhola sobre os requisitos da candidatura é discreta, em contraponto à intensa normatização brasileira sobre a matéria (LC 64/90, modificada pela LC 135/2010, Lei 9.504/97 e Resoluções do TSE). Aos órgãos administrativos incumbe, no registro de candidatura, aferir a ocupação de cargos *atuais* que acarretam a inelegibilidade e apenas duas inelegibilidades de ordem pessoal, adstritas à existência de prévia condenação criminal por órgão judicial<sup>1207</sup>. A menor complexidade dos requisitos que embarçam o acesso dos cidadãos ao processo como candidatos não demanda atividade hermenêutica similar à exigida dos órgãos judiciais eleitorais brasileiros.

Segundo, embora subsista, em ambos os países, um ato de proclamação de candidaturas e outro de proclamação de eleitos, sujeitos a controle por via contenciosa, a opção espanhola situa esse controle em momento *posterior* ao do ato respectivo (*recurso contra los acuerdos de proclamación de candidaturas e recurso contra los acuerdos de proclamación de electos*). No Brasil, o requerimento de candidaturas pode ser impugnado por meio de ação incidental (ação de impugnação ao registro de candidatura) cujo julgamento é prejudicial à proclamação da candidatura, reservando-se apenas para a proclamação de eleitos o controle postergado (por meio do recurso contra a expedição de diploma). Por isso, há, na Espanha, menor grau interventivo na fase de habilitação de candidaturas, não cabendo aos órgãos administrativos analisar impugnações.

Desse modo, a definição do modelo procedimental deve ocorrer, necessariamente, como desdobramento científico dos institutos apreendidos na normatividade vigente. A *adequação técnica* é a constatação da observância, no plano instituído, do parâmetro instituinte dessa normatividade. No Brasil, a configuração judicial do procedimento de registro de candidatura – não apenas em caso de impugnação, mas desde sua origem existência – atende ao paradigma da processualidade democrática, ao possibilitar a cognição ampla e exauriente das questões

---

**Central; GARCÍA SORIANO, Jueces e magistrados en el proceso electoral; MARTÍNEZ RUANO, El control electoral.**

<sup>1207</sup> “Artículo 6. [...] 2. Son inelegibles: a) Los condenados por sentencia firme, a pena privativa de libertad, en el período que dure la pena. b) Los condenados por sentencia, aunque no sea firme, por delitos de rebelión, de terrorismo, contra la Administración Pública o contra las Instituciones del Estado cuando la misma haya establecido la pena de inhabilitación para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo o la de inhabilitación absoluta o especial o de suspensión para empleo o cargo público en los términos previstos en la legislación penal.” (ESPAÑA, **Ley Orgánica del Régimen Electoral General**, art. 6, 2.).

relativas à candidatura, garantida pela possibilidade de controle difuso de constitucionalidade, pelo regime de inércia e à imparcialidade, e pela adoção de técnicas procedimentais em favor da ampla defesa do direito fundamental.

Mas, em observância à epistemologia popperiana, não se pode dar por refutadas as propostas de separação orgânica das funções administrativa e judicial no Brasil com o exemplo favorável do registro de candidatura. A testificação falibilista, ao contrário da verificacionista, obriga a procurar os testes mais difíceis. Por isso, cabe indagar: caso preservada a competência da Justiça Eleitoral para exame do registro de candidatura (com reconhecimento e manutenção de seu caráter judicial) e remetida aos órgãos administrativos *somente* a competência estritamente administrativa, qual objeção pode ser erigida à separação?

Demarcada a atividade administrativa pela impossibilidade de exercer o controle de constitucionalidade, identifica-se como exemplos correntes de competência administrativa da Justiça Eleitoral a gestão do Cadastro Nacional de Eleitores e do Sistema de Filiação Partidária, as demais atividades de preparação e realização das eleições e dos atos posteriores até a diplomação. Tem-se que a atuação do juiz eleitoral nesses casos está, de fato, inserida no *rule application*, que, tal como explicada por Desiree Salgado, deve realizar “a eficiência administrativa, a neutralidade política e a *accountability* pública por meio de uma estrutura burocratizada capaz de [...] assegurar a credibilidade das eleições”<sup>1208</sup>.

Ocorre que, como reconhecido por Desiree Salgado e Edilene Lôbo, a Justiça Eleitoral não tem falhado no desempenho dessa tríade de exigências.

Seu desempenho na preparação, organização e realização das eleições mostra eficiência. A *accountability* pública é uma prioridade da instituição, como denotam significativamente as medidas adotadas não apenas para incrementar a segurança das urnas eletrônicas e tornar esses resultados auditáveis por especialistas e pelos cidadãos em geral<sup>1209</sup>, bem como dar publicidade a ambas as ordens de providências.

Quanto à neutralidade política, remete ela à raiz da criação da Justiça Eleitoral, devendo ser aferida em caráter relativo: estruturalmente, o Judiciário é mais neutro em relação às

<sup>1208</sup> SALGADO, **Administración de las elecciones y jurisdicción electoral: un análisis del modelo mexicano y una crítica a la opción brasilera**, p. 213. Tradução do original em espanhol extraído do trecho: “El *rule application* debe ser capaz de conciliar y realizar tres “imperativos conflictivos” la eficiencia administrativa, la neutralidad política y la *accountability* pública por medio de una estructura burocratizada capaz de equilibrar las tres exigencias para asegurar la credibilidad de las elecciones”

<sup>1209</sup> Cf.: BRASIL, Tribunal Superior Eleitoral, Resolução 23.550, de 18 de dezembro de 2017, Dispõe sobre a cerimônia de assinatura digital e fiscalização do sistema eletrônico de votação, do registro digital do voto, das auditorias de funcionamento das urnas eletrônicas e dos procedimentos de segurança dos dados dos sistemas eleitorais, **DJe**, n. 25, p. 305-316, Publicada em: 2 fev. 2018.

eleições do que o Executivo e o Legislativo, pois a composição destes depende daquela. Não há porque supor que, em uma realidade fática relutante em adequar-se ao paradigma constitucional democrático, órgãos outros, criados dentro do Executivo ou paralelamente à tripartição convencional, contariam com quadros aprioristicamente mais vocacionados para uma neutralidade idealizada.

Se assim se passa, a opção constitucional por manter a função administrativa da Justiça Eleitoral tem sido capaz de responder às demandas de legitimidade do procedimento eleitoral, na dimensão do *rule application*<sup>1210</sup>. Como dito, o caso será de cotejar o desempenho dessa atividade com o paradigma constitucional, reivindicando sua contenção dentro da finalidade democrática do controle-garantia concretizado na *racionalização* das atividades administrativas.

Por fim, na reflexão quanto à conveniência de deslocar-se a função judicial eleitoral para a Justiça Federal, importa colocar em perspectiva o problema da renitência de práticas processuais e hermenêuticas que desafiam o paradigma constitucional.

A situação-problema que inspira essa pesquisa aponta para a necessidade de implementação de uma hermenêutica adequada ao tratamento dos direitos políticos como direitos fundamentais. Isso não seria garantido, simplesmente, pela transposição orgânica, pois o déficit democrático de discursos e práticas judiciais não é exclusividade dos órgãos eleitorais. Ao contrário, o exame de decisões do STF no Capítulo 2 indica que mesmo o órgão de cúpula do Judiciário brasileiro enfrenta dificuldade para transpor paradigmas processuais incompatíveis com a CRFB.

Há, pois, elementos para supor que o problema da restrição do alcance constitucional dos direitos políticos e, conseqüentemente, do avanço da estatalidade sobre a esfera de atuação da Cidadania, se faria presente a despeito de qual fosse o órgão incumbido do controle judicial do processo eleitoral. Portanto, está-se diante de uma *variável interveniente* ao estudo do desempenho da função judicial no Brasil por quaisquer de seus órgãos.

---

<sup>1210</sup> Suscita-se, todavia, um ponto problemático: o *poder de polícia* sobre a propaganda eleitoral, a cargo dos “juízes eleitorais e [...] juízes designados pelos Tribunais Regionais Eleitorais”. (BRASIL, **Lei das Eleições**, art. 41, §1º). A questão aqui é inversa: indevida transposição, pelos juízes eleitorais, de elementos próprios da função judicial para autoimunização de seus atos administrativos, como a fixação de *astreintes* para cumprimento de ordem administrativa. A confusão de institutos também prejudica a compreensão das técnicas procedimentais aplicáveis, uma vez que o ato administrativo reputado abusivo ou ilegal deve ser combatido por meio de mandado de segurança, mas, por vezes, valem-se os prejudicados de *recurso* interposto nos autos do expediente administrativo. Sobre o tema, já está em curso investigação para futura produção de artigo científico em coautoria com Polianna Pereira dos Santos.

Ademais, deve-se considerar que a criação de Varas Eleitorais não colocaria a função judicial eleitoral a salvo dos problemas estruturais dos órgãos para os quais seria deslocada. Conforme salienta Michelle Pimentel Duarte, há uma “dificuldade prática em realocar toda uma lista de competências, ainda que de modo especializado, em uma estrutura saturada como a do Superior Tribunal de Justiça e dos Tribunais Regionais Federais”<sup>1211</sup>. Não há razão para supor que tais órgãos priorizassem o desempenho da função eleitoral, especialmente com observância da racionalização demandada pelas atividades correlatas.

Em síntese, um problema que não decorre da configuração orgânica da Justiça Eleitoral não pode ser resolvido por uma redistribuição orgânica das funções administrativas e judiciais. O que cabe é romper com a ideia de desnecessidade ou mesmo de conveniência em se manter turvos os limites entre tais funções, porque isso não atende a uma compreensão democrática de exercício do poder estatal. Estabelecidos aqueles limites, é preciso adotá-los como parâmetro de controle de legitimidade do desempenho dos órgãos da Justiça Eleitoral.

### 3.3.2.2. Distinção entre função normativa (exaurida) e função regulamentar (instrutória)

O Código Eleitoral, logo de início, dispõe que “O Tribunal Superior Eleitoral expedirá instruções para sua fiel execução”<sup>1212</sup>. Adiante, ao tratar da competência do TSE, autoriza-o a “tomar quaisquer outras providências que julgar convenientes à execução da legislação eleitoral”<sup>1213</sup>.

Ambos os dispositivos remetem à *execução* da lei. Ainda sob a vigência da Constituição de 1967, sustentou Victor Nunes Leal, quanto à expressão *que julgar convenientes*, que “essa cláusula, de má técnica legislativa, não tem a virtude de alargar, além dos limites já assinalados, a faculdade de regulamentar do Judiciário eleitoral, porque aquelas instruções – é o próprio texto que o diz a seguir – se destinam a dar execução à Lei Eleitoral”<sup>1214</sup>.

Desse modo, um primeiro aspecto a ser considerado é a recusa, *mesmo pelo Código Eleitoral*, de produção, pelo TSE, de atos que autonomamente *criem* normas jurídicas.

A CRFB tampouco atribuiu tal competência à Justiça Eleitoral.

<sup>1211</sup> DUARTE, **Processo judicial eleitoral: jurisdição e fundamentos para uma teoria geral do processo judicial eleitoral**, p. 34.

<sup>1212</sup> BRASIL, **Código Eleitoral**, art. 1º, parágrafo único.

<sup>1213</sup> *Ibid.*, art. 23, XVIII.

<sup>1214</sup> LEAL, Victor Nunes apud COSTA, Antônio Tito, **Recursos em matéria eleitoral**, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968, p. 8.

Conforme sintetiza Eneida Desiree Salgado, ao contrário da Justiça do Trabalho, a Justiça Eleitoral não foi elencada pela CRFB como órgão competente “para expedição de atos normativos”, de modo que “a elaboração de resoluções não tem respaldo constitucional”<sup>1215</sup>. Esclarece a autora que “o que se pode admitir é a expedição de instruções, compreendidas adequadamente – que se destinem apenas à atuação administrativa da Justiça Eleitoral, sem possibilidade de seus efeitos atingirem os particulares”<sup>1216</sup>. Em outras palavras, a possibilidade de expedir instruções para a racionalização interna da atividade administrativa da Justiça Eleitoral não pode subsidiar verdadeiro exercício de competência *legislativa*.

Na mesma linha argumentativa de Salgado, Elaine Harzheim e Rafael Morgental destacam que a competência para legislar sobre direito eleitoral e cidadania é privativa da União, “o que automaticamente remeteria à competência exclusiva do Congresso Nacional, como ente legiferante por excelência da União”<sup>1217</sup>. Segundo os autores, está-se diante “de função legislativa típica e definida expressamente, sem qualquer espaço aparente para atuação atípica”<sup>1218</sup>.

Esse limite, todavia, não é adequadamente assimilado na prática dos tribunais. O reconhecimento de função normativa ao TSE é decorrência de uma dinâmica de imunização recíproca entre este e o STF, cuja abordagem se iniciou na Seção 2.3.11. Enfoca-se, aqui, o aspecto semântico da blindagem do *poder normativo* do TSE, que consiste em reconhecer às Resoluções do TSE finalidade e atributos de lei, ao mesmo tempo em que se insiste que de lei não se trata.

No julgamento, pelo STF, da ADI 4947/DF, admitiu-se a impossibilidade de que o TSE desempenhe função legislativa. Porém, defendeu-se a existência de uma função normativa instituída pelo Código Eleitoral – que seria distinta da criação de lei –, no âmbito da qual seria legítimo *innovare no ordenamento jurídico*, pela criação de regras abstratas e cogentes. É o que se extrai da seguinte passagem do voto da Ministra Nancy Andrighi:

Ao TSE não compete legislar, e sim promover a normatização da legislação eleitoral (art. 23, XVIII, do Código Eleitoral). Poder normativo, repita-se, não é poder legislativo. O campo no qual o TSE atua com liberdade tem suas margens definidas pelos conteúdos que podem ser inequivocamente extraídos, senão da letra da lei, pelo menos do propósito claro e manifesto do legislador. Em outras palavras, a

---

<sup>1215</sup> SALGADO, *Princípios constitucionais eleitorais*, p. 253.

<sup>1216</sup> *Ibid.*

<sup>1217</sup> MACEDO; SOARES, O poder normativo da Justiça Eleitoral e a separação de poderes: um paradigma democrático?, p. 280.

<sup>1218</sup> *Ibid.*

orientação seguida pelo TSE, na condição de Administrador do processo eleitoral, deve necessariamente traduzir uma escolha previamente realizada pelo Legislador, a lhe conferir autoridade, e não uma interpretação possível, entre tantas outras, de conceitos jurídicos indeterminados. Isso em absoluto significa reduzir o poder normativo ao preenchimento de lacunas e muito menos à execução mecânica da lei. Nesse contexto, despiciendo reafirmar que o Código Eleitoral confere expressamente ao TSE poder (normativo) para expedir instruções e tomar outras providências que julgar convenientes para a execução da legislação eleitoral (art. 23, IX e XVIII).”<sup>1219</sup>

Também nas premissas adotadas no julgamento das ADIs 3345 e 3365 o STF considerou haver Resoluções dotadas de: “a) coeficiente de generalidade abstrata, b) autonomia jurídica, c) impessoalidade e d) eficácia vinculante das prescrições dele constantes”<sup>1220</sup>. Em outras palavras, equiparou-se os atributos da Resoluções do TSE aos de lei e, como tal, reconheceu-se ser ela passível de controle pela via da ação direta de inconstitucionalidade.

Esse esforço de distinguir os atos de *legislar* e o de *criar normas* somente encontra pilares em uma compreensão retórica do *princípio da legalidade*, que foi objeto de crítica aguda de Rosemiro Pereira Leal.

Segundo o autor, o positivismo trata a lei como fetiche, uma vez que concebe uma “hierarquia hermenêutica de um elenco de princípios para o intérprete-juiz” que “não tem início, em grau de prioridade, no princípio da legalidade, mas no da proibição do *non-liquet*”<sup>1221</sup>. Se a *lei positiva* diz que o juiz não pode deixar de decidir por fundada inexistência de *lei*, o que subsiste é um “*princípio da extralegalidade legalizada*”, pelo qual “se visualiza a precedência dessa sociedade-fantasma sobre o direito produzido”<sup>1222</sup>.

Possível então vislumbrar na edição de Resoluções normativas do TSE a otimização dessa dinâmica: em lugar de se produzirem, caso a caso, decisões no (alegado) vazio da lei, desde logo se assenta a *norma extralegal* que o órgão máximo da Justiça Eleitoral considera dever ser aplicada. Tem-se algo como a *uniformização de um direito jamais posto*, fruto da

<sup>1219</sup> BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Ação Direta de Inconstitucionalidade 4947/DF, Voto da Ministra Nancy Andrighi. Deve-se destacar que, no julgamento específico, o exercício da função normativa, de inequívoco cariz legislativo, já que exercido para fixar o critério pelo qual deveriam ser distribuídas as vagas da Câmara dos Deputados, não foi respaldado, apenas, porque, conforme posto pela Ministra Andrighi na sequência do trecho acima citado, “da Lei Complementar nº 78/1993, todavia, não é possível inferir delegação a legitimar, nos moldes da Constituição da República e do Código Eleitoral, a edição da Resolução nº 23.389/2013 pelo Tribunal Superior Eleitoral.” (*Ibidem.*)

<sup>1220</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 3345/DF e Ação Direta de Inconstitucionalidade 3365/DF, Ementa.

<sup>1221</sup> LEAL, **Processo como teoria da lei democrática**, p. 136.

<sup>1222</sup> *Ibid.*, p. 137.

conjugação do *princípio da extralegalidade* com a celebrada *padronização decisória*, propugnada na Exposição de Motivos do CPC/2015 como medida de segurança jurídica.

Não há respaldo constitucional para sustentar tal distinção. Não se trata de *nomen iuris*, mas de admissão de que o direito democrático somente pode ser produzido no âmbito do devido processo legislativo, coinstitucionalizado, porque *lei* não é uma cártula subscrita pelo Congresso, cambiável por outros documentos de atributos idênticos. A lei é *provimento legislativo*, que explicita “estruturas (proposições) lógico-fundantes” de “direitos, deveres, faculdades, vedações, permissões”; é, assim, criadora do texto normativo que é o direito”<sup>1223</sup>.

Deve-se registrar que não foi de todo repelida, na instauração do vigente Estado Democrático de Direito, a atuação normativa da Justiça Eleitoral. Como exposto na Seção 1.2.5, o ADCT chegou a atribuir ao TSE competências de natureza eminentemente legislativa.

A primeira delas se fez sob a previsão de expedição de “normas regulamentadoras” relativas ao plebiscito previsto para o ano de 1993<sup>1224</sup>. A despeito da terminologia, a distinção com a previsão do parágrafo único do art. 1º do CE deve ser estabelecida: neste último caso, a submissão do regulamento à lei o mantém adstrito à execução de lei prévia; na previsão do ADCT, as normas do TSE substituem à lei na função de *explicitar as estruturas lógico-fundantes* de um procedimento legislativo apenas enunciado na Constituição. Caberia ao TSE estipular os contornos do exercício de direitos, deveres, faculdades, vedações e permissões para a concretização do plebiscito.

A distinção encontra paralelo na competência do Presidente da República para *expedir decretos*. No art. 84, IV da CRFB tem-se a previsão de decretos e regulamentos *para fiel execução da lei*<sup>1225</sup>. Já o inciso VI do artigo prevê a figura dos denominados *decretos autônomos*, cuja configuração resulta da EC 32/2011 e transforma o Presidente da República em legislador sobre a organização e funcionamento da administração pública federal (excluída

---

<sup>1223</sup> *Ibid.*, p. 167.

<sup>1224</sup> “Art. 2º. No dia 7 de setembro de 1993 o eleitorado definirá, através de plebiscito, a forma (república ou monarquia constitucional) e o sistema de governo (parlamentarismo ou presidencialismo) que devem vigorar no País. [...] § 2º O Tribunal Superior Eleitoral, promulgada a Constituição, expedirá as normas regulamentadoras deste artigo.” (BRASIL, **Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (1988)**, art. 2º, *caput* e §2º.).

<sup>1225</sup> “Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República: [...] IV - sancionar, promulgar e fazer publicar as leis, bem como expedir decretos e regulamentos para sua fiel execução;” (BRASIL, **Constituição (1988)**, art. 84, *caput* e IV.).



a possibilidade de aumento de despesas e de criação ou extinção de órgãos públicos) e sobre extinção de cargos públicos vagos<sup>1226</sup>.

Mesmo autores como André Rodrigues Cyrino e Floriano de Azevedo Marques Neto, que defendem a alteração do texto constitucional em 2011 como meio de conferir “racionalidade ao sistema”, não hesitam em reconhecer que se trata do “surgimento de uma espécie normativa nova no Brasil”<sup>1227</sup>; uma “reserva de regulamento”, pois nessas matérias resta interdita a possibilidade de disciplina por lei”<sup>1228</sup>. A consideração de uma *reserva de administração* que, tanto quanto a *reservam de lei*, possa ser um arranjo de separação de poderes previsto na Constituição<sup>1229</sup> ilustra a afirmação de Rosemiro Pereira Leal sobre o caráter retórico do princípio da legalidade.

Para Cyrino – que expressamente consigna a influência do Direito Administrativo, radicado na teoria de Hauriou, sobre o tema –, a possibilidade de câmbio entre tais *reservas* decorre de vislumbrada ambiguidade do texto constitucional no tratamento da separação de poderes. Em suas palavras,

[...] no Brasil há espaço para abraçar uma tese de reserva de administração extraível de um princípio da separação de Poderes constitucionalmente fundado que, por vezes, estabelece um universo privativo claro, mas que, em outras oportunidades, deixa espaço para que se extraia a noção de uma lógica concreta de separação de Poderes.<sup>1230</sup>

Essa percepção decorre da não consideração de um paradigma democrático como vinculação teórico-normativa em função da qual a legalidade é “princípio de regenciamento da

---

<sup>1226</sup> “Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República: [...] VI - dispor, mediante decreto, sobre: a) organização e funcionamento da administração federal, quando não implicar aumento de despesa nem criação ou extinção de órgãos públicos; b) extinção de funções ou cargos públicos, quando vagos; (*Ibid.*, art. 84, VI, com redação dada pela EC 32/2001.).

<sup>1227</sup> CYRINO, André Rodrigues, Regulamento autônomo no Brasil: uma resposta às críticas, **Revista da Faculdade de Direito, UERJ**, n. 30 (dez), p. 107–137, 2016, p. 107–108.

<sup>1228</sup> MARQUES NETO, Floriano de Azevedo, Poderes da Administração Pública, **Fórum Administrativo**, v. 16, n. 190, p. 34–43, 2012, p. 37.

<sup>1229</sup> Nas palavras de Cyrino: “[...] a reserva de administração só pode ser admitida quando a Constituição estabelece esferas exclusivas específicas em determinadas matérias. [...] Nada obstante, parece-nos correto afirmar que a separação de Poderes incorpora um esquema básico voltado a conter o arbítrio, racionalizar e legitimar o exercício do poder político num regime de autogoverno do povo, além de garantir direitos por meio da partilha de funções em razão da especialização e das capacidades institucionais envolvidas. Capacidades essas que podem implicar, por vezes, atividades exclusivas, ou reservadas. Assim, a separação de Poderes delimitada na Constituição pode sim estabelecer ‘construção’ na qual exista núcleo essencialmente administrativo, porque inerentemente voltado a certas capacidades institucionais.” CYRINO, Regulamento autônomo no Brasil: uma resposta às críticas, p. 117–118.

<sup>1230</sup> *Ibid.*, p. 118.

produção do direito”<sup>1231</sup>. Admitir-se que lei e decretos administrativos sejam cártulas cambiáveis *na função de criação do direito*, por opção conforme *especialização e capacidades institucionais* a serviço da eficiência estatal, é tornar “a lei inócua ante o axioma da antecedência dessa sociedade [autora prévia da normatividade não legislada] à lei”<sup>1232</sup>.

Na mesma linha, a segunda previsão do ADCT trata de atribuir ao TSE *competência suplementar* aplicável às eleições de 15/11/1988. Desse modo, “normas necessárias” poderiam ser editadas desde que considerada ausente “norma legal específica”<sup>1233</sup>. Percebe-se que as *normas* do TSE não são limitadas pelo conteúdo da lei – ao contrário, é a suposta *lacuna da lei* que dá ensejo à criação de normas pelo tribunal. Uma certa hierarquia se estabelece, mas, inversamente à noção de *regulamentação* como detalhamento da lei *para sua fiel execução*, o TSE não poderia dispor sobre o que a lei já dispôs, mas, sim, criar normas que considerasse necessárias.

Desse modo, seguindo-se o paralelo com a abordagem dos administrativistas, a figura se equipara a “regulamentos *praeter legem*” ou “independentes”, os quais “existem no espaço deixado pelo legislador em matérias que não contrariem a reserva de lei e o próprio texto legal, num ‘campo de poderes residuais’”<sup>1234</sup>. A diferença em relação à modalidade trazida pela EC 32/2001 é assim sintetizada: “a relação entre a lei e o regulamento autônomo é de competência, enquanto que a relação entre a lei e o regulamento independente é de hierarquia”<sup>1235</sup>.

Por fim, o ADCT incumbiu os TREs de fixar o número de vereadores por Município nas eleições de 1988, observados os parâmetros da do art. 29, I, CRFB. Tratou-se aqui de estipulação de *competência supletiva*, de inegável criação de normas, para exercício excepcional de competência atribuída às Leis Orgânicas.

Com base nas distinções encontradas no Direito Administrativo, Manoel Carlos Almeida Neto conceitua a “função normativa da Justiça Eleitoral” como “aquela que é exercida pelo TSE, no uso de seu poder regulamentar, por meio de regulamentos autônomos e independentes impregnados de abstratividade, impessoalidade e generalidade, com força de lei

---

<sup>1231</sup> LEAL, **Processo como teoria da lei democrática**, p. 118.

<sup>1232</sup> *Ibid.*, p. 148.

<sup>1233</sup> “Art. 5º. [...] § 2º Na ausência de norma legal específica, caberá ao Tribunal Superior Eleitoral editar as normas necessárias à realização das eleições de 1988, respeitada a legislação vigente.” (BRASIL, **Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (1988)**, art. 5º, §2º.).

<sup>1234</sup> CYRINO, Regulamento autônomo no Brasil: uma resposta às críticas, p. 109–110.

<sup>1235</sup> *Ibid.*, p. 110.

ordinária federal”<sup>1236</sup>. O autor nega aos TREs a mesma competência, por considerar que somente o TSE “possui um poder normativo com raízes mais sólidas na legislação especial”<sup>1237</sup>.

Almeida Neto chega a dizer que, uma vez que a Lei 7.664/1988 (de 29 de junho, ainda anterior à CRFB), que tratou das eleições municipais de 1988 manteve a atribuição normativa do TSE para, inclusive, *adaptar* as regras das eleições, tem-se um “dato histórico” que “demonstra que não foi intenção do Congresso Nacional de 1988 suprimir o poder normativo da Justiça Eleitoral”<sup>1238</sup>. Sem se aperceber do ciclo dogmático da blindagem recíproca, destaca que “o STF jamais questionou, sob ângulo formal, a competência do TSE para expedir resoluções autônomas, o que corrobora a constitucionalidade desse poder normativo”<sup>1239</sup>.

Ocorre que, a despeito de *raízes* (históricas) vislumbradas, da *intenção* dos indivíduos que formavam o Congresso antes do advento da CRFB<sup>1240</sup> e do fato de que o STF, na já citada ADI 2/DF, teve por resolvida a questão das competências instituídas no Código Eleitoral sob o ângulo da recepção *como lei complementar*, é preciso retornar à Constituição para identificar a norma fundante, coconstitucionalizante, da repartição de funções entre órgãos estatais. Mas o que se detecta é que tais previsões, localizadas somente no ADCT, esgotaram-se como fonte normativa. Na classificação de Raul Machado Horta, trata-se de *normas exauridas*, as quais “desapareceram pela realização da condição ou do ato nelas previstas”<sup>1241</sup>.

A constatação de que houve atribuição excepcional e temporária de função inequivocamente normativa à Justiça Eleitoral apenas reforça que a Constituição não pretendeu instituir tal função em caráter ordinário e perene. Superado o contexto de transição normativa (ADCT), o que dimana do contexto normativo vigente (CRFB) é que, como sintetiza Eneida

---

<sup>1236</sup> ALMEIDA NETO, Manoel Carlos, **Direito eleitoral regulador**, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 112.

<sup>1237</sup> *Ibid.*, p. 113.

<sup>1238</sup> *Ibid.*, p. 115.

<sup>1239</sup> *Ibid.*

<sup>1240</sup> Mais uma vez, fica clara a distinção entre a compreensão histórica e teórica da CRFB. O historicismo leva Almeida Neto a considerar que a normatividade, como fruto de fatos que se desenrolaram à época da Constituinte, deve considerar a identidade física dos parlamentares que teriam atuado na elaboração do texto constitucional e da lei anterior a este. Ao contrário, compreendida a normatividade como o discurso constitucional que propugna a concretização do Estado Democrático de Direito, é a Lei 7.664/1988 que deve ter seus sentidos submetidos a veredicto com base no código intradiscursivo. Como posto, esse teste confirma a possibilidade atuação normativa do TSE, com base no ADCT, em caráter *excepcional*, adstrito às eleições de 1988. Segue-se a isso a perda de eficácia da lei e da norma instituidora prevista no ADCT. Somente o recurso ao código heterodiscursivo (historicismo) sustenta a afirmação de que aquela lei anterior à CRFB constituía *raiz sólida* de competência inexistente no contexto vigente.

<sup>1241</sup> HORTA, Raul Machado, **Estudos de Direito Constitucional**, Belo Horizonte: Del Rey, 1995, p. 328.

Desiree Salgado, “somente a norma inovadora originária do Parlamento pode criar direitos e obrigações de natureza eleitoral”<sup>1242</sup>. Assim, o teste de veredicação, com base no código intradiscursivo fornecido pelo discurso constitucional, não respalda a inferência (criação) de competência normativa a partir da previsão no Código Eleitoral.

Porém, extirpadas essas versões semanticamente imprecisas – nas quais a ideia de *regulamento* pode tanto se referir a equivalente legal quanto ao ato que viabiliza a execução de lei prévia – resta examinar se subsiste competência *regulamentar* adstrita aos termos no Código Eleitoral.

Toma-se, para tanto, apenas a previsão de “expedição de instruções para cumprimento da lei”, que remete à elaboração de regulamentos, pois a vaga menção a “tomar quaisquer outras providências que julgar convenientes à execução da legislação eleitoral” nada demarca em termos competenciais. Ao contrário, a autorização para *tomada de providências convenientes* é cláusula aberta de exercício de discricionariedade, como fórmula de poder de polícia irrestrito previamente blindado, somente amoldável à compreensão de um Estado totalitário tal como o implementado concretamente em 1964 e, portanto, inócuo frente ao paradigma da processualidade democrática.

Na obra de Manoel Carlos Almeida Neto, a referência à função regulamentar se mescla à função normativa, ambas abertamente assimiladas à dimensão *material* da função legislativa<sup>1243</sup>. Incide a crítica de Desiree Salgado: “sem previsão expressa na Constituição e em face de uma função atípica, não se pode considerar a possibilidade de elaboração de normas, ainda que secundárias, pelo Poder Judiciário”<sup>1244</sup>.

No entanto, compreende-se ser possível destacar as *instruções*, nos termos precisos da autora: “o que se pode admitir é a expedição de instruções, compreendidas adequadamente – que se destinem apenas à atuação administrativa da Justiça Eleitoral, sem possibilidade de seus efeitos atingirem particulares”<sup>1245</sup>. Isso porque a característica das instruções, embora impessoais e abstratas, é serem atos administrativos dirigidos aos órgãos e servidores públicos

---

<sup>1242</sup> SALGADO, **Princípios constitucionais eleitorais**, p. 248.

<sup>1243</sup> O tratamento indistinto permeia a obra. O indiscernimento dos institutos transparece no seguinte trecho em que explica que “as instruções para as eleições” são “regularmente aprovadas em plenário e baixadas sob o status de ‘resolução’. O título de ‘resolução’, nessas hipóteses, é utilizado em sentido normativo e regulamentar próprio, isto é, como um instrumento apto a viabilizar a fiel execução das leis eleitorais, tornando exatos os seus termos, ou, em alguns casos, complementando-os, sem, contudo, desbordar os limites fixados nas leis e na Constituição Republicana de 1988”. (ALMEIDA NETO, **Direito eleitoral regulador**, p. 125.).

<sup>1244</sup> SALGADO, **Princípios constitucionais eleitorais**, p. 252.

<sup>1245</sup> *Ibid.*, p. 253.

para orientação prática, “prescrevendo-lhes o modo pelo qual devem pôr em andamento seus cometimentos”<sup>1246</sup>.

Assim, se subsiste função administrativa cometida à Justiça Eleitoral de preparação, organização e realização das eleições, apuração dos resultados e proclamação e diplomação dos eleitos, tem-se na expedição de instruções a formalização de regras sobre o modo de proceder dos órgãos e servidores da Justiça Eleitoral. À diferença da função legislativa, essas instruções não se destinam a criar direitos e deveres para os cidadãos. Ao contrário: o que se concebe, inclusive com vistas a propiciar a fiscalidade dos atos dos agentes públicos que intercedem no processo eleitoral, é a prévia descrição das etapas seguidas para execução da lei.

Nesse âmbito é que se compreende o art. 105 da Lei das Eleições, que incumbe o TSE, até o dia 5 de março do ano eleitoral, “atendendo ao caráter regulamentar e sem restringir direitos ou estabelecer sanções distintas das previstas nesta Lei, [...] expedir todas as instruções necessárias para sua fiel execução, ouvidos, previamente, em audiência pública, os delegados ou representantes dos partidos políticos”<sup>1247</sup>. A menção ao caráter regulamentar e à não restrição de direitos ou criação de sanções foi inserida pela Lei 12.034/2009 e adequadamente indica que não há ensejo para exercício de competência normativa a pretexto de *dar cumprimento* à Lei das Eleições.

Assim, a função regulamentar, ainda que mantida com tal designação, encontra demarcação na função administrativa e, não, na função legislativa. Seu âmbito de exercício é adstrito ao esclarecimento de trâmites administrativos para a viabilização do procedimento eleitoral. Tem-se, com isso, assinalado o campo de atuação da Justiça Eleitoral no que concerne à publicação de atos, independentemente da nomenclatura adotada.

Pode-se, nesse particular, pontuar a carga performativa que se quer imprimir às Resoluções. Supor que um tribunal *resolva* informar como procederá é pressupor uma *vontade* criadora de sentidos não apenas *suirreferenciados*, mas intangíveis à investigação de seus fundamentos. Já se deveria, a essa altura, cumprir-se o art. 105 da Lei das Eleições, porquanto adequado à processualidade democrática, e abandonar-se aquela designação, fazendo-se publicar os atos, administrativos, como Instruções – como, aliás, efetivamente tramitam<sup>1248</sup>.

---

<sup>1246</sup> MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de, **Princípios gerais do direito administrativo I**, 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 383.

<sup>1247</sup> BRASIL, **Lei das Eleições**, art. 105.

<sup>1248</sup> BRASIL, Tribunal Superior Eleitoral, Resolução 4.510, de 29 de setembro de 1952, Regimento Interno do Tribunal Superior Eleitoral, Disponível em: <http://www.tse.jus.br/legislacao/codigoeleitoral/regimento-interno/resolucao-nb0-4.510-de-29-de-setembro-de-1952>, Acesso em: 18 jan. 2019.

Com esses argumentos, conclui-se subsistir, no âmbito da competência administrativa, competência *instrutória* do TSE, destinada a organizar sua forma de atuação (legalmente prevista) e a informar os cidadãos a respeito. O desbordo dessa finalidade submete-se a controle de legalidade, que, de modo idêntico aos demais atos administrativos, deve ser admitido caso instaurado por cidadão que repute haver lesão ou ameaça a seus direitos políticos fundamentais, conforme os parâmetros claramente postos no art. 105 da Lei das Eleições.

### 3.3.2.3. Revogação da função consultiva

Reserva-se para o final do teste de veredicação das funções da Justiça Eleitoral a mais obscura das atribuições previstas no Código Eleitoral: a competência dos tribunais eleitorais (TSE e TREs) para *responder a consultas em matéria eleitoral*<sup>1249</sup>.

Almeida Neto remete a origem do instituto aos pareceres dos juriconsultos romanos, que “emitiam pareceres jurídicos sobre questões diversas a eles apresentadas (*respondere*)”<sup>1250</sup>. A afirmação abre ensejo para indagar da possibilidade de atribuição a órgãos judiciários, no paradigma da processualidade democrática.

Tercio Sampaio Ferraz Júnior aborda o papel dos juriconsultos na formação do *pensamento prudencial*, que teve início com informações prestadas a uma das partes sobre questões jurídicas, ascendeu a discussões de opiniões de forma dialética e culminou na separação entre *questões de fato* e *questões de direito*, com formação de um arcabouço de “normas tomadas como critérios para posterior julgamento à vista dos fatos”<sup>1251</sup>. Tomadas as formas weberianas, trata-se de um percurso no qual o poder tradicional se transmuda em poder burocrático de forma mítica, porque inesclarecida quanto aos fundamentos objetivos que qualificam a opinião como norma.

Esse percurso fornece o indicativo de que, a despeito de encaminhar uma *interpretação* do direito positivo, a função consultiva não é espécie de exercício de função judicial, pois não se trata de resultado de atividade hermenêutica que equaciona o modo de aplicação da lei. O

---

<sup>1249</sup> “Art. 23 - Compete, ainda, privativamente, ao Tribunal Superior, [...] XII - responder, sobre matéria eleitoral, às consultas que lhe forem feitas em tese por autoridade com jurisdição, federal ou órgão nacional de partido político; [...] Art. 30. Compete, ainda, privativamente, aos Tribunais Regionais: [...] VIII - responder, sobre matéria eleitoral, às consultas que lhe forem feitas, em tese, por autoridade pública ou partido político;”. (BRASIL, **Código Eleitoral (1965)**, arts. 23, *caput* e XII, e 30, *caput* e VIII.).

<sup>1250</sup> ALMEIDA NETO, **Direito eleitoral regulador**, p. 67.

<sup>1251</sup> FERRAZ JÚNIOR, **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**, p. 56–60 *passim*.

tribunal eleitoral, ao responder a consultas, não resolve uma questão jurídica como premissa do accertamento de direitos, mas, sim, como forma de estabelecer, de antemão, um sentido normativo previamente imunizado.

O caráter normativo da *função consultiva* é indicado por Victor Nunes Leal, que situa esta no âmbito da competência “de expedir normas complementares da legislação eleitoral”, sendo “indiscutivelmente uma competência regulamentar [...]”<sup>1252</sup>. A partir da já assentada repulsa do direito democrático à produção de normas com amparo na extralegalidade, não se sustenta a manutenção de atividade interpretativa prévia de questões em tese, com eficácia de lei.

O que se constata é que a função consultiva se insere em uma dinâmica de legitimação (imunização) que busca revestir de caráter geral e abstrato interpretações fixadas à margem do espaço processual. Sequer se trata de blindagem *recíproca*, mas, sim, de *autoblindagem*, pela qual os tribunais têm ocasião de antecipar interpretações que querem ver observados. Sob essa perspectiva, o mecanismo, nas palavras de Edilene Lôbo, “elastece a jurisdição para além do devido processo judicial, permitindo a interpretação de teses sem casos concretos, o que acaba por impor força sancionatória a pareceres”.

A função consultiva logra um grau de extrassistematicidade ainda maior que o da já refutada função normativa.

Primeiro, as questões suscitadas não encontram qualquer tipo de limite objetivo. Rememore-se que o Ministro Marco Aurélio, ao sustentar a inconstitucionalidade da Resolução TSE 21.702/2004 – que determinara a adequação do número de Vereadores aos parâmetros estabelecidos pelo STF na decisão do RE 197.917/SP (Mira Estrela) - por invasão da competência legislativa das Câmaras Municipais, distinguiu a competência consultiva do TSE, que não encontra limitação em “documento normativo”, e a regulamentar, esta sim, limitada ao Código Eleitoral<sup>1253</sup>.

Ademais, a função consultiva abre duas ocasiões a mais de exercício de discricionariedade: i) no momento do *conhecimento* das consultas: a afirmação de que se pode divisar questão *concreta* é suficiente para inadmitir a consulta, mas os critérios para tanto variam, conforme se percebe da afirmação de que iniciado o período eleitoral, pressupõe-se a concretude das questões, ocasionalmente afastada quando considerada *relevante* a questão; ii)

---

<sup>1252</sup> LEAL, Victor Nunes apud COSTA, **Recursos em matéria eleitoral**, p. 8.

<sup>1253</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 3345/DF e Ação Direta de Inconstitucionalidade 3365/DF, Voto do Ministro Marco Aurélio.

no momento de *aplicação* das teses fixadas nas consultas: ao contrário do que ocorre com as Resoluções normativas, as respostas são “sem nenhum efeito vinculante ou obrigatório”<sup>1254</sup>, que fica reservada para as situações em que se pretender um reforço da autoridade do entendimento do julgador.

Esse último aspecto é ainda agravado no contexto de expansão da percepção do TSE de ostentar um papel de moralização da política, que conduz a um uso estratégico das respostas a consultas como legitimadoras de ostensiva atividade normativa. Em decorrência, “existem consultas sem nenhum efeito vinculante e outras que fogem à regra e ingressam no mundo jurídico com força de lei em sentido material”<sup>1255</sup>.

Após reforma do Regimento Interno do TSE em 2010<sup>1256</sup>, somente as últimas seguem publicadas sob a nomenclatura de Resoluções. Não se pode deixar de observar as expressões que subsidiaram a alteração: “não faz sentido [...] conceder-se status de ‘resolução’, cuja força legal é reconhecida tanto na jurisprudência desta Corte quanto no STF a decisões meramente administrativas desprovidas de qualquer efeito vinculante ou eficácia normativa”, como, “por exemplo, consultas e petições [a] que o TSE não decida atribuir eficácia normativa ou regulamentar”<sup>1257</sup>.

Ante a possibilidade de que as respostas a consultas possam se transformar em Resoluções normativas “nas hipóteses em que o Plenário assim determinar”<sup>1258</sup>, evidencia-se que a função consultiva transporta a arcaica metamorfose de opiniões em normas própria da híbrida figura dos jurisconsultos. Não há aderência possível dessa competência à processualidade democrática. Na ausência absoluta de previsão textual na CRFB ou possibilidade de que seja remetida ao âmbito *demarcado* de alguma das funções legítimas (judicial, administrativa ou instrutória), tem-se por revogada a função consultiva.

---

<sup>1254</sup> ALMEIDA NETO, **Direito eleitoral regulador**, p. 156.

<sup>1255</sup> *Ibid.*, p. 134.

<sup>1256</sup> BRASIL, Tribunal Superior Eleitoral, Resolução 23.308, de 2 de agosto de 2010, Altera o § 3º do artigo 25 do Regimento Interno do Tribunal Superior Eleitoral, que dispõe sobre a lavratura de acórdãos e resoluções do Tribunal, **DJe**, n. 153, p. 42, Publicado em: 10 ago. 2010.

<sup>1257</sup> ALMEIDA NETO, **Direito eleitoral regulador**, p. 158.

<sup>1258</sup> “§ 3º Os feitos serão numerados, e as decisões serão lavradas sob o título de acórdão, reservando-se o termo resolução àquelas decisões decorrentes do poder regulamentar do Tribunal e nas hipóteses em que o Plenário assim o determinar, por proposta do relator.” (BRASIL, Tribunal Superior Eleitoral, Resolução 4.510, de 29 de setembro de 1952, Regimento Interno do Tribunal Superior Eleitoral, art. 25, §3º.).



### 3.4 O processo eleitoral como espaço de exercício da Cidadania para formação dos mandatos eletivos

Ao longo da presente pesquisa, vêm sendo desenvolvidas as três premissas que amparam a proposição da tese.

Submetidas a testes argumentativos, essas premissas permitem sustentar que: i) a partir de uma compreensão da Constituição como marco teórico-discursivo, o *processo eleitoral* pode ser enunciado como quarta matriz processual, ao lado do processo legislativo, do administrativo e do judicial, cuja inserção linguística e sistêmica evidenciam sua pretensão normativa de que a formação de mandatos eletivos, decisão de competência dos cidadãos, tenha por *locus* o devido processo legal coinstitucionalizado e coinstitucionalizante; ii) a naturalização da instrumentalidade do processo tem comprometido a adequada apreensão dessa pretensão normativa, tanto pela literatura quanto pela jurisprudência, que culmina na redução do *processo eleitoral* a um recorte temporal cuja função teleológica é casuisticamente definida para atender a diretrizes metajurídicas associadas a um ideal cívico; iii) a teoria neoinstitucionalista do processo é, dentre as teorias concorrentes, a que se mostra apta a expor e superar a instrumentalidade do processo, permitindo, a partir da demarcação do processo como metainstituição igualadora da Cidadania e do Estado, a teorização do processo eleitoral no paradigma da processualidade democrática.

A testificação da teoria neoinstitucionalista pelo código intradiscursivo fornecido pelo estatuto constitucional dos direitos políticos retorna conteúdos crítico-problematizantes de relevância para uma teoria do processo eleitoral democrático. Uma vez desaprisionada a noção de *processo* das amarras que a limitam a instrumento do agir estatal para a produção de decisões performativas da autoridade, abre-se ensejo para suscitar questões sobre o significado do *processo eleitoral* no discurso constitucional da CRFB, voltado para a implementação da estatalidade democrática.

Com base nessa inovadora perspectiva de abordagem do processo, avançou-se para compreender como a Cidadania, instituição constitucional, permite aos sujeitos naturais ascender à posição de sujeitos de direito, ou seja, legitimados ativos ao processo. Não mais uma concessão estatal, como foi nos paradigmas do Estado Liberal e do Estado Social, a Cidadania se apresenta como concretizadora do Estado Democrático de Direito. Na condução desse projeto, a isomenia despe o autoritarismo ancestral impregnado na pretensão (falaciosa) de se extrair normatividade de concepções sociológicas descritivas do funcionamento de órgãos estatais. Dinâmicas de legitimação (blindagem) podem ser expostas a cada prática estatal que

pretenda referendar sua legitimidade por acesso a códigos heterodiscursivos.

Considerada a diferença de aparatos reais de poder entre Estado e Cidadania e mesmo entre os sujeitos naturais, é somente pelo interpretante discursivo que se pode promover a igualação institucional. A teoria neoinstitucionalista concebe o processo como *locus* onde os cidadãos acessam a lei e constroem os sentidos de seus direitos fundamentais. Esses sentidos não podem ser impostos, porque os sujeitos naturais têm direito à “fruição de uma linguagem jurídica que lhes seja autoincludente”<sup>1259</sup>. O processo é, precisamente, o espaço discursivo onde essa linguagem pode ser desenvolvida, uma vez que sua delimitação jurídica se faz por princípios institutivos que colocam Estado e Cidadania em “posição isonômica teórico-linguística”<sup>1260</sup>, propiciada pela isomenia.

A teoria neoinstitucionalista do processo permite identificar a principal competência decisória exercida no processo eleitoral, a formação dos mandatos, como externa à dimensão de qualquer das funções estatais (administrativa, legislativa e judicial). Como o processo não mais é submetido à lógica de instrumento da autoridade estatal, torna-se possível conceber o espaço de atuação da Cidadania, previamente demarcado pela configuração constitucional do sufrágio ativo e passivo, que assegura aos cidadãos sua posição de legitimados ao processo.

Tal demarcação significa a imperatividade da preservação do espaço de atuação da Cidadania, premissa de verificação da legitimidade do exercício das funções estatais (legislativos, administrativos, judiciais) que atuam no processo eleitoral. Tais atos devem se submeter à normatividade coconstitucionalizante do processo eleitoral, sendo-lhes vedado invocar a procedimentalidade ou a instrumentalização dos atos de poder como fundamento para cercear ou mitigar a atuação (participação e decisão) dos cidadãos na formação dos mandatos eletivos.

Tem-se então ensejo para enunciar a concepção teórica de processo eleitoral democrático paulatinamente construída ao longo da tese: *processo eleitoral é o espaço discursivo demarcado pelos princípios institutivos do processo e pelo estatuto constitucional dos direitos políticos para atuação da Cidadania na concreção da estatalidade democrática, no qual os legitimados ativos exercem sua competência decisória de formação dos mandatos eletivos, em posição isomênica com o Estado e com os demais componentes da comunidade*

---

<sup>1259</sup> LEAL, Rosemiro Pereira, Modelos processuais e constituição democrática, *in*: CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade; MACHADO, Felipe Daniel Amorim (Orgs.), **Constituição e processo: a contribuição do processo ao constitucionalismo democrático brasileiro**, Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p. 283–292.

<sup>1260</sup> *Ibid.*

*jurídica.*

Como arremate às proposições que se buscou ofertar na presente pesquisa, elementos do código intradiscursivo do processo eleitoral serão trazidos para a continuidade da testificação da teoria.

### 3.4.1 *Limites do controle-garantia sobre a atuação do cidadão como legitimado ativo: habilitação de eleitores e candidatos ao procedimento eleitoral*

Ao longo da pesquisa, pode-se trazer aportes que delineiam o problema do avanço estatal sobre a esfera de atuação dos cidadãos no processo eleitoral sob justificativas metajurídicas. Faz-se uma última aproximação da questão, para destacar o impacto dos atos administrativos e judiciais da Justiça Eleitoral sobre a posição dos legitimados ao processo e, na sequência, como decisores<sup>1261</sup>.

No recorte proposto, serão apresentadas conjecturas sobre os procedimentos de alistamento eleitoral e de registro de candidatura, por serem eles instituídos como etapa formal de viabilização do acesso dos cidadãos ao processo eleitoral. Discute-se a legitimidade da previsão desses procedimentos, nos quais aferidos os requisitos constitucionais do sufrágio ativo e passivo, enfrentando-se possíveis questionamentos quanto ao teste de veredicto da de atos legislativos, administrativos e judiciais que, em alguma medida, restringem a atuação dos cidadãos.

O Estado atua intensamente na fase de habilitação ao processo eleitoral. O que se mostra potencialmente problemático é o contraste entre o desenho constitucional dessa atuação – apenas circundante ao procedimento de formação dos mandatos eletivos – e investidas concretas, que podem traduzir indevida supressão de espaços de atuação dos legitimados ativos, substituído pelo protagonismo dos órgãos eleitorais. Na construção da argumentação, resgata-se a correlação das normas processuais coinstitucionalizantes com o controle-fundante, com vistas à superação de uma compreensão voluntarista da cidadania.

---

<sup>1261</sup> Deixa-se a abertura para a realização de posterior investigação a respeito da interferência indevida dos próprios cidadãos sobre a esfera de atuação processual dos demais, tema cuja magnitude e complexidade desafiam detido esforço científico. Por agora, apenas se delinea, ante a diretriz apresentada, a possibilidade de abordagem processual do tema do *abuso de poder*.

Decorre da teoria neoinstitucionalista do processo que o *status* de parte não fica a depender da deliberação de “um *ser provimental* que pudesse criar esse atributo”<sup>1262</sup>. Essa configuração dispara uma nova perspectiva crítica sobre os atos estatais que incidam para restringir o alcance daquela cláusula, já que a decisão não *constitui o sujeito em parte* pois nada pode acrescer ou suprimir ao âmbito estrito da incidência da norma. A decisão é “ato declaratório-resolutivo, determinativo ou juris-satisfativo de direitos alegados, podendo ser afirmativa ou negativa dessas alegações [...], mas sempre *secundum legis*”<sup>1263</sup>.

A partir do momento em que a lei prevê procedimentos para registro prévio de eleitores e candidatos, surge o risco do *disenfranchisement* de segundo nível, ou seja, decorrente de práticas e decisões administrativas e judiciais que possam redundar na indevida exclusão da participação de legitimados ativos.

Se o direito ao sufrágio é objeto de uma compreensão filosófica mais ou menos uniforme, ao menos pautada por uma ideia de não-discriminação (a despeito da ausência de consenso sobre o que isso signifique), os procedimentos que permitem o exercício desse direito se pulverizam mundo afora. Dieter Nohlen atribui esse fenômeno a dois fatores centrais: ter sido a universalização do sufrágio posterior ao estabelecimento do Estado de Direito na maioria dos países e serem as sucessivas reformas eleitorais pensadas como ajustes a partir das necessidades e experiências particulares de cada um deles<sup>1264</sup>. Em sua leitura, disso resulta uma “abordagem nacionalizada do aspecto administrativo das eleições, [...] largamente responsável por uma grande variedade de modelos organizacionais e pela generalizada falta de percepção da importância da administração eleitoral”<sup>1265</sup>.

No Brasil, como já abordado, a Justiça Eleitoral foi criada precipuamente para a tarefa de organização das eleições. Isso implicou, originariamente, as tarefas de registro de eleitores, partidos políticos, filiados e candidatos com a finalidade de habilitação para a participação no

---

<sup>1262</sup> LEAL, Parte como instituto do processo constitucional., p. 472. Explica o autor na sequência: “Os demais ‘protagonistas do processo’, juiz, representante do MP, auxiliares diretos e indiretos do Juízo, são sujeitos do procedimento, não são partes da procedimentalidade instaurada, porque a parte, utilizando a instituição do direito fundamental ao devido processo constitucionalizado (sujeito de direito fundamental), manifesta uma pretensão ou produz, em juízo judicial ou administrativo, uma resistência jurídica. A parte, ao contrário do ensino de Fazzalari, não precisa da sentença (provimento) para adquirir essa titularidade jurídica que já lhe é atribuída constitucionalmente no Brasil como integrante (co-partícipe) da comunidade jurídico-normativa.”

<sup>1263</sup> *Ibid.*, p. 472.

<sup>1264</sup> NOHLEN; STÖVER, Elections in Europe., p. 11.

<sup>1265</sup> *Ibid.*, loc. cit. Tradução do original em inglês: “This national approach to the administrative question of elections was largely responsible for the wide variety of organizational models and the general lack of awareness regarding the importance of electoral administration.”

processo eleitoral. Quando os partidos políticos são transformados em pessoas jurídicas de direito privado, o registro de partidos deixou de ter finalidade constitutiva, mas continua a ser exigido para o exercício de prerrogativas eleitorais, como acesso a recursos públicos. A organização das relações de filiado foi transferida para os partidos, mas subsiste o registro no Sistema de Filiações Partidárias, para fins de publicidade e com efeito de presunção relativa quanto à existência do vínculo partidário.

Quanto ao exercício do controle-garantia para fins de veredicação dos atos praticados no curso do procedimento eleitoral, também houve transformações. O controle de legitimidade das eleições era feito quase estritamente em caráter concomitante, com relevo das impugnações às candidaturas (inclusive por eleitor), à identidade do eleitor e à apuração de votos<sup>1266</sup>. O controle de legitimidade pós-eleitoral limitava-se ao RCED. Seu crescimento exponencial (AIJE, Representações específicas e AIME) ao longo dos anos confirma o apontamento de Nohlen sobre ajustes não sistematizados que, sem balizamento por uma teoria, respondem a demandas e discursos de ocasião.

Ao se analisar o percurso histórico do sufrágio *universal*, constatou-se a persistente negativa da fundamentalidade desse direito, o que não é sem impacto sobre o exercício do controle-garantia. Decisões judiciais são tomadas tendo-se por premissa que o exercício dos direitos políticos, ao contrário das *liberdades individuais*, “não é para servir imediatamente aos seus titulares [...], mas para servir imediatamente a valores de índole coletiva[...]: da soberania popular e da democracia representativa ou democracia indireta.”<sup>1267</sup>. Desse modo, as restrições impostas aos direitos políticos não são lidas como ingerência na liberdade, mas, apenas, como medidas em favor do “reino do coletivo”, no qual “o eleitor, titular do direito político de votar, não exerce esse direito para primeiramente se beneficiar”<sup>1268</sup>.

A habilitação prévia de eleitores e candidatos foi criada “com o decreto de 4 de maio de 1842, cuja principal inovação foi a qualificação prévia dos votantes e dos elegíveis por uma junta composta do juiz de paz, do pároco e da autoridade policial.”<sup>1269</sup> No âmbito constitucional, “com exceção da Constituição de 1824, todas as outras vincularam o exercício do direito de

---

<sup>1266</sup> BRASIL, **Código Eleitoral (1965)**, arts. 97, 147, 169, 170.

<sup>1267</sup> BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Arguição de descumprimento de preceito fundamental 144/DF, Voto do Ministro Carlos Ayres Britto (vencido).

<sup>1268</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de descumprimento de preceito fundamental 144/DF. Voto do Ministro Carlos Ayres Britto.

<sup>1269</sup> LEAL, **Coronelismo, enxada e voto: o município e o regime representativo no Brasil**, p. 110.

sufrágio ativo ao alistamento eleitoral [...]. O alistamento tornou-se uma imposição lógica para a organização do corpo eleitoral da Nação”<sup>1270</sup>.

A questão a ser formulada é quais os limites são colocados a esses procedimentos para que não repercutam em *disenfranchisement*.

O procedimento de habilitação do eleitorado decorre de previsão constitucional, uma vez que o alistamento eleitoral é requisito do sufrágio. Essa exigência também se faz presente nos Estados Unidos, sendo seu contraste com o modelo europeu, explicado por Bartolini:

[...] Nos países europeus, a definição de cidadania inclui o direito de voto e o registro automático de eleitores. Os cidadãos podem ou não votar, mas o Estado não requer qualquer outra ação para que eles o façam. Nos Estados Unidos, há uma clara distinção entre a possibilidade legal de votar e o registro efetivo de eleitores, e somente a combinação dos dois permite aos cidadãos votarem se quiserem fazê-lo. O "eleitorado" na Europa, portanto, não corresponde proximamente nem ao eleitorado americano – que define um pré-requisito necessário mas insuficiente para a votação – nem aos eleitores registrados americanos – que são cidadãos com direito a voto que realizaram a ação positiva de se registrar para votar, o que muitos cidadãos europeus poderiam não ser capazes ou dispostos a fazer, se exigido.”<sup>1271</sup>

Deve-se, no paradigma da processualidade democrática, retificar a exposição apenas para destacar que as exigências legítimas são aquelas decorrentes da normatividade testificada pelo código intradiscursivo do processo eleitoral. É desse modo que se pode compreender o alistamento eleitoral como autolimitação. Não se nega que, historicamente, depositou-se na criação do órgão judiciário especializado, juntamente com a tarefa de organizar o procedimento eleitoral, a expectativa de que a formalidade dos atos, em especial de registro dos eleitores, eliminasse as fraudes que avultavam na República Velha. O que hoje legitima a recusa à opção pelo reconhecimento automático dos cidadãos como eleitores é a CRFB.

Ocorre que, como bem ilustra o caso estadunidense, a exigência de registro prévio de eleitores traz consigo a oportunidade para práticas tendentes ao *disenfranchisement*. Sejam

<sup>1270</sup> PAIVA, **Direito político do sufrágio no Brasil (1822-1982)**, p. 65.

<sup>1271</sup> BARTOLINI, *Franchise expansion.*, p. 118. Tradução do original em inglês: “In European countries the definition of citizenship includes the right to vote and automatic voter registration. Citizens may or may not vote, but the state does not require any other action of them to do so. In the United States there is sharp distinction between legal eligibility to vote and actual voter registration, and only the combination of the two allows citizens to cast their vote if they want to do so. The 'electorate' in Europe, therefore, does not closely correspond either to the American electorate - which defines a necessary but insufficient prerequisite for voting - or to the American registered voters – who are eligible citizens having performed the positive action of registering to vote, action that many European citizens might not be able or willing to do if required.”

essas propositadamente direcionadas a promover a exclusão política com finalidades discriminatórias, sejam elas apenas um efeito não calculado, o ponto é que o procedimento de habilitação de eleitores merecerá análise atenta quanto à sua legitimidade no contexto de um processo eleitoral democrático.

Ademais, se o registro prévio, como no caso brasileiro, é concebido para o fim de evitar fraudes quanto à composição do eleitorado, as regras serão amiúde pensadas para a finalidade de coibir vícios, não apenas de organização. O problema é que com isso corre-se o risco de perder a dimensão da fundamentalidade do direito ao sufrágio. Quanto mais forem os critérios estabelecidos para deferir o registro do eleitor, mais serão as possibilidades de que cidadãos tenham o acesso ao direito ao sufrágio ativo obstado por irregularidades burocráticas.

De forma cíclica, também é possível projetar que mais serão as “infrações” tentadas para burlar os critérios. O sistema se retroalimenta, com novas regras sendo pensadas para coibir condutas destinadas a burlar regras anteriores, mas, elas próprias, nem sempre compatíveis com a aptidão coconstitucionalizante do direito ao sufrágio. Em um ciclo vicioso, mais complexo e custoso será manter confiável a base de dados, ante a exigência de mecanismos para depuração das irregularidades e neutralização das infrações.

A realização periódica de correções e revisões do eleitorado, com amparo no art. 71, §4º, do CE é exemplo dessa prática<sup>1272</sup>. O procedimento administrativo se destina a cancelar inscrições eleitorais reputadas em fraude ao domicílio eleitoral, o que pode redundar em reversão da transferência eleitoral ou exclusão do eleitor do Cadastro Eleitoral, se se tratar de inscrição originária.

Ocorre que, como destacam Cristiano Rodrigues James e Juliana Almeida Pereira, “a revisão teve sua origem como uma das formas de controle da lisura do cadastro eleitoral em uma época em que cada estado da Federação brasileira tinha seus próprios registros, e o eleitor recebia nova numeração em cada um deles”<sup>1273</sup>. Com a unificação do Cadastro Nacional de Eleitores, os batimentos informatizados de dados para detectar multiplicidade de inscrições e, ainda, a interpretação extensiva do conceito de domicílio eleitoral para abranger vínculos além

---

<sup>1272</sup> “Quando houver denúncia fundamentada de fraude no alistamento de uma zona ou município, o Tribunal Regional poderá determinar a realização de correção e, provada a fraude em proporção comprometidora, ordenará a revisão do eleitorado, obedecidas as instruções do Tribunal Superior e as recomendações que, subsidiariamente, baixar, com o cancelamento de ofício das inscrições correspondentes aos títulos que não forem apresentados à revisão.” (BRASIL, **Código Eleitoral (1965)**, art. 71, §4º.).

<sup>1273</sup> JAMES, Cristiano Rodrigues; PEREIRA, Juliana Almeida, A garantia dos direitos políticos diante do descompasso entre o conceito de domicílio eleitoral e a revisão do eleitorado, **Paraná Eleitoral**, v. 5, n. 3, p. 377–391, 2016, p. 382.

da residência, a revisão se torna um procedimento anacrônico e injustificável frente à cláusula constitucional do sufrágio ativo. Ademais, tal como apontam os autores, o procedimento é ineficiente, já que, após a conclusão dos trabalhos revisionais, o cidadão pode se inscrever na mesma localidade, sendo demonstrada estatisticamente a *recuperação* do eleitorado após a reabertura das operações do Cadastro Eleitoral<sup>1274</sup>.

Deve-se, contudo, distinguir tais revisões do eleitorado destinadas à coibição de fraudes na declaração de domicílio daquelas realizadas com amparo na Lei 7.444/85. Quanto a estas, compreende-se haver adequado desempenho das tarefas administrativas incumbidas à Justiça Eleitoral, sem criação de restrições aos legitimados ativos – já que assegurada a oportunidade do exercício do contraditório, enquanto “liberdade tecnicamente exaurida de contradizer, que, limitada pelo tempo finito (prazo) da lei, converte-se em ônus processual se não exercida”<sup>1275</sup>.

A revisão prevista no Código Eleitoral é convocada após a detecção de indícios de fraude na composição do eleitorado, seja em função do descompasso entre o número de eleitores e a estimativa populacional do IBGE, seja em decorrência de correição que apure a informação de declaração falsa de domicílio em número significativo. Já a revisão da Lei 7.444/85 destinou-se, originariamente, ao recadastramento informatizado de todo o eleitorado, trabalho descomunal que, realizado em 1986, forneceu uma base de dados significativamente mais acurada do que a então existente<sup>1276</sup>.

---

<sup>1274</sup> James e Pereira explicam a dinâmica de *recuperação* do eleitorado: “Os resultados da revisão do eleitorado não se destacam no critério de eficiência como princípio constitucional dirigido à Administração Pública, já que temos o investimento de tempo e recursos públicos para uma limpeza dos registros eleitorais e, pouco tempo depois, as mesmas localidades ‘recuperam’ o eleitorado, com novos ou os mesmos eleitores, os quais, mesmo após terem suas inscrições canceladas, podem novamente se inscrever na mesma localidade. Não há óbice. Em levantamento no portal do Tribunal Superior Eleitoral de dados estatísticos sobre o eleitorado total dos municípios que passaram por procedimento de revisão do eleitorado em 2015, relacionados nos Provimentos 003 e 007/2015 da Corregedoria Regional Eleitoral de Minas Gerais, entre os meses de 07/2015 e 04/2016 (Tabela 1), têm-se claras tanto a diminuição do eleitorado com o cancelamento das inscrições após o procedimento revisional quanto a recuperação desse eleitorado em pouco tempo (Tabelas 2 e 3). [...] A título de exemplo, o município de Senador Cortes, com 1.988 habitantes segundo dados do IBGE (2010b), possuía 2.421 eleitores em julho de 2015, logo após a revisão 2.121, e em 04/2016 dispunha de 2.250 (Tabela 2). Continua com mais de 100% de eleitores em relação à população. No outro extremo, temos São Thomé das Letras, com 6.655 habitantes (IBGE, 2010a), que possuía 5.280 eleitores em 07/2015, 4.029 logo após a revisão e 4.144 em 04/2016 (Tabela 2), perfazendo apenas 62,27% de eleitores em relação à população.”

<sup>1275</sup> LEAL, **Teoria geral do processo: primeiros estudos**, p. 155.

<sup>1276</sup> A Lei 7.444/85 é um marco significativo na promoção da autenticidade eleitoral. Em 1986, o Brasil viu nascer seu Cadastro Nacional de Eleitores, mas sua implementação não se deu sem custos para os cidadãos, que seriam hoje refutados pela processualidade democrática. Os cidadãos brasileiros, que até então ostentavam títulos eleitorais estaduais, manuscritos e quase impassíveis de controle quanto à sua regularidade, se viram convocados para comparecer a um recadastramento de proporções gigantescas. Entre 15 de abril e 30 de maio, uma multidão recrutada entre funcionários públicos e mesários se colocou a postos para receber formulários preenchidos manualmente com dados dos eleitores e encaminha-los



Nessa revisão, a depuração do banco de dados também é efetivada por meio de cancelamentos, mas o enfoque é diverso daquela do Código Eleitoral: o que se apura não é a veracidade das declarações do cidadão, mas o gozo de condições para que o sujeito natural seja elevado a sujeito de direito. A convocação da revisão, ao obrigar o comparecimento pessoal do eleitor, confirma não apenas sua identidade, mas também o fato de estar vivo, capaz, em livre trânsito pelo território e vinculado à comunidade do Município onde está inscrito.

Os denominados *recadastramentos biométricos* constituem uma segunda etapa de incremento dos níveis de segurança da identidade do eleitor. Trata-se de medida voltada para a viabilização da competência decisória do eleitorado, coibindo a fraude na identidade do eleitor, que camufla abstenções. A operacionalização do recadastramento observa instruções publicadas pelo TSE, com base no procedimento de fundado na Lei 7.444/85.

Não se desconsidera que esta lei fez referência direta apenas ao recadastramento realizado em 1986. Contudo considera-se que a edição das instruções caracteriza desempenho da atividade administrativa não apenas para garantir o exercício do voto pelo cidadão, de modo que outro não vote em seu lugar, mas também sua influência no resultado, evitando-se a fabricação de votos sem votantes reais<sup>1277</sup>.

O combate à *fraude endêmica*, pela qual se perpetra desigualação entre os componentes da comunidade jurídica ao tempo em que mantida a aparência de funcionamento normal do sistema, é, portanto, conduzida em benefício dos legitimados ativos ao processo eleitoral, considerados em sua posição de sujeitos de direito. Não se trata de atividade de policiamento

---

às zonas eleitorais, onde seriam incluídos no banco de dados informatizado. Em meio a atrasos na data de início por não entrega do material impresso pelas empresas contratadas e esperas infundáveis – pergunte a quem esteve nas filas “dos Josés” ou “das Marias” –, foi-se aos poucos obtendo, pelo batimento dos dados, um retrato mais definido do eleitorado do país. Excluídas as duplicidades – que chegaram, mesmo, a “centuplicidades” em alguns casos – formou-se o Cadastro com aproximadamente 70 milhões de eleitores. Os atuais recadastramentos biométricos, realizados desde 2007, são precedidos de ampla publicidade nas localidades em que ocorrem e com prazos aptos a receber os eleitores sem a mobilização pública vista em 1986.

<sup>1277</sup> Em 2016, o cruzamento de dados entre eleitores que justificaram não comparecimento às eleições de 2014 (por estarem fora de seu domicílio) e ao mesmo tempo foram registrados como votantes (em seu domicílio) revelou indício de fraude na identidade do eleitor em 77.000 votos. Além de investigação criminal e vedação de nova convocação dos mesários das seções suspeitas, o TSE determinou a realização da revisão biométrica prioritária nas cidades em que verificado o problema. (CADASTRO eleitoral antigo pode explicar a alta abstenção na votação, *In: G1 (Jornal Nacional)*, 5 out. 2016, Disponível em: <http://g1.globo.com/jornal-nacional/noticia/2016/10/cadastro-eleitoral-antigo-pode-explicar-alta-abstencao-na-votacao.html>, Acesso em: 12 out. 2018.). O que se consegue detectar em um cruzamento de dados desse tipo deve ser considerado apenas uma amostra do que ocorre. O cruzamento depende de haver concomitância de voto e justificativa por abstenção registrados em nome de um mesmo eleitor. O resultado então não abrange as situações de retenção forçada de documentos, compra de votos, eleitor ausente que não justifica e eleitor falecido.

das declarações pessoais, mas, sim, de correção de distorções que afetam a composição do órgão colegiado eleitoral. A burocracia surge, então, para garantir a liberdade e a autenticidade do voto manifestado na urna.

A depuração dos erros por meio do recadastramento biométrico pode ser medida. Em 2016, enquanto os municípios sem biometria registraram abstenção média de 19%, naqueles em que concluído o recadastramento biométrico o percentual foi de 12%. É uma redução de 7% no grupo de “não voto”, justamente o campo de incidência da fraude na identidade do eleitor.

A questão esteve em discussão na ADPF 541, ajuizada em 19/09/2018, na qual o autor da ação reivindicava a reversão de cancelamentos de inscrições eleitorais efetivados nas “revisões eleitorais de ofício” destinadas ao recadastramento biométrico. A petição inicial sustentava que a Constituição de 1988 não teria recepcionado o art. 3º, §4º, da Lei 7.444/85, matriz legal das revisões. Por arrastamento, deveriam ser consideradas inconstitucionais as Resoluções do TSE que, desde 2007, preveem o cancelamento do título eleitoral como consequência do não atendimento, pelos cidadãos, à convocação para atualizar seus dados cadastrais e coletar fotografia e dados biométricos. A pretensão era de que todos os eleitores atingidos fossem autorizados a votar nas eleições que seriam realizadas duas semanas depois<sup>1278</sup>.

A decisão do STF pela constitucionalidade da lei e das Resoluções foi proferida em 26/09/2018. Seguiu-se uma avalanche de protestos, que em grande parte ecoaram que 3,3 milhões de “eleitores pobres” seriam impedidos de exercer seu direito fundamental ao voto, com prejuízo específico para a candidatura mais bem colocada na Região Nordeste.

Primeiramente, a distribuição estatística dos cancelamentos refuta essa concentração regional. Na análise por estado, se a Bahia de fato desponta com 586.333 cancelamentos, tem-se na sequência São Paulo e Paraná, respectivamente com 375.169 e 257.941 cancelamentos. Os outros estados com mais de 200.000 cancelamentos são Ceará, Goiás, Maranhão, Minas

---

<sup>1278</sup> Deve-se destacar a absoluta inadequação temporal da propositura da ação. Os cancelamentos questionados haviam sido realizados em abril e consolidados em maio, após reversão daqueles em que o eleitor compareceu a algum Cartório Eleitoral mesmo após o encerramento do recadastramento. Com isso, estabilizou-se o corpo de eleitores, de acordo com as regras legais. Manejada a ação em setembro, com pretensão que atingiria, caso acolhida, *inclusive* os cancelamentos revertidos e sem tempo hábil para a confecção e distribuição de cadernos de votação e, ainda, associada a especulações sobre o direcionamento de cancelamentos para prejudicar ou beneficiar candidatos que despontaram posteriormente nas pesquisas de intenções de voto, a ADPF 541 exemplifica que o *casuismo* não ocorre apenas a partir de decisões e atos estatais, podendo ser evidenciado também na ação estratégica de cidadãos e, como no caso, partidos políticos.

Gerais e Pará. A soma desses estados já ultrapassa os 2 milhões de cancelamentos com dispersão razoável entre as regiões<sup>1279</sup>.

O que se tem é que em estados menores em extensão e eleitorado os trabalhos de recadastramento avançaram mais rápido. O recadastramento biométrico já foi concluído em Alagoas, Amapá, Distrito Federal, Goiás, Paraíba, Piauí, Rio Grande do Norte, Roraima, Sergipe e Tocantins<sup>1280</sup>. Sem desmerecer estratégias bem-sucedidas dos TREs respectivos, pesa aí a maior facilidade de organizar a logística das revisões obrigatórias e a maior facilidade para destinar servidores para a força de trabalho extra, dada a menor demanda judicial e administrativa nos estados com menos cargos eletivos. Índices proporcionalmente maiores de cancelamentos poderão ser sentidos nesses estados, porque o eleitorado recadastrado já corresponde ao eleitorado total.

Ademais, a variabilidade na coleta de dados biométricos e os cancelamentos não produziu qualquer impacto na distribuição do eleitorado brasileiro entre os estados. No comparativo dos anos de 2014 e 2018 feito por Jairo Nicolau, observa-se que, salvo variações insignificantes, os percentuais são idênticos. Por exemplo, dentre os 2 estados recordistas de cancelamentos, a Bahia mantém-se com 7,1% do eleitorado nacional e o Paraná caiu de 5,5 para 5,4%<sup>1281</sup>.

Por outro lado, deve-se perquirir as causas dos cancelamentos – que, embora associadas à pobreza, não significam a exclusão de eleitores pobres, mas, sim, a revelação das raízes da maior incidência da fraude endêmica em bolsões de pobreza.

A possibilidade de que um eleitor vote no lugar de outro não pode ser associada apenas à raríssima situação de flagrante pelo crime do art. 309 do Código Eleitoral (votar em lugar de outrem)<sup>1282</sup>. Ela é perpetrada com contumácia em situações nas quais o próprio abuso de poder econômico impede sua denúncia. A fraude pode ocorrer mediante retenção de documentos do

---

<sup>1279</sup> TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL, Biometria – Metas para 2018, Disponível em: <http://www.tse.jus.br/eleitor/biometria/biometria-metas-2018-1>, Acesso em: 29 set. 2018.

<sup>1280</sup> *Ibid.*

<sup>1281</sup> NICOLAU, Jairo, Quem diz biometria, não diz manipulação, *In: Observatório das eleições*, 27 set. 2018, Disponível em: <https://www.observatoriodaseleicoes.org/feed-de-posts/quem-diz-biometria-nao-diz-manipulacao>, Acesso em: 29 set. 2018.

<sup>1282</sup> Discutiu-se no TSE a possibilidade de convocar eleições suplementares para Prefeito em uma única seção cuja votação foi anulada, no Município de Pescaria Brava/SC. A eleição havia sido vencida por um voto e tinha havido comprovação de que uma cidadã votou no nome de sua avó, falecida há anos. O requerimento foi indeferido, considerando-se que a diferença de votos, na seção impugnada, não alteraria o resultado das eleições. (BRASIL, Tribunal Superior Eleitoral, Recurso Especial Eleitoral 279-89.2016.6.24.0020/SC, Relator Ministro ADMAR GONZAGA, Julgado em: 17 out. 2017, **DJe**, Publicado em: 27 nov. 2017.).

cidadão, aí incluído o título eleitoral, prática atrelada ao *truck system*, modalidade de trabalho em situação análoga à de escravo na qual o empregador institui a servidão por dívidas. De posse dos documentos de vários trabalhadores, um empregado de confiança pode votar em nome deles. É também a entrega do título e do documento de identificação a terceiro que viabiliza o sucesso da compra de voto, pois se torna possível ao cooptador votar no lugar do eleitor, em lugar de apenas confiar na palavra deste. Ainda, a subnotificação de óbitos à Justiça Eleitoral pode permitir que terceiros votem em nome de pessoas falecidas.

Ao menos no que concerne à retenção involuntária de documentos e à subnotificação de óbitos, há relação direta com a pobreza – o que não insinua qualquer distinção moral dos cidadãos atrelada a critérios econômicos, mas, sim, à vulnerabilidade real ao empregador e ao menor acesso a serviços públicos de registro civil. A adoção do voto biométrico não apenas inibe que terceiro compareça em nome do eleitor para votar, mas permite que, caso isso ocorra, a detecção possa ocorrer sem que se exija dos mesários aptidões de reconhecimento facial ou grafotécnico ou, mesmo, dose de heroísmo para se opor ao intento fraudulento.

A ADPF 541 não forneceu indicativos das inscrições eleitorais atingidas, não se podendo concluir que fossem, necessariamente, eleitores ativos. A hipótese mais provável, sustentada pela larga margem de redução do absenteísmo nas localidades biometrizadas (acima de 7%) e o total de cancelamentos (pouco mais de 2% do eleitorado) é a de redução do percentual de “não voto”.

Descontados absenteístas e falecidos, não é possível afirmar que a ADPF defendia o direito de 3,3 milhões de eleitores que serão impedidos de votar. Nem mesmo quanto aos eleitores ativos efetivamente atingidos se pode presumir que o cancelamento decorre de falta de conhecimento ou impossibilidade de comparecimento à revisão. É necessário considerar o não comparecimento voluntário, como decorrência da recusa ao exercício do contraditório, seja por negligência pura e simples, seja pelo consentimento tácito com o cancelamento para regularização posterior no domicílio atual.

Cabe, porém, indagar dos sujeitos naturais que possam efetivamente sofrer restrições ilegítimas em decorrência dos cancelamentos. Suscita-se aqui a potencial exclusão massiva de presos provisórios, que, segundo dados do CNJ de 2018, constituem uma população de 243.710 encarcerados<sup>1283</sup>. A interdição do exercício do voto por essas pessoas tem efeito de *disenfranchisement* que os equipara, na prática, a pessoas com direitos políticos suspensos,

---

<sup>1283</sup> CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, Dados das inspeções nos estabelecimentos penais, Disponíveis em: [http://www.cnj.jus.br/inspecao\\_penal/mapa.php](http://www.cnj.jus.br/inspecao_penal/mapa.php), Acesso em: 29 set. 2018.

embora sua situação jurídica seja de pleno gozo de direitos políticos. São pessoas que não puderam ou não poderão comparecer ao recadastramento biométrico em seus domicílios eleitorais, mas que, ainda que o fizessem, possivelmente engrossariam os percentuais de abstenção, dada a dificuldade de instalação das seções especiais nos estabelecimentos prisionais. Nesse caso, a negativa do exercício dos direitos políticos acompanha o estigma social e as escusas instrumentalistas para manter inalterada a realidade.

É preciso, pois, refutar a retórica defesa de direitos políticos sem que se saiba o que querem seus titulares. A ideia de que todos os cancelamentos resultam de ignorância e incapacidade do eleitor de lidar com as obrigações decorrentes da cidadania é tutelar e infantilizadora. Por isso, se é necessário assegurar-se o questionamento judicial do cancelamento por parte do cidadão que se considere prejudicado<sup>1284</sup>, não há respaldo para admitir que uma ação proposta semanas antes tenha legitimidade para bem representar os interesses de todos os atingidos.

A reversão geral dos cancelamentos não pode ser tratada como o resgate heroico de direitos sequestrados pela burocracia. Ainda que pontualmente favorecesse alguns cidadãos, o faria aleatoriamente, sem que se pudesse adequadamente dimensionar as violações ao direito fundamental ao voto que também acarretaria. Fazendo-se remissão a Victor Nunes Leal: a *ressurreição dos mortos*, a diluir a relevância da votação dos vivos, e o *comparecimento dos ausentes*, que não podem ou não querem se fazer presentes<sup>1285</sup>.

Assim, sustenta-se a adequação da Lei 7.444/85 e das Resoluções que organizam o recadastramento biométrico ao vigente estatuto dos direitos políticos. A revisão de eleitorado para fins de atualização de dados dos eleitores se insere na sistemática do registro prévio concretizada no Cadastro Nacional de Eleitores. E o cancelamento de inscrições atende a uma finalidade compatível com o exercício legítimo do direito ao sufrágio e do voto. Trata-se de admitir que técnicas que possibilitem um patamar mais elevado de autenticidade eleitoral sejam adotadas desde que observem a aderência ao eixo teórico-científico dos direitos políticos.

Feita essa abordagem da atividade administrativa e do sufrágio ativo, passa-se a tratar

---

<sup>1284</sup> O ponto falho do recadastramento biométrico não é o cancelamento em si, que é inerente à finalidade do procedimento, mas sua comunicação ao (possível) prejudicado. Deve-se buscar soluções para corrigi-lo. A notificação pessoal do eleitor no endereço constante do Cadastro Nacional de Eleitores é medida a ser urgentemente considerada, pois a um só tempo permitirá presumir a ciência do cancelamento e favorecerá a adoção de medidas para regularização, como a reativação do título no domicílio correto ou a comunicação do óbito. Até que isso ocorra, parece inafastável a possibilidade de manejo de mandado de segurança, no prazo de 120 dias da efetiva ciência do cancelamento, para resguardar o exercício do direito ao sufrágio ativo.

<sup>1285</sup> LEAL, **Coronelismo, enxada e voto: o município e o regime representativo no Brasil**.

da atividade judicial e do sufrágio passivo<sup>1286</sup>.

A Constituição brasileira, ao tratar do sufrágio passivo, limitou-se a enunciar os requisitos que devem ser atendidos pelo cidadão para disputar as eleições (art. 14, §§3º e 8º), a traçar impedimentos próprios (art. 14, §§4º a 7º) e a reservar à lei complementar a possibilidade de se criar novas causas de inelegibilidade (art. 14, §9º). Não há disposição constitucional que regulamente ou preveja a regulamentação de um procedimento de habilitação por meio do qual sejam validados pela Justiça Eleitoral os nomes daqueles que se apresentam à disputa por cargos eletivos.

A constatação é relevante para evitar a intuitiva – e errônea – suposição de que seria óbvio que um procedimento desse tipo existisse como condição de viabilidade do processo eleitoral. Outros arranjos de validação de candidaturas, ao menos em tese, poderiam ser adotados, sendo o mais instigante deles o *write-in voting*, que permite ao eleitor fazer inscrever na cédula o nome do cidadão que gostaria de ver eleito, computando-se tal voto como válido.

O *write-in voting* é adotado por alguns sistemas eleitorais estadunidenses. Foi concebido, a partir da adoção do voto em cédula previamente confeccionada pelo órgão eleitoral, no final do século XIX, para remediar o que foi considerado uma restrição à liberdade do eleitor: a obrigação de somente escolher candidato cujo nome estivesse inscrito na cédula<sup>1287</sup>. O raciocínio é que a adoção de cédulas padronizadas e oficiais tinha por finalidade coibir fraudes e, não, limitar o espectro de escolha do eleitor. A limitação era, portanto, um efeito colateral indesejado.

A adoção do *write-in voting* para compensar a apresentação de um rol pré-estipulado de candidatos permite entrever a base de compreensão da jurisprudência constitucional dos Estados Unidos em matéria de sufrágio. A premissa de que parte é a de que há uma estreita correlação entre restrição a candidaturas e restrição ao direito de voto. Nesse sentido, a

---

<sup>1286</sup> A abordagem do registro de candidatura contém excertos do artigo escrito em coautoria com o orientador da presente tese, no âmbito da pesquisa respectiva: PEREIRA; GRESTA, Antecipação do registro de candidatura: uma reflexão em favor da estabilidade do processo eleitoral.

<sup>1287</sup> “Until the late 1800s, elections were conducted using hand-written ballots. Voters prepared their own ballots or used color-coded, pre-printed ballots prepared by political parties. This essentially unregulated election process led to widespread fraud and abuse during campaigns and elections. Efforts by states to enhance the integrity of elections led to the introduction of the secret ballot, known as the Australian ballot system. Under this system, states prepared a pre-printed ballot from which voters selected candidates and then confidentially deposited their ballots into a ballot box. The disadvantage of this new system was that it restricted voters' choices to only those candidates whose names appeared on the pre-printed ballot. To remedy this restriction, several state courts validated the right to cast a write-in vote” (RICCIANI, Jacqueline, *Burdick v. Takushi: The Anderson balancing test to sustain prohibitions on write-in voting*, **Pace Law Review**, v. 13, p. 949–1002, 1994, p. 952–953.).

Suprema Corte dos Estados Unidos já assentou que “os direitos de eleitores e os direitos dos candidatos não se prestam a uma separação nítida; leis que afetam candidatos sempre têm ao menos algum efeito em tese, correlato, sobre os eleitores”<sup>1288</sup>.

Essa compreensão, que nega estarem o sufrágio passivo e o sufrágio ativo em compartimentos estanques, provoca um novo olhar sobre o procedimento de habilitação de candidaturas no Brasil. Afinal, a CRFB *não* veda o *write-in voting*, seja de modo expresse, seja pelo estabelecimento de nulidade de votos atribuídos a candidato que não conste da cédula de votação<sup>1289</sup>. Tampouco impõe que a escolha de candidatos ocorra em convenção partidária<sup>1290</sup>. O que se tem na Constituição é a exigência da filiação partidária como condição de elegibilidade (art. 14, §3º, V, CR/88), requisito este que não é por si suficiente para elidir a possibilidade de adoção do *write-in voting*.

Por conseguinte, não é impossível supor um desenho no qual fosse o exercício do sufrágio passivo assegurado de forma amplíssima, sem prévia canalização pelo registro de candidatura, quiçá pelas convenções partidárias, ficando reservada para momento posterior às eleições a aferição, pela Justiça Eleitoral, dos requisitos constitucionais e legais-complementares em relação ao eleito.

Esse hipotético desenho, no qual suprimida a intervenção da Justiça Eleitoral para fins de habilitação das candidaturas a serem disponibilizadas ao eleitorado, conferiria dimensão máxima ao sufrágio ativo, uma vez que não importaria limites prévios ao rol de opções dos

---

<sup>1288</sup> ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, Supreme Court of the United States, *Bullock v. Carter*, 405 U.S. 134 (1972), Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/405/134/case.html>, Acesso em :19 jan. 2018.

<sup>1289</sup> A referência ao voto nulo somente aparece na Constituição em seu art. 77, §2º, onde se prevê que estes e os votos em branco não serão computados para fins de apuração da eleição presidencial. É o Código Eleitoral, em seu art. 175, §3º, que estabelece que “Serão nulos, para todos os efeitos, os votos dados a candidatos [...] não registrados.” A conceituação e análise da repercussão do voto nulo sobre a validade das eleições é mais uma desafiadora demanda do Direito Eleitoral, apenas disfarçada em aparente obviedade que se desfaz ao mergulhar-se na literatura e sobretudo na jurisprudência sobre o tema. Para uma instigante leitura a respeito, cf. ANDRADE NETO, João, *Mutações Legais no Direito Eleitoral: repercussões no sistema das invalidades eleitorais e na renovação das eleições*, **Resenha eleitoral**, v. 21, n. 1, p. 69–94, 2017.

<sup>1290</sup> A proposta do Constituinte Humberto Lucena para que constasse, como condição de elegibilidade, “indicação de candidatura por partido político, em eleição primária...” foi rejeitada pela Comissão de Sistematização da Assembleia Nacional Constituinte (1986-1987). Prevaleceu entendimento de que esta previsão teria caráter autoritário, ao impor a todos os partidos um procedimento interno. Nas palavras do Constituinte Nelson Jobim, “deve competir a cada partido decidir, nos seus estatutos, pela fórmula que entenda ser melhor e que as condições da própria operacionalidade do partido possam determinar, no que diz respeito à indicação dos seus candidatos”. (ASSEMBLEIA NACIONAL CONSTITUINTE, Suplemento “C”, Disponível em: [www.senado.leg.br/publicacoes/anais/constituin角度/sistema.pdf](http://www.senado.leg.br/publicacoes/anais/constituin角度/sistema.pdf), Acesso em: 17 jan. 2018, p. 574.).

eleitores. Em um relance, é possível visualizar, até mesmo, um possível ganho de agilidade para o processo eleitoral, que fluiria sem a desaceleração provocada pela exigência de decisão formal sobre as candidaturas.

Porém, considerada a finalidade do controle-garantia de racionalização dos procedimentos processualizados, não se poderia ignorar os significativos efeitos deletérios dessa máxima amplitude do direito ao sufrágio passivo, inclusive para adequada preservação dos espaços de refutação. A dispersão não apenas de votos, mas também dos recursos de campanha, da atividade fiscalizatória e sobretudo da atenção dos eleitores sugere cenário caótico dificilmente hábil a se encaixar em algum parâmetro de normalidade eleitoral<sup>1291</sup>.

Ademais, a concentração da atividade de certificação da elegibilidade para momento posterior às eleições também tem custo político, no mínimo correspondente ao retardo da homologação dos resultados pela Justiça Eleitoral e à possível maior frequência de renovação de pleitos em decorrência da inelegibilidade dos eleitos. Por derradeiro, as convenções representam um importante momento de institucionalidade para o processo eleitoral, uma vez que resultam em definição, decisão e divulgação do quadro de candidatos, atos praticados no âmbito da autonomia partidária, e não por decisões individuais dispersas sem o mínimo de amarração institucional.

Portanto, desde que prevista por lei – à qual a CRFB delegou a regulamentação das condições de elegibilidade<sup>1292</sup> – *alguma* formalidade de aferição prévia destas, a redundar na

---

<sup>1291</sup> Sob uma ótica concorrencial, admitida aqui em caráter complementar à precedência da isomenia, argumenta Óscar Sanchez Muñoz: “las elecciones [...] se explican en la democracia actual como una opción entre una serie de ofertas políticas que sintetizan la pluralidad de intereses y opiniones existentes en la sociedad. Esta visión concorrencial de la democracia se basa precisamente em el conocimiento previo de la oferta por parte de los electores, e incluso yendo más lejos, se basa em la propia estabilidad de la oferta, no em su carácter coyuntural, sino (relativamente) permanente, em términos de contraposición entre gobierno y oposición. Por consiguiente, la non exigencia de una presentación formal de las candidaturas y, su corolario, la no restricción de la elección a las candidaturas formalmente presentadas son, en todo punto, impensables en una democracia de carácter concorrencial como la descrita.” (SÁNCHEZ MUÑOZ, **La igualdad de oportunidades en las competiciones electorales**, p. 103.).

<sup>1292</sup> Mais especificamente, o fundamento constitucional para o procedimento de habilitação prévia de candidatos pode ser encontrado na conjugação do art. 14, §3º com o art. 17, da CR/88. No primeiro dispositivo, encontra-se a previsão de regulamentação legal das condições de elegibilidade, dentre as quais a filiação partidária, sob a expressão “na forma da lei”. Extrai-se daí a possibilidade de lei ordinária tanto delimitar aspectos inerentes às condições de elegibilidade, como a estipulação de prazo mínimo da filiação partidária, quanto dispor sobre o procedimento para aferição destas. Por sua vez, o art. 17, CR/88, consagra a autonomia partidária e, implicitamente, a prerrogativa dos partidos políticos de lançarem candidatos. A norma pode levar a uma indagação a respeito da possibilidade de a lei ordinária impor que a escolha de candidatos pelos partidos políticos deve ser feita em convenção partidária eleitoral, uma vez refutada na Constituinte a imposição das primárias como procedimento *interna corporis* (Cf. Seção 1.2.4), mas não paira a mesma dúvida quanto à exigência de habilitação das



delimitação da oferta de candidatos, é compatível com o estatuto constitucional dos direitos políticos. Com apoio em Miguel Pérez-Moneo, pode-se afirmar que se trata de estabelecer critérios para a ingerência do Estado, no exercício legalizado de suas funções, para preparação racionalizada das eleições<sup>1293</sup>. Mas, na linha da argumentação desenvolvida, não se pode desatentar para o fato de que a existência de um procedimento de habilitação de candidaturas é, *sim*, uma restrição ao exercício do sufrágio – tanto o passivo, de modo direto, quanto o ativo, de modo indireto<sup>1294</sup> –, ainda que adequada à racionalização procedimental do processo eleitoral.

Desse modo, não se vislumbra inconstitucionalidade da opção legislativa consagrada na Lei 9.504/97, que cria o procedimento de registro de candidatura como etapa necessária à validação da participação de partidos, coligações e candidatos no processo eleitoral. É de se observar que estabelecer o registro de candidatura como etapa *necessária* significa erigir vedação tácita ao *write-in voting*, pois se “dito ato jurídico formal é um ato necessário, [...] unicamente terão condição jurídica de candidatos quem previamente tiver declarado sua vontade de o ser por ato escrito efetivamente dirigido ao [...] órgão direto do processo eleitoral”<sup>1295</sup><sup>1296</sup>.

Portanto, ao se argumentar pela constitucionalidade da previsão do procedimento de

---

candidaturas perante a Justiça Eleitoral, pois, neste caso, se trata de equacionar a transposição da decisão tomada no âmbito privado da agremiação para o espaço do processo eleitoral.

<sup>1293</sup> “[...] el Estado tiene el derecho y el deber de intervenir en la fase electoral preparatoria de la misma manera que em la fase final, de prestar su ayuda para formular tanto el análisis como la síntesis de las opiniones electorales.” (PÉREZ-MONEO, Miguel. **La selección de candidatos electorales en los partidos**. Madrid: Centro de estudios políticos y constitucionales, 2012, p. 176.). Ressalva-se apenas, na perspectiva da teoria neoinstitucionalista do processo, que a intervenção não decorre de direito do Estado, mas de sua institucionalização constitucional, sempre sujeita à fiscalidade quanto a sua legitimidade.

<sup>1294</sup> Nesse sentido, ainda que calcado na perspectiva da *competição* eleitoral, afirma Óscar Sánchez Muñoz: “Al igual que lo sucede con las causas de inelegibilidad, las normas que regulan los requisitos de la presentación de candidaturas tienen un carácter ambivalente en relación con el principio de igualdad de oportunidades: de una parte, al restringir el acceso a la competición electoral, limitan a oferta, lo que constituye una limitación objetiva de la igualdad de oportunidades, [...]pero, de otra parte, cuando van dirigidos a clarificar el proceso, evitando confusiones en el electorado, estas normas también pueden contribuir a garantizar la ausencia de influencias inadmisibles sobre el electorado, las cuales podrían romper la igualdad de oportunidades entre los distintos competidores. Por lo tanto, se trata de normas que pueden jugar tanto a favor como en contra de la optimización de la competitividad del proceso electoral.” (SÁNCHEZ MUÑOZ, **La igualdad de oportunidades en las competiciones electorales**, p. 101.).

<sup>1295</sup> ALCUBILLA, Enrique Arnaldo, Los recursos jurisdiccionales en relación con la proclamación de las candidaturas, *in*: BIGLINO CAMPOS, Paloma (Org.), **Proclamación de candidatos y garantías electorales: propuestas de reforma**, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008, p. 22.

<sup>1296</sup>.. *In*: (ed.), p. 19-34. Madrid: Centro de estudios políticos e constitucionales, 2008, p. 22.

registro de candidatura como etapa necessária do processo eleitoral, está-se também afirmando ser constitucional a exclusão, por via legal, da dimensão mais ampla do exercício do sufrágio ativo e passivo externada pelo *write-in voting*<sup>1297</sup>.

Veja-se que a referência à constitucionalidade da opção legal não se confunde com a valoração desta opção. A constitucionalidade decorre da adequação formal e material à Constituição, incluída aqui a conformação à principiologia aplicável aos direitos políticos. Questão diversa é indagar se é esta, politicamente, a melhor opção, pois esse debate somente deve ter lugar no parlamento. Em observância ao paradigma da processualidade democrática, o controle de constitucionalidade não deve funcionar para transformar tribunais em simulacros de parlamentos, o que fatalmente ocorreria se juízos de mera *preferência por um ou outro modelo* pudessem prevalecer nas decisões judiciais<sup>1298</sup>.

Posição compatível com o que acima se afirma foi fixada pela Suprema Corte dos Estados Unidos no julgamento de *Burdick v. Takushi* (1992). No caso, um cidadão do estado do Havaí alegava que a proibição do *write-in voting* constituía ofensa ao direito constitucional de manifestação política e participação eleitoral. Conforme sintetiza David Perney, o pleiteante alegava que “ao distinguir entre candidatos listados e não listados [*write-in candidates*], o sistema eleitoral havaiano discriminava a manifestação política com base no conteúdo dessa manifestação” e “forçava o pleiteante a expor uma posição ideológica que ele não apoiava”, o que seria inconstitucional<sup>1299</sup>.

A Suprema Corte, contudo, considerou que a vedação ao *write-in voting* “estabelecia apenas um ônus mínimo ao direito de voto, ônus este que era razoável à luz do interesse do estado em conduzir eleições justas e eficientes.”<sup>1300</sup> Segundo a decisão, o Estado do Havaí não estava obrigado a adotar regras eleitorais que, em última análise, apenas amparariam um ato

<sup>1297</sup> Vale pontuar que é a constitucionalidade dessa restrição que confere suporte ao voto por meio de urna eletrônica tal como existente no Brasil. Fosse o *write-in voting* uma exigência constitucional, não se poderia abrir mão da cédula de papel em favor de uma votação cujas opções de voto válido se encontram todas pré-definidas na urna.

<sup>1298</sup> É o que dispara o alerta contra a recente investida do STF na temática da candidatura avulsa, o que fez admitindo e conferindo repercussão geral a recurso extraordinário em que é *manifesta a perda superveniente do interesse processual*, convertido em mero pretexto para definição da conveniência – política, repita-se – da manutenção do monopólio das candidaturas pelos partidos. Sobre o tema, cf.: SALGADO, GRESTA, Candidaturas avulsas: pode o STF examinar um requerimento de candidatura de 2016?; SILVEIRA, Marilda de Paula, Candidaturas sem partido, eleição sem ficha limpa, *In: Jota*, 3 out. 2017, Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/e-leitor/candidaturas-sem-partido-eleicao-sem-ficha-limpa-03102017>, Acesso em: 29 jan. 2018.

<sup>1299</sup> PERNEY, David, The dimensions of the right to vote: the write-in vote, Donald Duck, and voting booth speech written-off, *Missouri Law Review*, v. 58, p. 945–968, 1993, p. 950–951.

<sup>1300</sup> *Ibid.*, p. 951..

frívolo, de externar a insatisfação com o sistema eleitoral *na própria cédula eleitoral*, enquanto o direito à livre manifestação dessa insatisfação *se encontra garantido em outros níveis e por outros meios*<sup>1301</sup>.

Mas a Suprema Corte também deixou claro que declarar a constitucionalidade da lei havaiana não implicava declarar inconstitucional ou desencorajar leis que previssem o *write-in voting*: “Nós, certamente, de modo algum sugerimos que o estado não é livre para prever o *write-in voting*, como fazem muitos estados, tampouco deve esta decisão ser lida como desencorajamento a essas previsões.”<sup>1302</sup>.

É bastante marcante em *Burdick v. Takushi* a diretriz de que o direito ao voto esteja associado a uma noção de procedimentalidade eficiente passível de cotejo com a preservação da fundamentalidade do direito. Ademais, a decisão citada permite entrever a desejável autocontenção do controle de constitucionalidade das leis, com respeito às deliberações políticas.

No caso brasileiro, o procedimento de registro de candidatura se vê premido pelo desatendimento à temporalidade adequada ao cumprimento de sua finalidade racionalizadora. Especialmente desde 2016, com a postergação da data limite do registro de candidatura para 15 de agosto do ano eleitoral, mal se comporta a cronologia da tramitação, *em primeiro grau*, até o dia da eleição – tornando irrealizável a previsão de julgamento de todos os requerimentos pelas *instâncias ordinárias* até 20 dias antes da eleição. E é nesse exíguo lapso temporal que se

---

<sup>1301</sup> “Indeed, the foregoing leads us to conclude that when a State's ballot access laws pass constitutional muster as imposing only reasonable burdens on First and Fourteenth Amendment rights - as do Hawaii's election laws-a prohibition on write-in voting will be presumptively valid, since any burden on the right to vote for the candidate of one's choice will be light and normally will be counterbalanced by the very state interests supporting the ballot access scheme. In such situations, the objection to the specific ban on write-in voting amounts to nothing more than the insistence that the State record, count, and publish individual protests against the election system or the choices presented on the ballot through the efforts of those who actively participate in the system. There are other means available, however, to voice such generalized dissension from the electoral process; and we discern no adequate basis for our requiring the State to provide and to finance a place on the ballot for recording protests against its constitutionally valid election laws. ‘No right is more precious in a free country than that of having a voice in the election of those who make the laws under which, as good citizens, we must live.’ *Wesberry v. Sanders*, 376 U. S. 1, 17 (1964). But the right to vote is the right to participate in an electoral process that is necessarily structured to maintain the integrity of the democratic system. *Anderson*, supra, at 788; *Storer*, 415 U. S., at 730. We think that Hawaii's prohibition on write-in voting, considered as part of an electoral scheme that provides constitutionally sufficient ballot access, does not impose an unconstitutional burden upon the First and Fourteenth Amendment rights of the State's voters.” ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, Supreme Court of The United States, *Burdick v. Takushi*.

<sup>1302</sup> “We of course in no way suggest that a State is not free to provide for write-in voting, as many States do; nor should this opinion be read to discourage such provisions. Accordingly, the judgment of the Court of Appeals is affirmed.” *Ibid*.

espera ver exauridas todas as questões passíveis de se formarem ante o extenso e complexo rol de requisitos para a candidatura.

Esse problema foi abordado em coautoria com Rodolfo Viana Pereira, quando se destacou as limitações impostas à conformação do procedimento de registro de candidatura pelo direito ao sufrágio (passivo e ativo):

A alocação temporal do procedimento de registro de candidatura deve então permitir que a definição do quadro de candidaturas ocorra, idealmente, antes de ser disparado o exercício de faculdades inerentes à condição de candidato, como, no caso da legislação vigente, a possibilidade de realizar a propaganda eleitoral em sentido estrito (com pedido de voto). Somente com isso se pode ter atendida a dupla exigência da autenticidade eleitoral: igualdade de oportunidade entre os candidatos (pois nenhum deles estará em posição de indefinição jurídica quanto a sua habilitação ao pleito) e livre formação da vontade do eleitor (que não terá que computar o risco de eventualmente ter seu voto invalidado pela inabilitação do candidato de sua preferência). No entanto, a atual fixação legal do momento para o registro de candidatura se pautou por finalidade estratégica estranha à racionalidade procedimental aqui defendida. A fim de reduzir o tempo de propaganda eleitoral – alardeadamente em favor do barateamento das campanhas –, os parlamentares aproximaram a data limite para requerer o registro de candidatos (ato que dispara o procedimento em análise) da data da eleição. Com a alteração introduzida pela lei 13.165/2015 no art. 11 da Lei 9.504/97, a data limite de registro passou de 5 de julho do ano da eleição para 15 de agosto deste, em uma redução drástica de 41 dias.<sup>1303</sup>

Em vista dessa estruturação inadequada, salientou-se tanto os impactos negativos experimentados em 2016, quando 145 candidatos mais votados a prefeitos estavam, no dia da eleição, em situação *sub judice* com registros indeferidos<sup>1304</sup>, impedindo a proclamação de eleitos e a diplomação até o julgamento de recursos pelo TSE, como se antecipou a instabilidade política que viria a decorrer da indefinição jurídica da candidatura de Lula à presidência, em 2018. Em ambos os casos, a postergação da estabilização do quadro de candidaturas mostrou-se fator de comprometimento da função constitucional atribuída à Justiça Eleitoral, com grave repercussão sobre o exercício de prerrogativas dos cidadãos (eleitores e candidatos).

Como via de correção do problema, propôs-se a adequação estrutural do registro de candidatura, para propiciar a sucessão racional das etapas procedimentais do processo eleitoral,

<sup>1303</sup> PEREIRA; GRESTA, Antecipação do registro de candidatura: uma reflexão em favor da estabilidade do processo eleitoral, p. 529.

<sup>1304</sup> TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL, Eleições 2016: mais votados para prefeito em 145 municípios estão com registros indeferidos, *In: Notícias TSE*, 5 out. 2016, Disponível em: <http://www.tse.jus.br/imprensa/noticias-tse/2016/Outubro/eleicoes-2016-mais-votados-para-prefeito-em-146-municipios-estao-com-registros-indeferidos>, Acesso em: 18 jan. 2018.

de modo a que as convenções partidárias e o registro de candidatura ocorram: i) após a estabilização das filiações partidárias (batimento e relações oficiais, em abril) e do domicílio eleitoral (fechamento do Cadastro, em maio); ii) com antecedência suficiente para possibilitar a conclusão dos julgamentos antes do início da propaganda eleitoral. Eis o calendário proposto:

<b>Ato/procedimento eleitoral</b>	<b>Período</b>	<b>Embasamento normativo</b>
Fixação do domicílio eleitoral e deferimento [da filiação partidária]	Até 6 meses antes da eleição	Art. 9º, Lei 9.504/97
Alimentação do FILIAWEB com relações ordinárias de filiados e conclusão do batimento, com divulgação das relações oficiais e das duplicidades <sup>1305</sup>	Até o final da terceira semana de abril	Art. 19, <i>caput</i> , Lei 9.096/95, Resolução TSE 23.117/2009 e Provimentos da CGE (cronograma)
<b>Exclusão</b> do procedimento de relações especiais de filiados	-	Sugere-se a <b>revogação</b> do §2º do art. 19 da Lei 9.096/05 e dos dispositivos correlatos da Resolução TSE 23.117/2009
Fechamento do cadastro eleitoral (suporte para aferição da fixação do domicílio)	150º dias antes da eleição (primeira semana de maio)	Art. 91, Lei 9.504/97
<b>Convenções partidárias</b>	<b>De 10 a 25 de maio do ano eleitoral</b>	Necessidade de <b>alteração</b> do art. 8º da Lei 9.504/97
<b>Registro de candidatura</b> (início do procedimento de habilitação de partidos e candidatos ao pleito)	<b>Até 1º de junho do ano eleitoral</b>	Necessidade de <b>alteração</b> do art. 11 da Lei 9.504/97
Propaganda eleitoral em geral (com pedido explícito de voto)	A partir de 16 de agosto do ano eleitoral	Art. 36 da Lei 9.504/97

**Quadro elaborado por PEREIRA, Rodolfo Viana; GRESTA, Roberta Maia**<sup>1306</sup>

A proposta, como contribuição acadêmica à abordagem do problema, mostra-se apta a contribuir para a preservação dos espaços de atuação dos legitimados ativos no processo eleitoral, com incremento do desempenho das funções da Justiça Eleitoral. Seu encaminhamento depende, como já destacado, de regular tramitação pelo devido processo legislativo. Espera-se que haja ocasião, inclusive, de testá-la frente à proposta de *habilitação prévia dos candidatos*, surgida no contexto dos debates parlamentares que culminaram na minirreforma eleitoral de 2017.

Caminhando em sentido diametralmente inverso ao da ora defendida *antecipação do*

<sup>1305</sup> Segue-se o processamento das duplicidades, paralelamente à continuidade do processo eleitoral.

<sup>1306</sup> PEREIRA; GRESTA, *Antecipação do registro de candidatura: uma reflexão em favor da estabilidade do processo eleitoral*, p. 540.

*procedimento de registro de candidaturas*, a proposta – consubstanciada em anteprojeto de lei, no anexo I ao Relatório Parcial 3 da Comissão Especial de Reforma Política (CEPOLITI) apresentado em 22/08/2017<sup>1307</sup> – mantinha o registro de candidatura com data limite em 15 de agosto do ano eleitoral e previa uma etapa prévia de certificação de requisitos da elegibilidade *antes mesmo* do advento do prazo para fixação de domicílio eleitoral e deferimento da candidatura. Na detida refutação dessa proposta – tanto por seus aspectos processuais (agravamento da invasão dos espaços de atuação da Cidadania e inobservância do devido processo legal) quanto procedimentais (duplicação da atividade de habilitação sem superação do atual óbice temporal) – concluiu-se que:

[...] a criação de uma *nova* fase, dedicada a certificar a elegibilidade, em caráter administrativo, mas com efeitos preclusivos, não é capaz de atender aos fins propostos e, ainda, é passível de gerar retrabalho irrazoável. [...] sem conseguir lograr êxito no propósito de produzir uma certificação da qual se extraia certeza suficiente quanto ao poder ou não o cidadão se candidatar, a proposta introduz enorme complexidade no processo eleitoral e transtorno às atividades da Justiça Eleitoral, inclusive com possível redução da acuidade do sistema de controle do atendimento aos requisitos constitucionais e legais de disputa. Essa advertência antecipa futura retomada da discussão do tema em 2019, uma vez antever-se, para 2018, que a disputa presidencial venha a colocar em evidência os impactos políticos indesejados das candidaturas *sub judice*.<sup>1308</sup>

A presente abordagem do alistamento eleitoral e do registro de candidatura não esgota as inúmeras questões atinentes aos limites do controle-garantia concretizado pelas funções atribuídas à Justiça Eleitoral. O que se almeja é assinalar que a isomenia, como instituto discursivo apto a promover a igualdade institucional entre a Cidadania e o Estado no processo eleitoral, estabelece a exigência de fiscalidade incessante sobre os atos estatais que interfiram na atuação dos legitimados ativos. A autenticidade eleitoral, sob essa ótica, traduz a diretriz de que todas os procedimentos do processo eleitoral ofereçam condições de exercício desembaraçado dos direitos políticos pelos legitimados ativos.

Em síntese, se, sob a perspectiva do controle-fundante, o discurso constitucional acomoda exigências de um *agir* do sujeito natural destinado a assumir sua prerrogativa de exercício do direito ao sufrágio (ativo e passivo), a legitimidade dos procedimentos

<sup>1307</sup> CÂMARA DOS DEPUTADOS, Deputado Vicente Cândido. Relatório parcial n. 3 – regras eleitorais, sistema eleitoral e modelo de financiamento de campanhas, de 8 de maio de 2017, Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2135165>, Acesso em: 21 jan. 2019.

<sup>1308</sup> PEREIRA; GRESTA, Antecipação do registro de candidatura: uma reflexão em favor da estabilidade do processo eleitoral, p. 547.

concretamente estruturados no âmbito do controle-garantia é permanentemente sindicável quanto ao efetivo cumprimento da normatividade constitucional. Mesmo em procedimentos adequadamente regulamentados, situações pontuais de *disenfranchisement* não estão blindadas, assegurando-se aos cidadãos a permanente abertura do espaço processual, por meio de procedimentos destinados à adoção de medidas concretizadoras de sua posição coinstitucionalizada de legitimado ao processo eleitoral.

### 3.4.2 *Limites do controle-garantia sobre a decisão eleitoral: a formação dos mandatos como ato provimental de competência do eleitorado*

Processo não se reduz, na teoria neoinstitucionalista, a uma técnica decisória do Estado, mas, sim, surge como *locus constitucional* da produção de sentidos jurídicos. O ato estatal, consubstanciado em decisões legislativas, administrativas e judiciais, é um dos modos de concretização da produção desses sentidos – possivelmente o mais recorrente – mas não é o único. A Constituição também investiu a Cidadania de competência decisória: atribuiu a esta a autoria, *sem integração por ato estatal*, da decisão eleitoral.

Na subseção 1.1.1.1, fez-se opção pela manutenção da expressão *ato performativo*, mediante reformulação que mantivesse seu núcleo de enunciado apto a transformar a realidade (*ato suirreferenciado*), mas desvestido da tradicional noção de *autoridade*. Assinalou-se a particularidade de que, no processo eleitoral, o enunciado performativo se expressa pela manifestação coletiva do eleitorado, por ocasião do exercício do voto no dia, horário e modo definidos, por meio da inscrição na cédula ou digitação na urna.

A partir dos aportes da teoria neoinstitucionalista do processo já expostos, pode-se avançar para compreender as decisões públicas democráticas como *atos* provimentais e propor a aplicação do conceito à decisão eleitoral.

Ao tratar da jurisdição democrática, Rosemiro Pereira Leal assinala que “o juiz não é construtor do direito, mas concretizador do ato provimental de encerramento decisório do discurso estrutural do procedimento processualizado pelo *due process* democrático”, o qual tem incidência “substancial (*substantive*) de garantias implantadas coinstitucionalmente e procedimental (*procedural*) do modo adequado de aplicação coinstitucionalmente assegurado”<sup>1309</sup>. A noção de *ato provimental* permite romper com noções subjetivadas da decisão judicial, que não mais pode ser justificada como o *perceber*, *sentir* ou *convencer-se* do

---

<sup>1309</sup> LEAL, *Teoria geral do processo: primeiros estudos*, p. 86.

magistrado. Como agente estatal encarregado do ato de encerramento decisório do procedimento (discursivo), o julgador não é autor solitário cuja opinião se imponha a de outros sujeitos. É “órgão de exercício judicial” ao qual cabe “ditar o direito pela escritura da lei no provimento judicial”<sup>1310</sup>.

Ao se transportar a noção para o processo legislativo<sup>1311</sup> e para o processo administrativo<sup>1312</sup>, também é possível des-subjetivar a lei e a decisão administrativa. Apesar das particularidades de suas respectivas estruturas procedimentais, é sua inscrição no marco da processualidade democrática que suprime a voluntariedade e exige a observância de princípios institutivos (contraditório, ampla defesa e isonomia) e o respeito à igualdade institucional discursiva com a Cidadania e entre os cidadãos (isomenia) na progressiva concreção das instituições democráticas.

Trata-se aqui do reconhecimento dos espaços de refutação, a serem preenchidos argumentativamente, aos quais alude Andréa Alves Almeida. A atuação da Cidadania é motriz da implementação concreta do Estado Democrático de Direito, o que se constrói por atos provimentais (decisões des-subjetivadas) que considerem que:

[...] a liberdade na sociedade aberta consiste na possibilidade de fiscalização ampla e irrestrita das decisões do Estado por meio do método de eliminação de erro e não por meio da dialética. Isto se dá porque a liberdade demanda possibilidade de se desgarrar do dado da realidade (da condição dada), não para anular a realidade, mas para que o homem possa construir o seu próprio mundo de significados.<sup>1313</sup>

O agente estatal, quando é encarregado do ato de encerramento decisório do procedimento, deve produzir decisões cuja juridicidade de sentidos seja sindicável. A abertura do texto decisório (lei, ato administrativo, sentença) à fiscalidade é propiciada pela interenunciatividade, com a testificação dos fundamentos da decisão frente ao código intradiscursivo constitucional. Assim, na processualidade democrática, a des-subjetivação dos atos provimentais subscritos por agentes estatais preserva o espaço de atuação da Cidadania, desmitificando o ato de “poder”.

A decisão eleitoral é ato provimental com contornos próprios: é ato de competência do órgão colegiado eleitoral, que é, ele próprio, formado pela comunidade de legitimados ativos ao processo. Inexiste, nesse caso, a distinção entre parte e decisor. Por isso, a preservação do

<sup>1310</sup> *Ibid.*, p. 87.

<sup>1311</sup> Sobre o tema, cf.: LEAL, **Processo como teoria da lei democrática**, cap. V (Legalidade e Direito).

<sup>1312</sup> DEL NEGRI, **O avesso do Estado**.

<sup>1313</sup> ALMEIDA, **Espaço jurídico processual na discursividade metalinguística**, p. 88.



espaço de atuação da Cidadania, no processo eleitoral, não perpassa a des-subjetivação do ato cidadão-decisor. O voto encaminha a interpretação de cada eleitor sobre como devem ser concretizados governos e parlamentos, o que repercute em como devem ser concretizadas as funções administrativas e legislativas.

Advirta-se que não se deve compreender essas asserções em uma perspectiva idealizante, caudatária do *milagre da agregação* ou outra alquimia capaz de transformar a soma de voluntarismos individuais em justificativa para quaisquer atos governamentais e legislativos. Afinal, “os eleitores não são uma fonte de sabedoria da qual as políticas corretas podem ser empiricamente ‘derivadas’”<sup>1314</sup>.

Mas não se pode desconsiderar a prerrogativa constitucional dos sujeitos naturais de ocuparem espaços processuais como sujeitos de direito, com vistas à autoinclusão em direitos fundamentais, o que abrange a participação nas eleições como legitimados ao processo e como competentes para a prolação do ato decisório. O voto não esgota aquela prerrogativa, mas concretiza a função das eleições de “permitir que [...] ideias sejam criadas, testificadas, modificadas e refutadas”<sup>1315</sup>.

Além disso, a decisão eleitoral somente encerra o procedimento (eleições), sem caráter conclusivo quanto à *verdade* na democracia. Ao atuarem no procedimento eleitoral, como eleitores e candidatos, os cidadãos “estão tentando, e de forma falível, explicar o mundo e, neste caso, melhorá-lo”. A persistente visão das eleições como *jogo* compromete a percepção de que inexistem vitórias (verdades) consolidadas, mas apenas etapas do contínuo projeto de concretização do Estado Democrático de Direito. Por isso mesmo, a veredicação dos sentidos produzidos em procedimentos legislativos e administrativos, tanto quanto nos judiciais, é exigência permanente da processualidade democrática, não dispensada sob a escusa *o povo elegeu*.

Assim, a compreensão da decisão eleitoral como ato provimental precisa acomodar tensões discursivas a partir da diretriz segundo a qual preservar os espaços de atuação da Cidadania é assegurar aos participantes-decisores a maior liberdade para testificação e refutação de proposições deduzidas sob a forma de candidaturas.

Decorre daí, primeiro, que segue imposta aos agentes estatais – incumbidos de atos provimentais apenas *circundantes* da decisão eleitoral – a atuação des-subjetivada e sindicável

---

<sup>1314</sup> DEUTSCH, David, *The beginning of infinity: explanations that transform the world*, New York: Viking, 2011, p. 345, apud DEL NEGRI, **O avesso do Estado**, p. 17. A tradução é de Del Negri.

<sup>1315</sup> *Ibid.*

pelos cidadãos. Porém, além disso, surge o requisito de não interferência desses agentes no exercício legítimo da competência decisória do eleitorado, *ainda que* sob pretexto de aprimoramento moral do procedimento e de seu resultado. Por fim, as normas procedimentais devem assegurar o nivelamento entre os próprios componentes da comunidade de legitimados ao processo, isto é, a estrutura do procedimento deve refrear a cooptação de um cidadão pelo outro.

É desafiadora a empreitada de construção de estruturas procedimentais dialógicas no âmbito do processo eleitoral. A hegemonia da concepção procedimentalista de democracia, de fundo habermasiano, normaliza o reconhecimento da *arena política* como espaço indemarcado pela processualidade, no qual “o conteúdo normativo surge da própria estrutura das ações comunicativas”<sup>1316</sup>. Longe, porém, de significar a frustração dos objetivos da presente pesquisa, essa constatação denota a relevância do reconhecimento da pretensão normativa coconstitucionalizante da enunciação do *processo eleitoral*, como via de superação da ideia de legitimidade decisória sustentada na moralidade pública, tão frequentemente invocada para justificar a restrição dos espaços de atuação dos cidadãos como legitimados ao processo.

A noção de legitimidade democrática de Habermas é construída a partir da perquirição de pressupostos comunicativos e de estruturação de procedimentos que possibilitem a *gênese democrática da lei*: o conteúdo das deliberações deve resultar de negociações (interações estratégicas) capazes de “conciliar interesses concorrentes de uma maneira compatível com o bem comum [...] e trazer princípios universais de justiça para o horizonte da forma de vida específica da comunidade em particular”<sup>1317</sup>. Os procedimentos devem ser aptos a gerar resultados *aceitáveis* ainda que alguns interesses envolvidos sejam *inconciliáveis*.

Além disso, a Constituição não tem papel fundante na democracia procedimentalista. Sua função é reativa: fornecer “resposta consistente à questão de como podem ser institucionalizadas as exigentes formas comunicativas de uma formação democrática da vontade e da opinião”<sup>1318</sup>. Essa resposta deve assimilar um entrelaçamento de “considerações pragmáticas, compromissos, discursos de autocompreensão e de justiça”, voltado para a “obtenção de resultados razoáveis e justos”<sup>1319</sup>. Ainda, deve ser produzida por interações intersubjetivas racionalizadas por pressupostos comunicativos, estabelecidas tanto nos órgãos

---

<sup>1316</sup> HABERMAS, Jürgen, Três modelos normativos de democracia, **Cadernos da escola do legislativo (Assembleia Legislativa do Estado de Minas Gerais)**, n. 3 (jan-jul), p. 107–121, 1995, p. 115.

<sup>1317</sup> *Ibid.*, p. 114.

<sup>1318</sup> *Ibid.*, p. 117.

<sup>1319</sup> *Ibid.*, p. 115.

parlamentares quanto nas *redes informais da esfera pública*. Fala Habermas então de uma “esfera público-política” como “arena para a detecção, identificação e interpretação dos problemas que afetam a sociedade como um todo”<sup>1320</sup>.

Com apoio no estudo comparativo de Gisele Cittadino das abordagens liberal, comunitarista e crítico-deliberativa (procedimentalista) do Direito e da justiça<sup>1321</sup>, pode-se afirmar que Habermas não renuncia à pressuposição de um contexto intersubjetivo, no qual, a partir da seleção das questões moralmente relevantes, se desenvolva a argumentação, isto é, a problematização de afirmações e submissão destas a pretensões de validade: *verdade* dos fatos; *justiça* das normas e *autenticidade* das autoexpressões.

O que resulta da aplicação do *procedimentalismo dialógico* às eleições é uma expectativa do desenvolvimento da ação comunicativa com respeito a regras do jogo (componente liberal) e de direcionamento do agir para o bem comum (componente republicanista). Nesse sentido é, por exemplo, a percepção de Aragón Reyes, para quem:

A função legitimadora se cumpre não apenas mediante a realização do ato formal de votação, mas também através de todo o processo de sufrágio e, muito significativamente, na campanha eleitoral, em que se produz ampla comunicação entre representantes e representados, entre partidos e sociedade, que reforça consideravelmente a participação popular e que faz das eleições uma verdadeira escola de cultura cívica democrática.<sup>1322</sup>

Mas o próprio Habermas admite que a moralidade pública não fornece garantia de que o resultado das deliberações seja preservado contra o uso *estratégico*<sup>1323</sup> da razão, pois a

---

<sup>1320</sup> *Ibid.*, p. 120.

<sup>1321</sup> CITTADINO, Gisele, **Pluralismo, direito e justiça distributiva: elementos da filosofia constitucional contemporânea**, 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

<sup>1322</sup> ARAGÓN REYES, Democracia y representación: dimensiones subjetiva y objetiva del derecho de sufragio, p. 57. Tradução do original em espanhol: “La función legitimadora se cumple no sólo mediante la realización del acto formal de la votación, sino también a través de todo el proceso de sufragio y, muy significativamente, en la campaña electoral, en la que se produce una amplia comunicación entre representantes y representados, entre partidos y sociedad, que refuerza considerablemente la participación popular y que hace de las elecciones una verdadera escuela de cultura cívica democrática.”

<sup>1323</sup> Bernardo Gonçalves Fernandes e Flávio Quinaud Pedron sintetizam a noção de ação estratégica formulada por Habermas: “[...] uma forma de ação linguística [...] na qual o falante faz uso de outro indivíduo como meio (instrumento) para a realização de um fim (seu sucesso pessoal) [...], isto é, influenciar o ouvinte [...] para que este realiza (ou deixe de realizar) o objetivo principal do falante [...]. Dessa forma, o falante não se coloca na condição de participante da interação, nem busca saber sobre o reconhecimento da pretensão levantada por parte do ouvinte: o que está em jogo é apenas a concretização de seu próprio sucesso pessoal. A ação estratégica, portanto, vive de forma parasitária, pois depende para seu sucesso, de que, pelo menos uma das partes, tome como ponto de partida o fato de que a linguagem está sendo usada como forma de busca do entendimento (HABERMAS, 1990:73).” (FERNANDES, Bernardo Gonçalves; PEDRON, Flávio Barbosa Quinaud, **O poder judiciário e(m) crise: reflexões de Teoria da Constituição e Teoria Geral do Processo sobre o acesso à justiça e as**

*contradição performativa*<sup>1324</sup> nem sempre é evidente. É o que se vivenciou nas eleições de 2018, no qual a migração das campanhas eleitorais “para as bolhas micro-segmentadas e monotemáticas dos grupos de whatsapp”<sup>1325</sup> expôs a vulnerabilidade da *arena política* a consensos estrategicamente obtidos por uma comunicação intersubjetiva desinformada e acrítica.

Os pressupostos comunicativos habermasianos encontram-se, irremediavelmente, em uma dimensão ética, metajurídica. A *ética do discurso* é “o *telos* que habita nas estruturas linguísticas” que *força* a renúncia à ação estratégica<sup>1326</sup> – nada mais que a dogmatização da expectativa de que os interlocutores façam uso da linguagem comum para buscar o entendimento mútuo pelos melhores argumentos e produzir resultados justos. O referencial da ética do discurso é tão somente o “*pragma* (experiência histórica) de um passado extralinguístico opacamente recebido no presente como dogmas, valores (ética e moral) e saberes”<sup>1327</sup>, o que faz com que a simples procedimentalização das eleições siga subserviente a um ideal cívico, assentado pela sociedade pressuposta.

O que se propugna pela teoria neoinstitucionalista é o reconhecimento de que a decisão eleitoral, como ato provimental de formação de mandatos, é fundadora da possibilidade de estruturação de parlamentos e governos para concretização do Estado Democrático de Direito. Trata-se de *competência constitucional* exercida no âmbito do processo eleitoral. O procedimento eleitoral e a atuação dos órgãos estatais devem ser concebidos como formas de viabilização do exercício dos direitos políticos para produção de sentidos pela *interrenunciatividade*. Como ponto de partida para o exercício do direito igual de interpretação

---

**recentes reformas do poder judiciário à luz de Ronald Dworkin, Klaus Günther e Jürgen Habermas**, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 226.).

<sup>1324</sup> Matthias Kaufmann, em artigo no qual expõe aporias da ética do discurso formulada por Apel, Rorty e Habermas, argumenta que “segundo a ética do discurso, [...] quem participa do discurso e, com isso, ingressa numa comunidade comunicacional, concebida antecipada e inversamente aos fatos, porém não se atém a essas implicações, comete uma contradição performativa [...]”, cuja possibilidade é suficiente para impedir que se afirme que as implicações, especialmente morais, são aceitas com o ingresso no debate ou que existem exigências morais implícitas à razão. (KAUFMANN, Matthias, *Discurso e despotismo*, in: MERLE, Jean-Christophe; MOREIRA, Luiz (Orgs.), **Direito e legitimidade**, São Paulo: Landy, 2003, p. 94.).

<sup>1325</sup> GRESTA, Roberta Maia, Bombardeio de mensagens eleitorais pagas no Whatsapp: o que o TSE pode fazer?, In: **El País**, 23 out. 2018, Disponível em: [https://brasil.elpais.com/brasil/2018/10/23/opinion/1540320615\\_005462.html](https://brasil.elpais.com/brasil/2018/10/23/opinion/1540320615_005462.html), Acesso em: 18 jan. 2019.

<sup>1326</sup> HABERMAS, Jürgen, **Pensamento pós-metafísico: estudos filosóficos**, Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1990, p. 130.

<sup>1327</sup> LEAL, **Teoria geral do processo: primeiros estudos**, p. 163.

pela crítica e pela eliminação de erros, a interrenunciatividade comanda a criação de procedimentos que possibilitem o uso do nível argumentativo da linguagem por todos os participantes.

A adequação procedimental à concretização do ato provimental eleitoral, portanto, exige a adoção de técnicas viabilizadoras da igualdade discursiva entre os cidadãos e frente ao Estado, premissa já estabilizada pelos princípios instituintes do processo. O enfrentamento das dificuldades de implementação de tais técnicas perpassa o reconhecimento de que não é função do Estado assumir a condução moral da Cidadania, sem desconsiderar que, no âmbito desta, forças reais de poder atentam contra a igualdade normativa dos sujeitos de direito. Assim, sem assumir qualquer pretensão perfeccionista, é necessário detectar interferências indevidas do Estado ou de outros cidadãos sobre a liberdade de participação, interpretação e decisão dos componentes da comunidade jurídica.

Assinalado mais esse argumento em favor da diretriz de preservação dos espaços de atuação dos participantes-decisores como critério de controle de legitimidade dos atos praticados no procedimento eleitoral, percebe-se os impactos processuais da anulação da decisão eleitoral. O procedimento, enquanto estrutura discursiva, exige encerramento regular por ato válido. Sem que esse ato seja proferido pelo órgão competente, não se pode considerar concretizado o ato provimental.

As situações já suscitadas no Capítulo 2, em que eleições suplementares (diretas ou indiretas) são desconectadas do procedimento originário, desconsideram o encerramento válido do procedimento eleitoral como prerrogativa do eleitorado. A afirmação de que procedimento de eleições indiretas não integram o processo eleitoral, encampada pelo STF no julgamento da ADI 4298/TO, alerta contra estratégias de blindagem às quais subjaz risco de usurpação de competência.

Assim, no paradigma da processualidade democrática, a preservação da competência decisória do eleitorado destaca o ato provimental de formação de mandatos como parâmetro de legitimidade dos atos estatais, especialmente decisões judiciais que acarretem a invalidação do procedimento eleitoral originário. O controle-garantia encontra-se limitado pela diretriz de intervenção mínima, seja na atividade hermenêutica que precede à decisão de invalidação, seja na concretização do procedimento eleitoral substitutivo (direito ou indireto).

Abre-se, com isso, para posterior pesquisa, profícuo campo de arguição da legitimidade das decisões e providências da Justiça Eleitoral que, desde o ano 2000 cassou 5% dos Prefeitos

eleitos, o que significa uma cassação a cada 8 dias<sup>1328</sup>, e realizou, entre 2007 e julho de 2018, 399 eleições municipais extraordinárias<sup>1329</sup>.

Ao consignar que a Constituição é o ponto de partida do discurso normativo, a teoria neoinstitucionalista vai muito além da acolhida dos destinatários no procedimento ou da elevação dos direitos processuais a garantias constitucionais, porque estabelece que todo e qualquer texto (teoria) que se proponha como interpretação do discurso (lei), encontra neste um ponto de retorno obrigatório. O interpretante deixa de ser o sujeito da enunciação (agente estatal) ou o código social e se torna o devido processo inscrito na Constituição.

Ou seja, não basta ao órgão judiciário *partir* da Constituição, assegurar às partes oportunidade de dizer e contradizer e nem mesmo elaborar a decisão como resultado lógico (linguístico) da argumentação desenvolvida. Se a decisão se encaminhar por uma *abertura extrassistêmica*, não terá legitimidade democrática, porque a tentativa de veredicação intradiscursiva, *efetuada pelo retorno à Constituição*, redundará na constatação da violação ao princípio da legalidade.

Isso se refere a todos os momentos do controle-garantia a cargo da Justiça Eleitoral – prévio, concomitante e posterior em relação ao procedimento eleitoral. Tanto a atividade de *racionalização* (intensa nos momentos prévio e concomitante) quanto a de *veredicação* (intensa nos momentos concomitante e posterior) dos atos dos cidadãos praticados no âmbito do processo eleitoral devem conferir primazia à livre atuação do órgão competente (eleitorado). Para serem legítimos, todos os atos praticados por órgãos judiciários eleitorais devem ser passíveis de confirmação pelo código discursivo constitucional. Ou seja, devem, eles próprios, ter êxito no teste de veredicação, conduzido no âmbito do controle-garantia a que também estão sujeitos.

### 3.4.3 *A superação de um paradoxo: voto obrigatório como regra derivada da isomenia*

A temática desenvolvida na presente seção pretende ilustrar de que modo a isomenia, instituto nivelador dos componentes da comunidade jurídica pela igualdade discursiva, comanda a ressignificação de institutos jurídicos no paradigma da processualidade democrática.

---

<sup>1328</sup> ALVIM, Frederico Franco, Gravidade como parâmetro para a cassação de mandatos: o arranjo brasileiro diante dos pressupostos axiológicos do sistema e da cena internacional, **Revista Justiça Eleitoral em debate**, v. 8, n. 2, p. 94–106, 2018.

<sup>1329</sup> SESCONETTO, Julianna Sant’ana; FONSECA, Leonardo Campos Soares da, A responsabilidade civil por atos que ensejam a extinção anômala do processo eleitoral, *in*: FUX, Luiz *et al* (Orgs.), **Direito eleitoral: temas relevantes**, Curitiba: Juruá, 2018, p. 147–175.

A adoção do voto obrigatório está assentada em uma compreensão instrumental da cidadania, que remonta a Sieyès, segundo a qual o eleitorado é uma função legitimadora da soberania nacional<sup>1330</sup>. Francisco J. Bobillo chega a apontar que a repulsa à obrigatoriedade do voto seja uma das principais causas para a *votação estéril*, por meio de votos nulos ou em branco, o que a torna objeto de crítica por sua contradição com a ideia de eleições *livres*<sup>1331</sup>. Nesse sentido, Canotilho sustenta que:

[...] o princípio da liberdade de voto significa garantir ao eleitor o exercício do direito de voto sem qualquer coacção física ou psicológica de entidades públicas ou de entidades privadas. Deste princípio da liberdade de voto deriva a ilegitimidade da imposição legal do voto obrigatório. A liberdade de voto abrange, assim, o *se* e o *como*: a liberdade de votar ou não votar e a liberdade de votar.<sup>1332</sup>

Bobillo destaca que a defesa do voto obrigatório é mais comum em países que efectivamente o adotam ou já o adotaram e remetem, quase invariavelmente, à ideia de que o voto é “também um dever”, “uma obrigação cívica, comunitária, que se transformará em jurídica por não existir uma consciência plena de seu cumprimento”<sup>1333</sup>.

Essa justificativa se fez presente no momento de implantação do voto obrigatório no Brasil, pois “o principal fundamento da instauração da obrigatoriedade foi a necessidade de legitimação da nova República, instituída pela chamada Revolução de 1930”<sup>1334</sup>. Se o novo regime assentava sua legitimidade no *povo*, era necessário evitar que a abstenção esvaziasse esse fundamento. A obrigatoriedade se fez acompanhar de estímulos ao exercício do voto, assegurando-se preferência “em toda concorrência para provisão de cargos públicos, fornecimentos, contratos, nomeações e quaisquer outras vantagens ou honras, conferidas pelos

<sup>1330</sup> Segundo Francisco J. Bobillo, “El voto obligatorio se corresponde con la teoría del electorado-función, vinculada a la noción originaria de la soberanía nacional, tal como fue formulada por Sieyès y los constituyentes de 1789.” BOBILLO, El voto estéril en las elecciones generales españolas, p. 73.

<sup>1331</sup> “Parece como si creyeran advertir alguna contradicción (y, en efecto, la hay, aunque sólo sea de índole semántica) entre elecciones libres y voto obligatorio.” *Ibid.*

<sup>1332</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes, **Direito constitucional e teoria da Constituição**, 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 303–304.

<sup>1333</sup> BOBILLO, El voto estéril en las elecciones generales españolas, p. 72–73. Tradução do original em espanhol extraída do trecho: ““Los motivos en favor de la implantación del voto obligatorio que han sido aducidos con más frecuencia en aquellos sistemas en los que tal normativa ha existido o existe [...] se refieren casi siempre a un mismo aspecto. El voto es considerado no sólo como un derecho, sino también como un deber. Una obligación cívica, comunitaria, que se transformará en jurídica al no existir una conciencia extendida de su cumplimiento.”

<sup>1334</sup> SOARES; SILVA, Voto obrigatório vs. voto facultativo: qual é o melhor modelo para o Brasil?, p. 75.

poderes públicos”, aos “cidadãos que apresentarem o seu título eleitoral com maior número de anotações que indiquem haver exercido o direito de voto”<sup>1335</sup>.

Aragón Reyes considera que a obrigatoriedade do voto o esvazia como direito, reduzindo-o a uma *função pública* exercida pelo corpo eleitoral, visto como órgão do Estado. O autor classifica o voto obrigatório como um caso de *institucionalização dos direitos fundamentais*<sup>1336</sup>. O termo recebe do autor conotação negativa, de tratamento utilitarista do direito ao sufrágio, inclusive com risco de acarretar “excessiva limitação ou mesmo em algumas hipóteses ao desaparecimento do direito em casos particulares com o argumento de que dessa maneira se garante melhor a ‘função’ que o próprio direito realiza”<sup>1337</sup>.

A advertência é relevante. Por ela se encaminha a já exposta relação entre a compreensão instrumentalista do processo eleitoral e o *disenfranchisement*, com comprometimento da atuação dos legitimados ativos. Porém, considera-se que seja possível um redimensionamento do voto obrigatório no paradigma da processualidade democrática.

Primeiramente, deflui da compreensão processual democrática do processo eleitoral, com apoio no código intradiscursivo formado pelo estatuto constitucional dos direitos políticos, a distinção direito ao sufrágio, cláusula de legitimidade ativa, e a obrigatoriedade do voto, que conforma o exercício da competência decisória do órgão colegiado eleitoral. O voto obrigatório não altera a configuração do sufrágio como norma coinstitucionalizante da condição de *parte* do processo eleitoral, que abrange também os que votam facultativamente.

O que se deve colocar em análise é o reflexo da obrigatoriedade do voto sobre o Estado, já que este deve realizar, pelos órgãos da Justiça Eleitoral, todos os atos de viabilização concreta do procedimento eleitoral, com observância das normas processuais. A partir da previsão constitucional do voto obrigatório como regra processual para atuação do órgão colegiado eleitoral, as técnicas procedimentais devem preordenar-se a cumprir essa regra. Em outras palavras, surge para o Estado um dever de exercer suas atribuições legislativas, administrativas e judiciais com a finalidade viabilizar o comparecimento do eleitorado projetado pela Constituição.

---

<sup>1335</sup> CABRAL, João C. da Rocha, **Código Eleitoral da República dos Estados Unidos do Brasil**, Brasília: Secretaria de Documentação e Informação do TSE, 2004, p. 31.

<sup>1336</sup> ARAGÓN REYES, Democracia y representación: dimensiones subjetiva y objetiva del derecho de sufragio, p. 49.

<sup>1337</sup> *Ibid.* Tradução do original em espanhol extraída do trecho: “Ese es el riesgo de la llamada ‘institucionalización’ o entendimiento ‘utilitario’ de los derechos fundamentales, que puede conducir, paradójicamente, a la excesiva limitación o incluso en algunos supuestos a la desaparición del derecho en casos particulares con el argumento de que de esa manera se garantiza mejor la ‘función’ que el propio derecho realiza.”



Aplica-se, aqui, o mesmo raciocínio que já se desenvolveu, na dissertação de mestrado, quanto ao princípio da *inafastabilidade da jurisdição*:

No caso brasileiro, as diretrizes teóricas inerentes ao ordenamento constitucional exigem que qualquer planejamento estratégico dos órgãos estatais seja desenvolvido a partir da igualdade institucional entre Cidadania e Estado. A organização estatal deve se dar de tal forma que respeite a intangibilidade da esfera de exercício da Cidadania, a qual não pode ser vulnerada pelo Estado – quer por sua ação, quer por sua *inércia*. Por isso as prerrogativas instituídas em favor da Cidadania se erigem como *comandos* dirigidos ao Estado, impondo-lhe planejar-se e *agir* para superar as dificuldades práticas decorrentes do reclame de democratização das funções estatais.<sup>1338</sup>

A isomenia comparece para, *ante o reconhecimento da desigualdade real* entre os sujeitos naturais, propiciar a transformação da realidade a partir da *igualdade discursiva*, mediante estabelecimento de condições para que aqueles ascendam à posição de sujeitos de direito. Sob esse enfoque, associam-se à obrigatoriedade do voto uma série de garantias ao comparecimento desembaraçado do eleitor ao local de votação, entre as quais se deve destacar a designação da data das eleições aos domingos e a escolha de locais de votação com vistas à facilidade de deslocamento do eleitor.

Uma comparação com as eleições estadunidenses revela que, ao contrário, o contexto do Estado Liberal satisfaz-se com a liberdade formal externada no voto facultativo, que tem como reflexo a rejeição, a cada indivíduo, não apenas da decisão sobre votar, mas, também, a criação das condições reais para exercício do voto. A opacidade da desigualdade real se desdobra na não remoção de obstáculos para o comparecimento dos eleitores. Desde a colocação das eleições em dias úteis até a baixa qualidade do serviço eleitoral, evidencia-se a vulnerabilidade do direito ao sufrágio frente a barreiras estatais e também privadas, como a coação de empregadores sobre empregados para que não deixem seus postos pois, afinal, não estão *obrigados* a votar.

Nesse contexto é que Downs projeta que a abstenção é maior em cidadãos de baixa renda, para os quais há um maior custo do comparecimento. O autor trata, nesse particular, de taxas eleitorais e custos de deslocamento e alimentação e de seu impacto sobre a possível menor representatividade de pessoas mais pobres<sup>1339</sup>.

<sup>1338</sup> GRESTA, **Ação temática eleitoral: proposta para a democratização dos procedimentos judiciais eleitorais coletivos**, p. 231.

<sup>1339</sup> “[...] voting behavior is crucial determinant of the distribution of political power. [...] First, the cost of voting is harder for low-income citizens to bear; therefore, even if returns among high and low-income groups are the same, fewer of the latter vote. Second, the cost of information is harder for low-income citizens to bear; hence more of them are likely to be uncertain because they lack information.

Desse modo, o que há de problemático no voto obrigatório não é sua previsão constitucional, mas a inobservância da diretriz tácita de não repressão ao eleitor faltoso. Isso porque, conforme antecipou-se na subseção 1.2.3.4, a CRFB não instituiu sanções para o absentismo ou, tampouco, remeteu à lei a possibilidade de sua criação. Se, para Canotilho, “na falta de preceito constitucional a admitir o voto como um dever fundamental obrigatório, tem de considerar-se a imposição legal do voto obrigatório como viciada de inconstitucionalidade”<sup>1340</sup>, pode-se afirmar, no mesmo sentido, que da simples previsão do voto obrigatório não decorre a delegação para a criação de sanções restritivas de direitos sequer mencionadas no texto constitucional.

Todavia, subsistem graves restrições a direitos ainda aplicadas, com base na legislação infraconstitucional, ao eleitor faltoso. É em razão delas que prevalece a crítica à obrigatoriedade do voto como dissonância no contexto democrático<sup>1341</sup>, por transmutar o direito ao sufrágio em um dever. O caso é, portanto, de aferir os excessos punitivos da legislação e pronunciar sua revogação pela CRFB.

O problema não se refere à multa por ausência às urnas – que, fixada entre R\$ 1,06 e R\$ 3,51 e passível de isenção por hipossuficiência econômica, não constitui entrave à vida dos cidadãos<sup>1342</sup> –, mas, sim, às consequências negativas previstas no §1º do art. 7º do CE. Enquanto não pagar a multa incidente, o eleitor que não votou e não se justificou no prazo<sup>1343</sup> fica sujeito

---

Since uncertainty reduces the returns from voting, a lower proportion of low-income groups would vote even if voting costs were equally difficult for everyone to bear. Because citizens who abstain exercise less influence than those who vote, low income group in society are likely to have less political power than their numbers warrant, and high-income groups more. Once again we see that the necessity of bearing economic costs in order to act politically biases the distribution of power against citizens with low incomes. However, we cannot tell *a priori* how significant this bias really is.” (DOWNS, **An economic theory of democracy**.)

<sup>1340</sup> CANOTILHO, **Direito constitucional e teoria da Constituição**, p. 303.

<sup>1341</sup> SOARES; SILVA, Voto obrigatório vs. voto facultativo: qual é o melhor modelo para o Brasil?, p. 85.

<sup>1342</sup> O *caput* do art. 7º do Código Eleitoral previa multa “entre três a dez por cento sobre o salário mínimo da região”. Após a vedação da CRFB à vinculação do salário mínimo para qualquer fim (art. 7º, IV), a Resolução TSE 21.538/2003, buscando um cálculo aproximado ao que decorria da aplicação do CE, fixou como base de cálculo das multas eleitorais o valor da UFIR multiplicado por 33,02 (art. 85) e estabeleceu que a multa por ausência às urnas seria arbitrada entre 3% e 10% (art. 80, §4º). Extinta a UFIR pela Lei 10.522/2002, consolidou-se seu último valor em 1º de janeiro de 1997 em R\$1,0641. Desde então, a multa por ausência às urnas se situa entre R\$ 1,06 e R\$ 3,51. (BRASIL, **Tribunal Superior Eleitoral, Código eleitoral anotado e legislação complementar**, 12. ed. Brasília: Tribunal Superior Eleitoral, Secretaria de Gestão da Informação, 2016, p. 30.).

<sup>1343</sup> O prazo referido no *caput* do art. 7º do Código Eleitoral, originariamente de 30 dias após o pleito, foi alterado pela Lei 6.091/1974, passando a ser de 60 dias a contar do pleito ou, no caso de eleitor que se encontra no exterior, de 30 dias após seu retorno ao país. (BRASIL, Lei 6.091, de 15 de agosto de 1974, Dispõe sobre o fornecimento gratuito de transporte, em dias de eleição, a eleitores residentes nas

a: proibição de participar de concurso público e impedimento à investidura em cargos dessa natureza; suspensão de recebimento de remuneração custeada com recursos públicos; vedação à participação em licitação pública; impedimento a empréstimos em instituição pública; impedimento à obtenção de passaporte e de carteira de identidade; impedimento à renovação de matrícula em instituição de ensino; proibição de prática de qualquer ato para o qual se exija quitação do serviço militar ou comprovante de declaração de imposto de renda<sup>1344</sup>.

Além disso, enquanto perdurar a inadimplência, o eleitor faltoso fica impedido de obter certidão de quitação eleitoral<sup>1345</sup>, o que, na linha de entendimento do TSE, obsta o deferimento do registro de candidatura, como se o caso fosse de ausência de condição de elegibilidade<sup>1346</sup>. Não problematizada a inexistência de previsão constitucional nesse sentido, a discussão nos tribunais gira em torno da possibilidade ou não de o pagamento da multa após o registro de candidatura ser suficiente para remover o óbice à candidatura. A partir da edição da Súmula 50/TSE, em 2016, consolidou-se interpretação no sentido de que “o pagamento da multa eleitoral pelo candidato [...] após o pedido de registro, mas antes do julgamento respectivo, afasta a ausência de quitação eleitoral”<sup>1347</sup>.

---

zonas rurais, e dá outras providências, Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1970-1979/lei-6091-15-agosto-1974-357383-normaatualizada-pl.html>, Acesso em: 4 ago. 2018, arts. 7º e 16.).

<sup>1344</sup> BRASIL, **Código Eleitoral (1965)**, art. 7º, §1º.).

<sup>1345</sup> “A certidão de quitação eleitoral abrangerá [...] o regular exercício do voto.” (BRASIL, **Lei das Eleições**, art. 11, §7º.).

<sup>1346</sup> Nesse sentido: “[...] Indeferimento de registro de candidatura ao cargo de vereador. Falta de quitação eleitoral. Ausência às urnas. Falta de justificativa. Incidência de multa. Pagamento efetuado quando já requerido o registro da candidatura. Condição de elegibilidade deve ser aferida ao tempo do registro. Inviabilidade de participação no pleito. Não-violação ao princípio constitucional da proporcionalidade. Precedentes. Agravo regimental a que se nega provimento. 1. O pagamento de multa por ausência às urnas em eleições anteriores deve ser realizado até a data do pedido de registro da candidatura, sob pena de inviabilizar a participação do pré-candidato no pleito. 2. A exigência de estar quite com a Justiça Eleitoral no momento do pedido de registro não é desproporcional, e sim um requisito legal para aqueles que desejam disputar cargos públicos. 3. O § 1º do art. 29 da Res.-TSE nº 22.717/2008 apenas dispensou o requerente de apresentar prova de quitação eleitoral no momento do pedido de registro, ficando tal aferição exclusivamente a cargo da Justiça Eleitoral. Entretanto, tal dispositivo não exime o eleitor candidato de agir com diligência, buscando informações sobre a sua situação particular previamente, o que não ocorreu no caso [...]” (BRASIL, Tribunal Superior Eleitoral, Agravo Regimental em Recurso Especial Eleitoral 33877/MA, Relator: Ministro Joaquim Barbosa, Julgado em: 18 dez. 2008, **DJe**, Publicado em: 19 fev. 2009.).

<sup>1347</sup> BRASIL, Tribunal Superior Eleitoral, Súmula 50, Disponível em: <http://www.tse.jus.br/legislacao/codigo-eleitoral/sumulas/sumulas-do-tse/sumula-tse-no-50>, Acesso em: 4 ago. 2018.

Porém, há quem enxergue nesse entendimento injustificável permissividade com um comportamento desidioso<sup>1348</sup>. Luiz Carlos dos Santos Gonçalves e Rodrigo López Zilio afirmam que “parece lógico inadmitir o uso do argumento da alteração superveniente para afastar um óbice que depende exclusivamente da voluntariedade do candidato interessado e cujo implemento não restou realizado tempestivamente”<sup>1349</sup>. Não obstante, a inconstitucionalidade da equiparação da multa eleitoral pendente à ausência de uma condição de elegibilidade precede o plano argumentativo em que laboram os autores: se, de todo, a CRFB não estipulou o comparecimento às urnas em eleições anteriores como condição de elegibilidade, esvai-se qualquer fundamento que legitime o indeferimento do registro em razão do pagamento alegadamente “tardio” da multa respectiva.

Deve-se registrar que decisão do TRF da 4ª Região, de 20/01/2019, traz entendimento pela restrição de efeitos da ausência de quitação eleitoral que, mesmo no caso de pessoa com direitos políticos suspensos, que não pode “estender-se a outros direitos não decorrentes diretamente de sua temporária condição política, como a liberdade de locomoção, sobretudo inexistindo disposição nesse sentido na sentença condenatória [na ação por improbidade administrativa]”<sup>1350</sup>. Foi, assim, determinada a emissão de passaporte *sem a comprovação do voto na última eleição*, pois “se o voto é proibido, ou seja, nem obrigatório nem facultativo, não se pode exigir de quem está com os direitos políticos suspensos, a prova de que votou na última eleição”<sup>1351</sup>.

Com base nas cogitações ora apresentadas, reafirma-se que todo o arcabouço normativo que impacta no processo eleitoral deve ser testado com base no código intradiscursivo fornecido pelo estatuto dos direitos políticos, ante o paradigma da processualidade democrática. A teoria neoinstitucionalista do processo propicia a interpretação do voto obrigatório como comando dirigido ao Estado, para a remoção de óbices à atuação dos legitimados ativos no processo eleitoral. Em um país de extensa dimensão territorial e acentuada desigualdade real, como o Brasil, a tarefa de propiciar ao eleitor estar diante da urna é primordial para a autenticidade

---

<sup>1348</sup> Também a anistia legislativa de multas é objeto de reprovação, salientando Walter Costa Porto que “essas multas, no entanto, nunca são cobradas, pois, após cada pleit[o], apressa-se o Congresso a votar projeto de lei com o perdão aos faltosos” (PORTO, **Dicionário do voto**, p. 456.)

<sup>1349</sup> GONÇALVES; ZILIO, **Comentários às súmulas do TSE**, p. 260.

<sup>1350</sup> BRASIL, Tribunal Regional Federal da 4ª Região, Remessa Necessária Cível em Mandado de Segurança 5001824-52.2018.4.04.7202/SC, 4ª Turma, Relator Desembargador Federal Cândido Alfredo Silva Leal Júnior, Julgado em: 12 dez. 2018, Publicado em: 21 jan. 2019, Disponível em: [https://www2.trf4.jus.br/trf4/controlador.php?acao=proc\\_processo\\_valida&tipo\\_documento=judicial](https://www2.trf4.jus.br/trf4/controlador.php?acao=proc_processo_valida&tipo_documento=judicial), Acesso em: 21 jan. 2019.

<sup>1351</sup> *Ibid.*

eleitoral, pois é uma etapa de concretização da igualdade projetada para o órgão colegiado eleitoral, com superação pontual das barreiras econômicas, sociais e familiares que podem desconfigurá-lo. O que se deve expurgar são as medidas, não respaldadas constitucionalmente, de restrição a direitos em decorrência da abstenção eleitoral.

#### 3.4.4 *A regra da anualidade eleitoral como estabilizadora da normatividade processual eleitoral*

O atual estágio da presente pesquisa não poderia ser concluído sem a derradeira abordagem do seguinte problema: a concepção de processo eleitoral conjecturada a partir da teoria neoinstitucionalista é apta a fornecer resposta *melhor* ao problema da aplicação da regra da anualidade eleitoral?

Apresentar uma proposição hermenêutica para aplicação do art. 16 da CRFB é um necessário desdobramento metodológico da investigação conduzida. Afinal, a pesquisa foi disparada pela percepção – no *mundo 2* – de que a função linguística da expressão *processo eleitoral* no dispositivo não tem sido observada adequadamente na interpretação e aplicação da anualidade eleitoral, pois esta, diluída em uma compreensão principiológica, acaba por eclipsar a pretensão normativa e epistemológica daquela quarta matriz processual inscrita no discurso constitucional.

Seguiu-se, no Capítulo 2, à crítica – no *mundo 3* – das respostas dadas pela literatura e pela jurisprudência, o que se fez sem qualquer demérito aos autores, mas para expor os obstáculos científicos decorrentes da velada hegemonia da visão instrumentalista do processo.

No Capítulo 3, argumentou-se que a superação paradigmática da noção de que o processo é instrumento da jurisdição demanda a escolha de uma teoria processual capaz de apreender a precedência da normatividade ao Estado e seus agentes e a eleição do processo como interpretante compartilhado para a produção, interpretação, aplicação e extinção da lei. Em testes junto às teorias concorrentes, emergiu a aderência paradigmática e a maior carga problematizante da teoria neoinstitucionalista do processo, que permitiu, enfim, enunciar uma concepção de processo eleitoral a partir da perspectiva da Cidadania, instituição nivelada discursivamente com o Estado e composta por sujeitos de direito em simétrica paridade, aos quais a CRFB atribuiu legitimidade ativa e competência decisória a serem exercidas no processos eleitoral.

Mas isso, observado o método popperiano de *conjectura e refutação* ( $P_1 \rightarrow TT \rightarrow EE \rightarrow P_2$ )<sup>1352</sup>, enseja a construção de novos problemas, que imporão testes às proposições teóricas, a fim de avaliar seu grau de resistência. É nesse ponto que se apresenta o problema da aplicação da regra da anualidade e se propõe testar a concepção de processo eleitoral apresentada na abertura do Subcapítulo 3.4 quanto a sua aptidão para solucionar o problema.

A fim de conduzir o teste, apresenta-se um esquema simplificado das relações estabelecidas no eixo paradigmático (possibilidades de substituição) e no eixo sintagmático (encadeamento)<sup>1353</sup>. A operação proposta é simples: a decodificação dos sintagmas – “grupo de palavras que formam uma unidade no interior de uma frase” – contidos no enunciado do art. 16 da CRFB, a partir da identificação dos seus “elementos distintivos” e da seleção de possibilidades de substituição observadas as “leis de combinação desses elementos”<sup>1354</sup>.

Para melhor compreensão do teste, retoma-se asserção apresentada no Subcapítulo 3.4.1: a processualidade democrática é um *paradigma* – impõe um contingenciamento às interpretações – orientando o modo de agenciamento de palavras pelo texto constitucional, que corresponde ao *sintagma*. A veredicação exige que se tenha em vista que é o “paradigma que arrola as escolhas possíveis”, estabelecendo “condições sintáticas nas quais as formas podem ou devem normalmente aparecer”<sup>1355</sup>.

Tais possibilidades se dão no *contexto* do Estado Democrático de Direito, sob estrita observância do código intradiscursivo, o que, evocando Carrió, previne que a interpretação se torne um *sem-sentido*. É a passagem da teoria do intérprete para a do interpretante que permite à hermenêutica corresponder à “decodificação do sentido do discurso a partir de um código que se presta à própria definição do discurso e não mais a partir das ‘multissignificações’ de sentidos

<sup>1352</sup> POPPER, **Conhecimento objetivo: uma abordagem evolucionária**, p. 159–160. O autor explica o esquema proposto: “aqui,  $P_1$  é o *problema* do qual partimos, TT (a ‘teoria experimental’) é a solução conjectural imaginativa que alcançamos primeiro, por exemplo, nossa primeira interpretação experimental. EE (‘eliminação de erro’) consiste de um severo exame crítico de nossa conjectura, nossa interpretação experimental: consiste, por exemplo, [...] de uma discussão crítica e avaliação comparativa das teorias concorrentes.  $P_2$  é a situação de problema tal como emerge de nossa primeira tentativa crítica de solucionar nossos problemas. Leva à nossa segunda tentativa (*e assim por diante*). Uma compreensão satisfatória será alcançada se a interpretação, a teoria conjectural, encontrar apoio no fato que esperávamos; ou se achar apoio no fato de explicar muitos subproblemas, alguns dos quais não foram vistos no começo. Assim, podemos dizer que podemos avaliar o progresso que fizemos comparando  $P_1$  com alguns de nossos problemas posteriores ( $P_{11}$ , digamos).”

<sup>1353</sup> BENVENISTE, **Problemas de linguística geral I**, p. 23. Diz o autor que “as unidades da língua dependem, realmente, de dois planos: sintagmático, quando se encaram nas suas relações de sucessão material no seio cadeia falada, paradigmático, quando se propõem em razão de possível substituição, cada uma no seu nível e dentro de sua classe formal”.

<sup>1354</sup> BENVENISTE, **Problemas de linguística geral II**, p. 32–33.

<sup>1355</sup> *Ibid.*, p. 81.

advindos da mente do locador [legislador] e sublocador [juiz] do discurso<sup>1356</sup>. Tem-se, enfim, a possibilidade de *estabilização de sentidos* pela demarcação de um discurso teórico adstrito ao discurso constitucional.

Apresentadas essas considerações introdutórias, isolam-se os seguintes sintagmas no texto do art. 16 da CRFB: [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.] A decodificação dos sentidos, a seguir objetivamente apresentada, considera todas as proposições até aqui formuladas no âmbito da teoria do processo eleitoral democrático conjecturada.

#### 1. [A LEI]

A *lei*, na processualidade democrática, é o ato provimental do devido processo legislativo. Somente se pode considerar *lei* atos que reflitam o exercício de competência normativa. Quando, por outro lado, tem-se ato que resulta de usurpação de competência normativa, inexistente, a inconstitucionalidade do ato é questão prejudicial à aplicação do art. 16 da CRFB.

Essa observação é relevante porque ao se indagar se um ato é ou não atingido pela regra da anualidade, o que se tem implícita é a admissão de que se está diante de *lei*, ato legitimamente normativo. Isso pode, por si, blindar atos ilegítimos – atos que devem primordialmente ceder ante a constatação de que não poderiam arvorar-se no exercício de competência normativa.

Em decorrência, uma vez apontado o exaurimento da competência normativa da Justiça Eleitoral e remetida sua competência regulamentar para o âmbito da competência administrativa, a conclusão necessária é que *atos da Justiça Eleitoral não são acolhidos no paradigma da processualidade democrática como substituições possíveis para o sintagma lei*. O exercício de competência normativa é, por si, inconstitucional. A veredicação de atos que se pretendam normativos ou de instruções que exorbitem a função regulamentar implica no reconhecimento de sua *nulidade*, a par de qualquer outro contingenciamento.

Ainda, a demarcação do sentido de *lei* obsta o esforço de *imprimir caráter normativo a decisões judiciais*. As denominadas *viragens jurisprudenciais* encaminham novas *interpretações da lei*, jamais se equiparando à própria lei. O que se faz necessário quanto a elas é sua testificação (veredicação) pelo interpretante compartilhado (devido processo legal) e, não, a criação de uma instância *excepcional* (norma de exceção) na qual deliberada a atribuição ou

---

<sup>1356</sup> LEAL, **Processo como teoria da lei democrática**, p. 274.

não de eficácia à decisão judicial. As técnicas processuais de suspensão de eficácia se encontram necessariamente previstas em lei. Por isso, é apenas aparente a dimensão garantística pela qual, no RE 637.485/RJ interditou-se a “*aplicação imediata*” de interpretação da lei que foi reputada inovadora<sup>1357</sup>.

Deve-se mencionar que o *sem-sentido* produzido nesse julgamento é evidenciado quando não se consegue remeter a substituição linguística ao enunciado. Como sustentar que *a viragem jurisprudencial que alterar o processo eleitoral entra em vigor na data de sua publicação, não se aplicando às eleições que ocorram a menos de um ano da sua vigência?* Como compatibilizar a regra assim enunciada com a inevitabilidade de que *novas interpretações* sejam apresentadas em face de *leis (em sentido próprio) que entrem em vigor um ano antes da eleição* e que, portanto, serão a esta aplicada?

O exame do julgamento demonstra que nem mesmo se cogitou desse teste de veredicação que redundaria na rejeição da interpretação. Tanto assim que *não se delimitou a ineficácia por um ano a partir da vigência (prolação) da lei (decisão judicial)*, mas promoveu-se uma *adaptação*, para proibir viragens jurisprudenciais *no pleito em curso*. Ao final, operou-se a criação de uma regra absolutamente inovadora, que ignorou o contingenciamento das interpretações possíveis no contexto do Estado Democrático de Direito e agenciou palavras supondo um contexto em que *juízes criam direito* e o tribunal, como autoridade superior, define a conveniência de sua aplicação.

Veja-se como a estrutura linguística viabiliza a refutação de sentidos: quando os STF, ao interpretar o signo *lei* inscrito no art. 16 da CRFB, conclui que esta pode significar *emenda constitucional, resolução* ou *viragem jurisprudencial*, isola o sintagma e propõe substituições. Contudo, a se considerar o eixo paradigmático, essas escolhas não podem ser arbitrárias. Se o paradigma é a processualidade democrática, não se pode considerar lei – ato provimental produzido no devido processo legislativo – a resolução e a decisão judicial. O suposto controle dos efeitos destas oculta a premissa do reconhecimento de competência normativa (criadora do direito) a quem dela não foi investido constitucionalmente.

---

<sup>1357</sup> Não se sustenta, evidentemente, que interpretações da lei possam ser alteradas aleatoriamente, mas que a questão não poderia ser resolvida, como foi, a partir da deformação do enunciado do art. 16 da CRFB. A compreensão democrática do princípio da segurança jurídica e do dever de fundamentação é que devem nortear o controle de legitimidade das decisões judiciais. Que essa via não tenha sido adotada não surpreende, pois implicaria expor os equívocos da hermenêutica dogmática centrada no solipsismo interpretativo. Sobre o tema, cf.: GRESTA, Segurança jurídica: o edifício de ponta-cabeça arquitetado na Exposição de Motivos do projeto do Novo Código de Processo Civil Brasileiro; GRESTA, **Introdução aos fundamentos da processualidade democrática**.



Outro significativo aspecto do sintagma em análise é que *lei* não está qualificada como *lei eleitoral*. Não há restrição de sentido por esse adjetivo, que exigiria, caso existente, estatuir se uma determinada lei é ou não eleitoral *antes* de se examinar se ela produz impacto no processo eleitoral. Nesse caso, é o próprio encadeamento sintagmático que impede a interpretação restritiva do vocábulo *lei* como *lei eleitoral*, pois essa substituição tornaria *sem sentido* as escolhas feitas em sequência, por uma das duas fórmulas: i) *lei eleitoral*, desconsiderando-se a possibilidade de que *leis não eleitorais* possam *alterar o processo eleitoral*; ii) *lei eleitoral que altere o processo eleitoral*, considerando-se que *somente leis eleitorais podem alterar o processo eleitoral mas nem todas o fazem*, o que redundaria em esvaziamento substancial da regra.

O estudo de caso efetuado no Capítulo 2 indica que o STF efetivamente oscila entre essas duas equívocas interpretações, sempre por recurso a variáveis da visão instrumentalista do processo. Desse modo, (i) afastou a incidência do art. 16 da CRFB no caso de criação de novos municípios (ADI 733/MG) e de alteração de regras da eleição indireta para governador (ADI 4298/TO MC) porque, como leis que não eram de competência da União, não poderiam ser *leis eleitorais*; mas também (ii) afastou a incidência de lei tipicamente eleitoral relativa à apuração de votos (ADI 354/DF) porque não teria alterado as regras formais que comporiam o direito processual eleitoral.

Desse modo, a *lei* se refere *apenas* ao ato provimental oriundo do devido processo legislativo, mas *não somente* no âmbito da União e para produção de leis que sejam consideradas eleitorais.

## 2. [QUE ALTERAR]

*Alterar* significa produzir impacto, modificar. A escolha do verbo implica na refutação de juízos valorativos quanto ao teor da alteração. O texto constitucional não disse *prejudicar*, *precarizar*, *ameaçar*, *comprometer*, *restringir* ou *desvirtuar*. Desse modo, não remeteu aos intérpretes opor ressalvas à aplicação da regra da anualidade nos casos em que, por oposição, considerem que a lei nova *beneficia*, *aprimora*, *protege*, *potencializa*, *amplia* ou *eleva* o processo eleitoral. A delimitação do verbo perfaz rigorosamente a recusa à abertura extrassistêmica, pela qual o código heterodiscursivo poderia imiscuir-se no discurso constitucional.

Estabelecido que *qualquer lei*, e não apenas leis eleitorais, estão potencialmente no âmbito de incidência do art. 16 da CRFB, o pronome relativo *que* e o verbo *alterar* introduzem

a oração subordinada adjetiva restritiva que demarca o grupo de leis que terão sua eficácia paralisada caso vigentes a menos de um ano da eleição.

### 3. [O PROCESSO ELEITORAL]

A concepção de *processo eleitoral* construída ao longo da pesquisa já foi enunciada: *processo eleitoral é o espaço discursivo demarcado pelos princípios institutivos do processo e pelo estatuto constitucional dos direitos políticos para atuação da Cidadania na concreção da estatalidade democrática, no qual os legitimados ativos exercem sua competência decisória de formação dos mandatos eletivos, em posição isomênica com o Estado e com os demais componentes da comunidade jurídica.*

Demarca-se aqui o sentido da variável independente que orienta, em retrospecto, a interpretação dos sintagmas até aqui expostos. *A lei que alterar o processo eleitoral* significa qualquer lei que introduza modificação na normatividade processual eleitoral. Trata-se de toda interferência na configuração do espaço de formação dos mandatos eletivos, das prerrogativas dos cidadãos como legitimados ativos e decisores e das funções estatais intervenientes.

O contingenciamento do sentido de *processo eleitoral* por noções instrumentais não encontra respaldo no paradigma da processualidade democrática, pois processo não é o instrumento da autoridade, mas o interpretante compartilhado ao qual se submete a autoridade. O art. 16 da CRFB institui parâmetro de prévia demarcação dos espaços no qual a Cidadania atua e exerce sua competência decisória quanto à formação dos mandatos.

Deve-se destacar a *perenidade* do *processo eleitoral*, cuja conformação é normativa e espraia conteúdos coinstitucionalizantes e coinstitucionalizados, de reafirmação diuturna da igualdade institucional entre Cidadania e Estado, do nivelamento dos componentes da comunidade jurídica e da prerrogativa de autoinclusão dos cidadãos em direitos fundamentais *pelo e no* exercício de seus direitos políticos.

### 4. [ENTRARÁ EM VIGOR NA DATA DE SUA PUBLICAÇÃO,]

O sintagma reforça a adstrição do sentido do vocábulo *lei*, uma vez que *vigor* e *publicação* são termos que o paradigma remete ao devido processo legislativo.

### 5. [NÃO SE APLICANDO À ELEIÇÃO]

Como decorre do código intradiscursivo e dos aportes da teoria neoinstitucionalista do processo, a *eleição* não é uma data designada para a votação, mas o procedimento eleitoral –

estrutura procedimental decisória – no qual formados os mandatos eletivos e que tem seu encerramento por meio do ato provimental de formação dos mandatos.

O sintagma *não aplicação à eleição* reflete a alteração do agenciamento de palavras efetivado pela EC 4/1993: do estabelecimento de lapso para a entrada em vigor (*vacatio legis*) para a *ineficácia* da lei *relativamente* a um determinado procedimento eleitoral.

A guinada é significativa. Antes da alteração, constatado que uma lei alterasse o processo eleitoral, não poderia ela entrar em vigor. A partir do momento em que se estabelece a ineficácia relativa da lei, admite sua entrada em vigor (claramente posta no sintagma anterior) e permite-se sua produção de efeitos, à *exceção* daqueles que seriam produzidos no procedimento eleitoral específico. Tem-se uma opção (incambiável) de adstrição da estabilidade normativa ao âmbito do procedimento eleitoral, mais consentânea com o parâmetro de seleção das normas visadas pelo art. 16 da CRFB (aquelas que alteram o processo eleitoral).

Um exemplo permite ilustrar a distinção. Quando julgada a ADI 733/MG, vigia a redação anterior da regra da anualidade eleitoral, que impunha a *vacatio legis* das leis que alterassem o processo eleitoral. Já quando julgada a ADI 4298/TO MC, a nova redação estabelecia a ineficácia relativa.

Como assinalado, em ambos os casos a incidência da regra da anualidade foi afastada, equivocadamente, ao argumento de que não se tratavam de leis eleitorais. A correta inserção paradigmática do primeiro sintagma (*a lei*) faz concluir que leis estaduais nele estão abrangidas. A mesma operação com o segundo e o terceiro sintagmas (*que alterar / o processo eleitoral*) confirma que em ambos os casos a regra da anualidade incidia, pois a criação de novos municípios e as regras da eleição indireta alteram a configuração do espaço de formação dos mandatos eletivos, das prerrogativas dos cidadãos como legitimados ativos e decisores (no primeiro caso) e das funções estatais intervenientes.

Diante disso, as leis de criação de municípios (tema da ADI 733/MG) somente poderiam *entrar em vigor* um ano após a sua publicação. Sequer se poderia considerar *criados* os municípios – premissa ignorada pela Lei 8.214/91, que autorizava a realização de eleições municipais, em outubro de 1992, nos municípios que *criados* até 01/05/1992. Desse modo, a estabilização da normatividade processual eleitoral gerava impactos sobre a decisão política de criação de municípios e sobre sua organização administrativa. Embora os debates no STF não tenham chegado à elaboração desse raciocínio, trata-se de um fator tangenciado, ainda que inadequadamente: porque a criação de municípios não era *resultante* do processo eleitoral, não parecia aos Ministros que a regra da anualidade eleitoral pudesse obstar a vigência da lei estadual.

Estranhamento semelhante não encontra sequer justificativa no caso da lei estadual que alterou as regras das eleições indiretas (ADI 4298/TO MC), pois a essa altura a aplicação do art. 16 da CRFB estabelecia medida mais constricta, de declaração de ineficácia relativa ao procedimento eleitoral específico. A delimitação eliminou implicações colaterais da estabilização normativa do processo eleitoral, favorecendo uma hermenêutica adequada da regra da anualidade que, todavia, seguiu sem ter sua incidência reconhecida.

6. [QUE OCORRA ATÉ UM ANO DA DATA DE SUA VIGÊNCIA]

Estabelecida a exigência de preservação dos espaços de atuação da Cidadania no processo eleitoral, a *ocorrência da eleição* significa o *válido encerramento da estrutura procedimental decisória, com a concretização do ato provimental de competência do eleitorado*.

Se se cogita de *encerramento*, é porque se trata de estrutura com *duração temporal*. Esse aspecto é fundamental para a adequada hermenêutica do art. 16 da CRFB, tantas vezes obstada pelas premissas equívocas que pretendem fixar duração *para o processo eleitoral* ou, na impossibilidade de fazê-lo, reduzem-no a cláusula aberta por onde fluem noções idealizadas de soberania, democracia, cidadania e moralidade. Os procedimentos eleitorais se estruturam no espaço perene do *processo eleitoral*, mas têm duração corresponde à demandada pela estrutura decisória que culmina na formação de mandatos *específicos*. Essa duração, porém, não é inteiramente previsível.

A princípio, em decorrência do voto periódico, a concretização do ato provimental tem data para ocorrer: o primeiro domingo de outubro do ano anterior ao término dos mandatos eletivos anteriormente formados. Contudo, essa data de encerramento do procedimento eleitoral é apenas *estimada*. Se a formação dos mandatos é o conteúdo do ato provimental, não se pode considerar como *ocorrido* (concluído) o procedimento eleitoral sem que a competência decisória tenha sido exercida validamente. Por isso, qualquer outro ato destinado a formar os novos mandatos – mediante convocação de *novas eleições* ou realização de *eleições indiretas* – agendado em data extraordinária *corresponde àquele ato provimental ainda não concretizado validamente*.

Deve-se fazer claro esse ponto. A eleição é procedimento, possui duração temporal, não se reduzindo ao ato da votação – porém a validade deste é que *demarca o encerramento decisório daquela*. Por isso, o julgamento de ação eleitoral que *desconstitua* a decisão eleitoral devolve o módulo procedimental ao estágio de não-encerramento. A designação de nova data para a votação invalidada, com repetição de atos desde o registro de candidatura, não significa

uma *nova eleição*, no sentido de *instauração de novo procedimento eleitoral*, mas *suplementação de atos de procedimento eleitoral não concluído*.

A decisão judicial que designa uma nova data para a realização (repetição) da votação invalidada não *cria* eleição. Esta é instituto coconstitucionalizado a partir da periodicidade do voto, que, conforme explanado na Subseção 1.2.3.6, estabelece a convocação do eleitorado para exercício de sua competência decisória, o que somente se conclui com a ultimação de sua finalidade: formar mandatos.

Disso decorre a impossibilidade de fragmentação do procedimento eleitoral pela assunção de que a data de uma eleição extraordinária é um novo parâmetro para a contagem retrospectiva até a vigência da lei. Não se concebe, no paradigma da processualidade democrática, a convocação de eleições regulares, periódicas, que sejam reputadas encerradas sem a concretização válida do ato provimental. Não se concebe, tampouco, que o acaso da designação da nova data de votação permita que sejam aplicadas leis que não puderam sê-lo por ocasião da data constitucionalmente prevista para a formação daqueles específicos mandatos.

Por conseguinte, a regra da anualidade eleitoral traduz-se na fixação de um *termo inicial* para a ineficácia relativa de novas leis que alterem o processo eleitoral. Ele é assinalado um ano antes da *data constitucionalmente designada para encerramento de um procedimento eleitoral específico*. Todavia – e isso é aporte somente possível com base nas conjecturas apresentadas – a regra da anualidade eleitoral não fixa aquela data como *termo final* da ineficácia relativa. Esta perdura *condicionalmente* – até que aqueles específicos mandatos sejam validamente formados.

Tem-se, portanto, que à *temporalidade* da estabilização normativa do art. 16 da CRFB: i) determina que somente leis vigentes ao menos um ano antes da data *prevista* para o encerramento do procedimento eleitoral serão a ele aplicáveis; ii) perdurará enquanto não encerrado o procedimento referido, mesmo que nova data seja designada para repetir votação invalidada, por eleição direta ou indireta); iii) é determinada em relação a cada procedimento eleitoral, de modo que é possível, por exemplo, que a lei vigente se aplique às eleições municipais mas não se aplique às eleições gerais ainda não encerradas validamente (exatamente o que não foi observado pelo TSE no RO 2246-61.2014.6.04.0000, quando aplicou redação do art. 224 do CE, dada por lei de 2015, ao procedimento eleitoral de 2014).

Ao se abordar a repetição de atos do procedimento eleitoral, tem-se ensejo para adensar a compreensão de sua temporalidade, pelo cotejo com a noção prevalecente de processo eleitoral como recorte temporal iniciado na data limite para fixação do domicílio e filiação

partidária e encerrado na diplomação. Necessariamente, o proveito da construção considera indagar se tal recorte definiria o *procedimento eleitoral*, já que descartada delimitação temporal do *processo eleitoral*.

Primeiro, coloca-se em questão o seu término. Estabeleceu-se que o encerramento da estrutura procedimental decisória ocorre com o ato provimental válido de formação dos mandatos. A superveniência de atos seguintes à votação, a cargo da Justiça Eleitoral, deve ser compreendida considerando-se a particularidade do processo eleitoral, como matriz processual na qual a decisão não é concretizada por ato estatal. A apuração, a proclamação de eleitos e a diplomação não são atos performativos (suirreferenciados). São atos heterorreferenciados, que pressupõem a existência da decisão eleitoral pela qual se formam os mandatos. Assim como a sentença (ou acórdão) é o ato provimental que *encerra a estrutura procedimental decisória* respectiva<sup>1358</sup>, ainda que sejam praticados outros atos, como a publicação, certificação de trânsito em julgado e arquivamento, a decisão eleitoral subsiste como ato provimental de encerramento decisório, ainda que outros atos administrativos lhe sigam, inclusive com a abertura da oportunidade para propositura de ações impugnativas (Representação por captação ou gasto ilícito de recursos, RCED e AIME, nos 15 dias seguintes à diplomação).

Quanto ao início do procedimento eleitoral, também se refuta a remissão ao preenchimento das condições de elegibilidade antecipadas (filiação partidária e fixação de domicílio). Confunde-se, no recorte temporal formatado pela jurisprudência do STF, o prazo de adimplemento dos requisitos da candidatura com a instauração do procedimento.

Para dissipar a confusão de datas, deve-se distinguir, no enunciado do art. 16 da CRFB, a existência de dois parâmetros *distintos e sucessivos*: i) o *processo eleitoral* é o parâmetro a partir do qual se define as leis a serem apanhadas pela regra da anualidade: serão todas aquelas que o alterarem; ii) o *procedimento eleitoral* é o parâmetro a partir do qual se define quais leis são atingidas pela *ineficácia relativa*: serão aquelas, dentre as identificadas em (i), vigentes a menos de um ano da data prevista para a formação válida da decisão eleitoral respectiva. Vê-se que (i) não há qualquer exigência de demarcação temporal para definir que uma lei altera o processo eleitoral; (ii) o *início* do procedimento eleitoral, embora possa ser demarcado, não é relevante para estabelecer se uma lei lhe será ou não aplicada, uma vez que é seu *término* que parametriza a contagem retrospectiva prevista na regra da anualidade.

---

<sup>1358</sup> “[...] sentença é o pronunciamento por meio do qual o juiz, com fundamento nos arts. 485 e 487, põe fim à fase cognitiva do procedimento comum, bem como extingue a execução.” (BRASIL, **Código de Processo Civil (2015)**, art. 203, §1º.).

Assim, fixar o início do procedimento eleitoral não tem qualquer impacto na hermenêutica da regra da anualidade. Não é pelo encurtamento ou alargamento da estrutura procedimental – quer modificação do calendário eleitoral, quer pela fixação jurisprudencial de que um determinado ato desse calendário ato tem ou não viés *processual* – que se pode suprimir alterações legislativas da incidência da regra da anualidade. Afinal, linhas acima já se estabeleceu que *a lei que altera o processo eleitoral* é a que interfere na configuração do espaço de formação dos mandatos eletivos, das prerrogativas dos cidadãos como legitimados ativos e decisores e das funções estatais intervenientes.

Desse modo, pode-se apresentar uma delimitação técnica do procedimento eleitoral sem risco de que isso implique em sugerir interpretação restritiva do art. 16 da CRFB: o *procedimento eleitoral*, como estrutura procedimental decisória encerrada pelo ato provimental de formação dos mandatos, tem início nas convenções partidárias, por serem estas o primeiro ato *objetivamente* situado no contexto de formação de mandatos *específicos*. O procedimento tem sequência com o registro de candidatura, com a arrecadação de recursos, a realização da campanha eleitoral e culmina, como já indicado, na votação.

Desconsidera-se, assim, na definição da estrutura procedimental, aspectos subjetivos de atos que, objetivamente, não remetem a uma eleição específica. Diz-se aqui das motivações, reveladas ou não, para que cidadãos alterem seu domicílio, filiem-se a partido ou realizem qualquer ato que só ganhará significado no *específico* procedimento eleitoral em momento posterior. Repita-se, porém, que essa delimitação não produz qualquer impacto redutor na concepção de *processo eleitoral* ou no alcance da regra da anualidade. A definição do início do procedimento eleitoral somente é relevante para equacionar aspectos procedimentais – por exemplo, quais atos se sujeitam a repetição em caso de invalidação das eleições.

#### 7. Estabilização do sentido da regra da anualidade

Concluída a decodificação, torna-se possível enunciar a seguinte interpretação da regra da anualidade eleitoral: [Qualquer ato provimental oriundo do devido processo legislativo] [que produz impacto sobre] [a configuração do espaço de formação dos mandatos eletivos, as prerrogativas dos cidadãos como legitimados ativos e decisores e as funções estatais intervenientes] [entrará em vigor na data de sua publicação,] [mas será ineficaz relativamente ao procedimento eleitoral] [cujo encerramento decisório esteja previsto para ocorrer dentro de um ano da data de vigência da lei, subsistindo a ineficácia até a concretização de ato provimental válido do qual decorra a formação daqueles específicos mandatos].

### 3.5 Conclusões parciais do capítulo

Detectado como a ausência de demarcação do *processo eleitoral* a partir de uma teoria processual democrática obsta a concretização de sua pretensão epistemológica e normativa, o Capítulo 3 foi destinado a sustentar a terceira premissa da pesquisa, segundo a qual *a teoria neoinstitucionalista do processo é capaz de fornecer uma resposta consistente a esse problema*. Concomitantemente, pavimentou-se a enunciação da concepção de *processo eleitoral* que adequada a uma compreensão da formação dos mandatos a partir da perspectiva da Cidadania.

Em observância ao marco epistemológico do racionalismo crítico, foi necessário testar a teoria neoinstitucionalista do processo frente às teorias concorrentes, a fim de avaliar se seria ela apta a fornecer respostas onde as demais falharam. Explicitou-se, então, que tal teste somente poderia ser conduzido assumindo-se a processualidade democrática como paradigma, isto é, eixo estrutural de prévia seleção das *combinações possíveis* para enunciação de sentidos normativos.

Foi então exposta a insuficiência das teorias do processo de fundo instrumental, que não se desagarram de pensar o processo *a partir* da perspectiva da autoridade estatal, para ofertar uma concepção de *processo eleitoral* em observância a esse paradigma. Mas isso não bastava. Para encontrar êxito em sua pretensão de originalidade, a presente pesquisa necessitava avaliar se a teoria neoinstitucionalista do processo poderia oferecer respostas onde as outras falharam. Ou seja, era preciso que essa teoria permitisse compreender o processo eleitoral como *quarta matriz processual elencada na Constituição, ao lado do processo administrativo, do judicial e do legislativo, guardando em relação a estes a nota distintiva de ser a única cuja decisão final – o ato performativo – não seja um ato estatal, mas um ato da Cidadania*.

A guinada propiciada pela teoria neoinstitucionalista do processo, que lhe confere aderência ao contexto do Estado Democrático de Direito, é o reconhecimento da Cidadania como instituição que se encontra em igualdade discursiva com o Estado, e não subjugada a este. A *isomenia* é o conceito-chave que permite a demarcação do espaço processual para exercício da *interrenunciatividade* (com sua premissa do *direito igual de interpretação* a ser exercido pela crítica e pela eliminação de erros).

Tem-se então uma Cidadania autoincludente, coinstitucionalizada pelos direitos fundamentais, dentre os quais os direitos políticos – não mais *status* fruto de concessão estatal – que tem no processo o *locus* (interpretante compartilhado) para a criação, interpretação e aplicação dos conteúdos legais.

Sob essa perspectiva, o direito ao sufrágio, como componente do código intradiscursivo



decodificador do *processo eleitoral*, perfaz a cláusula de legitimidade ativa e passa, com isso, a conformar toda a racionalidade procedimental da formação de mandatos eletivos. Teve-se, com isso, possibilidade de enfrentamento do problema do *disenfranchisement*, com desvelamento dos estratagemas linguísticos que têm, historicamente, frustrado a superação da cidadania estatalizada. Com a teoria neoinstitucionalista do processo, pode-se alavancar uma nova perspectiva: os cidadãos, sujeitos naturais que concretizam a posição processual dos sujeitos de direito, atuam no processo eleitoral como parte e como decisores, o que acentua as exigências de preservação dos espaços e exercício da competência constitucional decisória.

Tais exigências são dirigidas ao Estado, para estruturação e desempenho de suas competências constitucionais, bem como reciprocamente entre os cidadãos, que devem estar nivelados entre si como componentes da comunidade jurídica. Em um recorte para abordagem do tema, o exame das funções da Justiça Eleitoral demonstrou como o código intradiscursivo enunciado no Capítulo 1 possibilita promover a veredicação dos sentidos normativos das competências definidas no Código Eleitoral.

Supera-se, com isso, as compreensões hermética (porque não aberta a arguição) e sincrética (porque propositalmente indiferenciada) das funções da Justiça Eleitoral, que têm por consequências a imprevisibilidade da atuação de seus órgãos e o embaraço do controle de legitimidade dos atos. Ao tempo em que tal desenho favorece uma compreensão instrumentalista de processo eleitoral, colide com a ideia de que Cidadania e Estado encontram-se em posição isomênica no processo de formação de mandatos eletivos.

A partir do momento em que se tem a compreensão do significado dessa posição isomênica, tem-se ensejo para conceber o processo eleitoral *a partir* da perspectiva da Cidadania: *processo eleitoral é o espaço discursivo demarcado pelos princípios institutivos do processo e pelo estatuto constitucional dos direitos políticos para atuação da Cidadania na concreção da estatalidade democrática, no qual os legitimados ativos exercem sua competência decisória de formação dos mandatos eletivos, em posição isomênica com o Estado e com os demais componentes da comunidade jurídica.*

Toda a atuação dos órgãos estatais precisa, portanto, ser dimensionada a partir da ideia de preservação dos espaços de atuação dos cidadãos. Procedimentos de habilitação ao procedimento eleitoral (alistamento eleitoral e registro de candidatura) devem observar os limites das exigências de um *agir* do sujeito natural destinado a assumir sua prerrogativa de exercício do direito ao sufrágio (ativo e passivo). Ainda assim, a legitimidade dos procedimentos concretamente estruturados no âmbito do controle-garantia é permanentemente sindicável quanto ao efetivo cumprimento da normatividade constitucional.

Aprofundando-se a abordagem do caráter performativo da decisão eleitoral, foi possível, ante os aportes da teoria neoinstitucionalista do processo, compreender aquela como ato provimental de encerramento decisório do procedimento discursivo eleitoral. Argumentou-se que, sob influxo da isomenia, a atuação dos agentes estatais – incumbidos de atos provimentais apenas circundantes da decisão eleitoral – deve ser des-subjetivada e sindicável pelos cidadãos e não pode, ademais, interferir no exercício legítimo da competência decisória do eleitorado, ainda que sob pretexto de aprimoramento moral do procedimento ou de seu resultado.

É importante enfatizar que, ao longo da pesquisa, o que se pretende é fornecer a demarcação teórica do processo eleitoral. Inquestionável que, a partir dessa demarcação, segue o desafio de estruturação de procedimentos (racionalização) e de desempenho da atividade hermenêutica (veredicação). Mas tem-se delineada na preservação dos espaços de atuação do cidadão como legitimado-decisor a premissa de avaliação da legitimidade dos atos estatais (legislativos, administrativos e judiciais) que atuam no e sobre o processo eleitoral. Não podem eles ser praticados como estratégia de legitimação justificada na procedimentalidade ou na instrumentalidade das eleições, o que somente pode ser coibido, dado o grau de naturalização dessas práticas, pela testificação crítica das proposições que as embasam.

Nesse esforço é que se apresentou, ao final da pesquisa, proposta de decodificação da regra da anualidade com base no código intradiscursivo do *processo eleitoral*, efetuada no cruzamento dos eixos sintagmático e paradigmático. Foi o sentido de *processo eleitoral* teoricamente demarcado que orientou, como variável independente, a adequada hermenêutica já inscrita no texto do art. 16 da CRFB. É abordagem que, com rigor metodológico, revisita o tema trazido no Capítulo 2, quando se levantou as aporias da jurisprudência do enfrentamento da questão. Assim, tem-se ensejo para ilustrar a contribuição de uma teoria do processo eleitoral democrático para o esclarecimento dos conteúdos científicos e aprimoramento dos conteúdos técnicos.

## 4 CONCLUSÃO

A presente pesquisa se propôs a apresentar fundamentos para uma teoria do processo eleitoral democrático, assumindo posições epistemológica (epistemologia quadripartite) e metodológica (método de conjecturas e refutação) assentadas no racionalismo crítico, o que se traduz em exigências para o desenvolvimento da argumentação. Longe de se buscar a simples verificação de crenças com apoio em concepções dogmáticas aceitas pacificamente – porque não problematizadas quanto a seus fundamentos teórico-jurídicos –, é preciso expor cada construção argumentativa a testes de falibilidade, como única via de estabelecer *preferências* por proposições que se mostrem provisoriamente *melhores*.

Em decorrência, até o ponto em que se pôde chegar a enunciar uma *tese* central, diversas proposições foram formuladas, procurando-se fazê-lo com a menor opacidade possível. Deve-se registrar que, no percurso da pesquisa, algumas dessas proposições foram reelaboradas à medida que os testes conduzidos revelavam aporias antes não imaginadas. Também, a retrocarga do *mundo 3* sobre o *mundo 2* fez com que inúmeras indagações antes não pensadas surgissem e permitissem a condução de novos testes. Nenhuma pretensão há de que se tenha, com isso, estabelecido verdades. Apenas se considera haver conteúdo de verossimilhança suficiente para que a pesquisa possibilite o crescimento da ciência, ficando a *tese* a aguardar críticas que fomentem a densificação dos conteúdos da teoria do processo eleitoral democrático.

Sob essa perspectiva é que, a *conclusão* apresentada se refere a um estágio de investigação que fornece um patamar para que novas questões sejam suscitadas, o que poderá ser feito de um ponto no qual já delineada uma nova perspectiva de abordagem do tema *processo eleitoral*.

A própria enunciação de um problema pode ser considerada um aporte científico, já que exige compreender que *há* uma teoria processual a comandar a racionalização do *processo eleitoral* na literatura e na jurisprudência. Trata-se de fustigar a naturalização da teoria do processo como relação jurídica, apontando que se trata de uma escolha entre teorias possíveis, havendo-se de indagar, então, quais as razões para essa escolha e se estas são legítimas.

Ademais, para se delimitar o problema, é preciso avançar para compreender que essa teoria, assentada na ideia de que o processo é instrumento da autoridade estatal: i) encontra-se superada pelo paradigma da processualidade democrática; ii) não se mostra adequada para abordar qualquer das matrizes pelas quais se produzem decisões públicas; iii) interdita a abordagem da matriz processual em que a nuclear decisão pública é produzida pelo exercício de competência decisória atribuída aos cidadãos, e não a uma das funções estatais. Agita-se,

com isso, a apascentada impressão de que é inevitável conviver com a ambiguidade da expressão *processo eleitoral*, admitindo-se que ele possa significar várias coisas e, segundo as abordagens mais extremas do instrumentalismo, funcionar como conceito modulável para o atendimento de finalidades operativas da moralização da política e de elevação virtuosa da cidadania.

Inaugura-se, com a presente pesquisa, a possibilidade de que outro caminho científico seja tomado, no qual se assuma como premissa que o *processo eleitoral* encerra sentidos próprios no contexto da CRFB a serem estabilizados no plano do discurso teórico-constitucional (pretensão epistemológica) e que esses sentidos fornecem orientação unívoca para a criação, aplicação, execução e interpretação de leis que impactem sobre a formação de mandatos eletivos (pretensão normativa).

Eis então a primeira premissa que embasa a tese: *a utilização da expressão “processo eleitoral” no texto constitucional não é vã ou acidental, encerrando pretensão epistemológica e normativa*. Seu desenvolvimento ocorreu no Capítulo 1 e assinala a efetiva observância da teoria e da crítica como bases morfológicas que precedem a ciência e a técnica, já que se *parte* do discurso constitucional como fonte de conjecturas (proposições teóricas) a respeito dos sentidos que dele possam ser extraídos. Demarcou-se, nesse ponto, que: i) a linguagem normativa possui limites internos e externos, cuja inobservância transforma interpretações em *sem sentido*; ii) a *veredicação* é o teste argumentativo pelo qual se pode avaliar se determinada interpretação constitui uma reescrita legítima do discurso que quis interpretar.

Quanto aos limites da linguagem normativa (i), observou-se que a utilização do vocábulo *processo* em *processo eleitoral* pela CRFB não discrepa do uso feito em outras situações nas quais quis se referir à produção de decisões públicas e tampouco induz desconexão com o *devido processo legal*. É por um desvio ideológico, nem sempre percebido, que se chega à noção equívoca de que não pode haver processo onde não há ato estatal (autoridade) a exigir instrumental (*in-true-mental*, segundo Rosemiro Pereira Leal) para ser *performado*. Uma releitura da noção de atos performativos, contudo, permite identificar que a decisão eleitoral tem a principal característica daquele: é *suirreferenciada*, criando por si a realidade a partir da manifestação (enunciação) do órgão competente (no caso, o eleitorado).

A questão que se coloca é precisamente a de como assegurar o espaço necessário para a exercício dessa competência. Nesse passo, o devido processo legal, como limite interno da expressão *processo eleitoral*, somente é compreensível em face de uma teoria processual democrática, que permita gerar instituições, estruturas e procedimentos concretizadores da participação política dos cidadãos e da fiscalidade (controle) do poder estatal. Ante os limites

externos da linguagem, somente se faz pertinente falar em *processo eleitoral* se assumida uma normatividade vincada pelo *devido processo legal* em suas acepções *coinstitucionalizada* (conquista teórica da Cidadania e, não, como conquista histórica e contingenciável por variantes ideológicas) e *coinstitucionalizante* (interpretante jurídico compartilhado, pelo qual se produzem e se estabilizam os sentidos do discurso constitucional que comandam as decisões públicas).

Delimitado o uso linguístico do *processo eleitoral*, pode-se ampliar o espectro da análise contextual da CRFB, a fim de estabelecer o parâmetro para o teste de veredicação (ii) das interpretações extraídas daquela expressão. Tratou-se aqui de identificar o *código intradiscursivo* pelo qual deve ser decodificado o sintagma *processo eleitoral*, partindo-se da premissa de que sua *inserção sistêmica* exige conectá-lo aos demais componentes do vigente estatuto constitucional dos direitos políticos.

A tarefa exigiu detido esforço, por ser essencial para que se pudesse iniciar a depuração da normatividade eleitoral pela exposição e crítica da interferência exossistêmica do *código heterodiscursivo* (teorias ideologizadas) sobre a ciência e a técnica eleitorais. Avaliou-se o modo (agenciamento de palavras: sintagma) pelo qual os direitos políticos são enunciados na CRFB e quais são os sentidos possíveis de lhe serem atribuídos com aderência ao devido processo coinstitucionalizante (processualidade democrática: paradigma). As seguintes proposições foram formuladas sobre os componentes do *código intradiscursivo do processo eleitoral democrático*:

1. O *sufrágio (ativo e passivo)* é elemento de delimitação do corpo político, cujo eixo normativo é introduzido pelo *princípio* democrático, que passa pela *premissa* da participação política e alcança a enunciação dos *pressupostos* inferidos (requisitos constitucionais para atuação como eleitor e como candidato);
2. Os pressupostos do direito ao sufrágio concretizam o exercício do *controle-fundante* pela CRFB, a significar que o conteúdo da prerrogativa de participação no processo eleitoral resulta de uma dinâmica de *autolimitação* (tensão entre requisitos que reduzem a abrangência e garantias que pressionam contra o avanço dessa redução), instituída no discurso constitucional;
3. O devido processo legal coinstitucionalizante comanda a estruturação de procedimentos (estruturas) adotados para a produção de decisões públicas, dentre os quais eleições, plebiscito, referendo e iniciativa popular se apresentam como procedimentos coinstitucionalizados para exercício do controle-fundante

pelos cidadãos (titulares de direitos políticos), produzindo decisões sobre o vir-a-ser (juridificado) da comunidade política.

4. *Plebiscito, referendo e iniciativa popular* são *procedimentos legislativos*, eis que, ainda que sejam integrados pela participação dos cidadãos, deles resultam decisões concretizadas pela função legislativa;
5. As *eleições* constituem o *procedimento eleitoral* do qual resulta a produção da decisão eleitoral, a saber, a formação de mandatos, por exercício da competência decisória dos cidadãos;
6. O *voto* configura a decisão eleitoral como ato performado por um órgão colegiado, dizendo respeito ao modo de exercício de sua competência (*direto, secreto, igual, obrigatório/facultativo e periódico*);
7. O *voto direto* informa que o *eleitorado*, integrado em igual nível (corpo eleitoral único, não hierarquizado) por todos os cidadãos que atendam aos pressupostos do sufrágio ativo, é o órgão colegiado constitucionalmente investido de competência decisória para a produção da decisão eleitoral;
8. O *voto secreto* se conecta a uma ideia de *autenticidade eleitoral* como neutralização de fatores anômalos no momento em que o voto é performado, pois permite retenção, descarte e escalonamento voluntários dos argumentos aventados na campanha eleitoral, fase deliberativa (característica que distingue os procedimentos coletivos *colegiados* dos *redundantes*) do procedimento eleitoral;
9. O *voto igual* significa a atribuição de mesmo peso decisório (igualdade *no cômputo* do voto, que é distinta da igualdade *no êxito* do voto) à manifestação de cada membro do eleitorado (inexistência de *voto de qualidade* ou qualquer outro critério de *voto desigual, privilegiado*), o que torna problemática a intensidade da distorção promovida na representação proporcional pelo piso de 8 e teto de 70 Deputados Federais por Estado;
10. O *voto obrigatório* institui um *munus* de atuação como membro do órgão colegiado eleitoral, o qual é adequadamente desempenhado pelo comparecimento ao voto, ainda que para atribuição de *voto estéril*, pois inexistente fundamento para depreciar o *voto nulo* como manifestação apolítica;
11. O *voto obrigatório*, por outro lado, não recebeu da CRFB faceta penalizadora, devendo preponderar, em sua interpretação, uma dimensão garantística que

- impõe ao Estado exercer suas atribuições legislativas, administrativas e judiciais de modo a criar condições para o exercício desembaraçado do voto;
12. O *voto facultativo* caracteriza a dispensa de *munus público*, mas revela a aptidão expansionista da colegialidade projetada para o processo eleitoral pela CRFB, o que pauta atuação estatal pelo *paradigma da inclusividade*, com vistas a remover óbices jurídicos e factuais ao legítimo exercício do voto;
  13. O *voto periódico* traduz o compromisso diacrônico da CRFB junto ao órgão colegiado eleitoral de que voltará a atuar para formar novos mandatos válidos, o que configura a *normalidade eleitoral democrática* a partir de uma tríplice garantia: para os eleitos, resguarda o mandato contra reduções indevidas; para os não eleitos, assegura a renovação da oportunidade de concorrerem aos cargos; para o eleitorado, reafirma que a legitimidade dos mandatos somente subsiste nos termos estritos, inclusive temporais, da decisão eleitoral;
  14. O *término normal dos mandatos*, especialmente dos governantes, é fator no qual se apoia fortemente a noção de estabilidade democrática dos regimes presidencialistas, identificando-se, na CRFB, a especial rigidez da periodicidade do voto, uma vez resguardada esta contra emendas constitucionais que tendam a aboli-la, o que permite suscitar a inconstitucionalidade de propostas legislativas de criação de *recall* e de manejo do *impeachment* como sucedâneo deste;
  15. A referência ao *voto universal* é uma impropriedade terminológica, pois *universal* é o termo pelo qual se coinstitucionaliza a amplitude da comunidade jurídica a que corresponde a Cidadania e, não, qualificativo do exercício da competência decisória do órgão colegiado eleitoral;
  16. Os *partidos políticos* são organizações políticas não estatais, que ante a previsão da filiação partidária como condição de elegibilidade e a regulamentação legal da exclusividade das candidaturas partidárias, delimitam constitucionalmente o direito ao sufrágio, o que não pode ser interpretado como atribuição de *centralidade* no processo eleitoral já que não significa atribuição de competência decisória, de modo a afirmar-se que sua atuação no processo eleitoral ocorre em caráter *ad coadjuvandum* em relação aos cidadãos;
  17. A *Justiça Eleitoral* é órgão estatal destinado ao *controle-garantia* do processo eleitoral, pelas atividades de *racionalização* e *veredicação* da decisão eleitoral (*patamar de legitimidade duplicada*) e de seu procedimento, com estrita

observância da preservação dos espaços de atuação legítima dos cidadãos na condição de participantes e decisores;

18. A delimitação das *funções da Justiça Eleitoral* como esferas de competência coinstitucionalizadas é questão sensível para demarcar a atuação legítima da estatalidade no *processo eleitoral* e expor dinâmicas de *blindagem (imunização recíproca e autoimunização)* de atos estatais (legislativos, administrativos e judiciais) ilegítimos;
19. A *anualidade eleitoral* é regra de estabilização da normatividade aplicável a um determinado procedimento eleitoral (formação de mandatos eletivos especificados), cuja hermenêutica deve ser balizada por uma concepção crítico-teórica de *processo eleitoral* (acesso ao código intradiscursivo fornecido pelo estatuto constitucional dos direitos políticos), e não princípio dotado de abertura semântica que permita conjecturar critérios teleológicos para estabelecer se a lei *deve ou não* ter sua aplicação afastada, para daí moldar uma concepção ideológica de *processo eleitoral* (acesso a códigos heterodiscursivos);
20. A temporalidade da estabilização normativa propiciada pela *regra da anualidade eleitoral* se sujeita a termo com *data incerta*, de modo que se inicia um ano antes da data estimada para a prática do ato performativo (votação ordinária) e subsiste não apenas até esta data, mas, sim, até que se tenha decisão eleitoral válida (concretizadora da formação dos mandatos eletivos especificados), o que caracteriza como ruptura da racionalidade procedimental a aplicação de regras novas aos procedimentos suplementares que se destinem a repetir a votação invalidada, ocorram estes sob a forma de eleições direitas ou indiretas.

Apresentados os componentes do código intradiscursivo formado pelo estatuto constitucional dos direitos políticos, pode-se descender (no eixo quadripartite das bases morfológicas do conhecimento) ao nível da ciência e da técnica. No Capítulo 2, literatura e jurisprudência foram cotejadas com o arcabouço teórico ofertado no Capítulo 1, a fim de testar a segunda premissa da pesquisa, segundo a qual *a pretensão epistemológica e normativa da expressão “processo eleitoral” não vem sendo adequadamente abordada pela literatura e pelas decisões dos tribunais, o que é problemático de um ponto de vista democrático.*

Foi ocasião para investigar o lugar do Direito Político como objeto da ciência jurídica. Tomado o percurso da disciplina na Espanha, assinalou-se o impacto do pensamento schmittiano na diluição da possibilidade da aproximação crítico-teórica ao tema *Estado*, o que



ensejou, na década de 1940, a redução do Direito Político à produção de teorias ideologizadas que justificassem a Ditadura de Franco. A Constituição, como fruto dos fatores reais de poder, não parecia vocacionada a se impor normativamente a estes. Preponderavam análises sociológicas nesse período que, não por acaso, coincide com a ascensão da teoria institucionalista na Ciência Política.

Coube a Pablo Lucas Verdú a reconstrução da disciplina, pela reivindicação da relevância do Direito Constitucional para adequada interpretação das normas constitucionais, que vinham vitimizadas por uma relativização excessiva. Ainda que sua proposta tenha caráter eclético – já que aberta a extrair da realidade os elementos delimitadores de conceitos como Constituição e democracia – não se pode desconsiderar que Verdú instalou no Direito Político debates em torno de pressupostos democráticos que somente viriam a ser constitucionalmente previstos em 1978, quando superado o contexto ditatorial. E, nesse momento, quando migra para o Direito Constitucional, já estava assentada a centralidade dos direitos políticos para a concreção de um Estado Democrático de Direito.

Como se demonstrou, o Brasil observou percurso diverso desde o advento da CRFB: o Direito Constitucional centrou sua pretensão emancipatória no estudo dos direitos civis e nos direitos sociais. O estudo das normas políticas, a dinâmica de sua aplicação e a hermenêutica dos direitos políticos ficaram no âmbito do Direito Eleitoral. Instaurou-se uma fragmentação no Direito Político que dificulta superar o apelo do pensamento tecnológico como via de solução para o problema da regência normativa do processo eleitoral.

Nesse cenário disciplinar fragmentado é que *processo eleitoral* se vê vulnerável à cooptação conceitual pelo instrumentalismo processual. O intento de constitucionalistas e eleitoralistas empenhados no estudo do tema culmina por ser direcionado à produção de conceitos operativos, instrumentais, com o que paralelamente se tem ensejo para a enunciação de escopos metajurídicos que seriam a *razão de ser* do processo eleitoral.

Conforme se buscou demonstrar na revisão bibliográfica – que louva a contribuição dos estudiosos para buscar oferecer respostas a essa complexa questão – as diversas classificações apresentadas não colocam como problema a indagação de qual teoria processual deve informar o conceito. Sem isso, é inevitável que os resultados laborem sobre a lógica da instrumentalidade do processo. O *processo eleitoral* acaba por ser tratado com um *recorte temporal*, por se conceber que isso seja exigência da hermenêutica demandada pelo art. 16 da CRFB, e as discussões giram especialmente sobre o estabelecimento do seu *termo inicial*, já que aí estaria a resposta para definir se uma lei altera ou não o processo eleitoral.

Se a literatura ao menos é propensa a absorver a premissa de que não é possível decidir sobre a incidência da regra da anualidade eleitoral sem que se resolva, previamente, a questão relativa à concepção de processo eleitoral adotada, o estudo de caso conduzido para análise do tratamento dado pelo STF à matéria revela que se tem produzido decisões de alto impacto sobre os direitos políticos fundamentais sem o equacionamento daquela questão prejudicial.

Da análise do total de onze decisões proferidas pelo Tribunal Pleno desde 1988, o que se colhe é a preferência por digressões amplas sobre conceitos jurídico-políticos, em lugar da fixação objetiva do sentido de *processo eleitoral* como premissa decisória (adoção de hermenêutica incorreta), a desconexão entre a *ratio decidendi* e as concepções acaso enunciadas (incoerência intradecisória) e a dificuldade de identificação de um diálogo entre decisões que possibilite cogitar-se de *precedentes* na matéria (incoerência interdecisória). Radicam esses problemas na naturalização da visão instrumentalista do processo, que o coloca em posição de subserviência à organização estatal.

O efeito da ausência de demarcação do processo eleitoral a partir de uma teoria processual democrática é seu esvaziamento normativo. Tomado dogmaticamente como signo de sentidos cambiáveis conforme necessidades de operacionalização de escopos metajurídicos, o *processo eleitoral* se vê cooptado pela jurisprudência do momento. A oscilação de sua conceituação, exibida em gráfico ao final do Capítulo 2, abrange desde a mais restrita interpretação como regras de procedimentalização do voto até a amplíssima dimensão mítica da depuração moral da sociedade pela escolha de representantes, passando pela enunciação de recortes temporais, como construção auxiliar ao controle jurisprudencial sobre as *regras do jogo eleitoral*.

O *processo eleitoral* segue, assim, *incógnito – in-cógnito*, porquanto desprovido, até o momento, de sentido estabilizado por meio de testificação crítica referenciada no código constitucional intradiscursivo. Enquanto decisões sobre a regra da anualidade eleitoral seguem sendo tomadas sem a contraposição dialógica de argumentos com vistas à (provisória) aferição da resistência conceitual do *processo eleitoral* e adoção de seus desdobramentos lógicos como efeitos jurídicos necessários, frustra-se a eficácia coconstitucionalizante da inscrição daquela matriz processual no art. 16 da CRFB. O exercício dos direitos políticos fica a depender de critérios opacos, sem que possam os cidadãos encontrar, nos recônditos de extensos votos e na indecifrável formação de maiorias do modelo decisório *seriatim*, elementos que possibilitem a fiscalidade de decisões excepcionais (*de exceção*, porquanto desconectadas da hermenêutica imposta pela regra da anualidade eleitoral) que aplicam ou deixam de aplicar leis, resoluções e mesmo orientações jurisprudenciais ao *processo eleitoral*.

Detectada a frustração do impacto do discurso constitucional no âmbito da formação dos mandatos eletivos, a pesquisa prosseguiu em busca da demarcação teórica apta a propiciar a *cognição* dos sentidos do *processo eleitoral*. Abre-se ensejo para sustentar a terceira premissa da pesquisa: *a teoria neoinstitucionalista do processo é capaz de fornecer uma resposta consistente ao problema*.

Com estrita observância das opções epistemológica e metodológica adotadas na pesquisa, a primeira tarefa foi estabelecer a inserção da teoria neoinstitucionalista do processo no eixo paradigmático da CRFB. Assumido o enunciado básico de que desde 1988 o Estado Democrático de Direito passou a ser o modelo de estatalidade inscrito no contexto normativo brasileiro, foi possível afirmar que o *devido processo legal* referido no texto constitucional (sintagma) subscreve-se à processualidade democrática (paradigma). É esta que irá orientar o agenciamento de palavras e as substituições (interpretações) possíveis na produção de sentidos atribuídos à normatividade.

Ante o paradigma da processualidade democrática, a instrumentalidade do processo é insustentável, uma vez que assume a produção da decisão pública como imanência da autoridade estatal (que se utiliza de seu *instrumento*, o processo, para atuar). Há de ser reconhecida a superação paradigmática da processualidade *autoritária* (porque fundada na autoridade) e, por conseguinte, a impossibilidade de aproveitamento de teorias processuais inscritas nesse paradigma. A maior dificuldade, contudo, é o êxito da ocultação ideológica (naturalização) da simbiose entre Direito e Estado, que faz convencer ser possível um Estado Democrático e *Social* de Direito, no qual a lei é produto estatal destinado a conduzir tutelarmente os destinos humanos e se confia ao intérprete ajustá-la em benefício do aprimoramento social.

Dentre as teorias caudatárias do instrumentalismo processual cuja refutação decorre da superação paradigmática acima referida, quis-se destacar a *teoria institucionalista*. Daquilo que se planejou ser ligeira desambiguação terminológica, viu-se surgir profícuo campo para conjecturas sobre a igualdade institucional entre Estado e Cidadania concebida na *teoria neoinstitucionalista do processo*. Revisitou-se criticamente o percurso do institucionalismo, desde sua elaboração sociológica que direcionou a autonomia da Ciência Política (Hauriou, dentre outros), passando por sua apreensão pelo Direito, em especial pela concepção de ordenamento jurídico (Santi Romano) e de processo como instituição (Guasp), até o momento em que um *novo institucionalismo* desponta nas Ciências Sociais e na Ciência Política com promessa de assimilar a *revolução behaviorista* e o modelo da *eleição racional* à ideia central

do surgimento das instituições como *fenômeno social organizativo*, que se impõe aos indivíduos para lhes exigir comportamentos.

O olhar do institucionalismo sobre o Estado, que o considera a principal das instituições brotadas na sociedade, tem atávica a noção de um legalismo imbricado na estatalidade e de um relacionamento orgânico daquele com as demais instituições e com os indivíduos. A isso, o novo institucionalismo agrega teorias e metodologias de fundo econômico, centradas (enquanto objeto de pesquisas laboratoriais) no comportamento dos indivíduos, para formar concepções ecléticas, como o *institucionalismo normativo*, no qual o último termo designa a imposição de uma *lógica do adequado* aos indivíduos, ainda que, para ganho de adesão, se valha de rituais e rotinas e permita a cada um interpretar *valores institucionais dominantes*.

Em contraste, na *teoria neoinstitucionalista do processo* instituição é criação da norma; é o conjunto de institutos jurídicos construtivos do discurso constitucional e das leis. As decisões públicas, encaradas como provimentos, não são produtos estatais, mas construção provimental que pressupõe uma comunidade jurídica coinstitucionalizada e o caráter coinstitucionalizante (referente jurídico-discursivo de estruturação dos procedimentos) do processo.

A *teoria neoinstitucionalista do processo* inaugura a possibilidade de conjecturar o processo fora do âmbito da estatalidade e em sua função de interpretante discursivo (*medium* linguístico-jurídico), como instituição apta a reger procedimentos nos quais se produzam provimentos democráticos. A *superinstituição* do Estado cede centralidade para a *metainstituição* do processo – nesta, não há *supremacia*, mas demarcação do espaço de produção, aplicação e interpretação do direito democrático.

Há um nivelamento discursivo do Estado com a Cidadania – que ascende a instituição jurídica – que é propiciado pela *isomenia* (igualdade ante o referente lógico-jurídico compartilhado para a criação e aplicação do ordenamento jurídico; o devido processo; o interpretante). Por aporte dos princípios institutivos do processo (contraditório, ampla defesa e isonomia), o processo pode ser demarcado como *espaço permanente* para exercício da autoilustração sobre os fundamentos da existência jurídica. A partir do momento em que se concebe os cidadãos como sujeitos *livres* e constitucionalmente instituídos na prerrogativa de *fiscalidade* do sistema jurídico, o acesso ao espaço processual já não guarda qualquer reminiscência da episódica realização de ritos pelo Estado para a tutela de direitos, mas modo de concretização do controle-fundante e do controle-garantia como autoinclusão em direitos fundamentais.

É o que cria condições para que o vazio de teorização do *processo eleitoral* possa ser

preenchido, a partir de uma *teoria do discurso constitucional* (epistemológico-normativo) e não da emergência fenomenológica da dominação estatal. É na transposição do processo para o núcleo da normatividade coinstitucionalizante, horizonte no qual ascende a instituição da Cidadania, que se torna possível conceber um espaço de participação e decisão dos cidadãos preservado de intervenções estatais indevidas, já aqui desconstruída a noção de que é o Estado a referência existencial do *processo*.

Nesse espaço de interlocução é que se buscou formular fundamentos de uma *teoria do processo eleitoral democrático*. Os conteúdos hauridos da teoria neoinstitucionalista do processo foram cotejados com o código intradiscursivo formado pelo estatuto constitucional dos direitos políticos. O resultado é a oferta das seguintes proposições à crítica:

1. Na processualidade democrática, não mais subsiste *cidadania* como *status* outorgado pelo Estado, como concessão a um *sujeito ativo*, devendo-se superar a ideia de *povo adotado* e permanentemente vulnerável à discricionariedade estatal eis que constituída sobre a *mitologia do poder* (*poder de vida e morte* patriarcal);
2. A *Cidadania*, como instituição, impõe o reconhecimento da posição discursiva do sujeito de direito como legitimado ativo ao processo, para superação da *exclusão* e da *subalternização* de sujeitos naturais;
3. O *direito ao sufrágio* (*ativo e passivo*) perfaz a cláusula constitucional de legitimidade ativa do processo eleitoral, apresentando o cidadão como *parte* habilitada a adentrar os procedimentos eleitorais para exercício da interenunciatividade quanto a práticas políticas para concretização do projeto democrático;
4. Não há polarização entre a atuação de *eleitor* e *candidato* tal como sugerida pela visão antagonística entre polo ativo e passivo (concepção carneluttiana de lide), razão pela qual não se concebe uma missão estatal de tutela moral das condutas para neutralizar a ingenuidade de um e a perniciosidade do outro, mas sim um agir no cumprimento da normatividade que assegure o nivelamento dos componentes da comunidade jurídica e a preservação dos espaços de refutação recíproca;
5. Sem se ignorar que os pressupostos do direito ao sufrágio constituem uma limitação da legitimidade ativa do processo eleitoral, o problema da definição de eleitores e elegíveis deve ser solucionado a partir da distinção entre *autolimitação* (legítima) e *heterolimitação* (ilegítima), o que exige aferir

criticamente as interferências de códigos heterodiscursivos no texto constitucional positivado, pelos quais discursos ideológicos logram, dissimuladamente, entremear na escrita da Constituição democrática concepções superadas, oriundas da cidadania jurisdicizada (e, não, juridificada) própria aos Estados Social e Liberal;

6. O *disenfranchisement*, termo que abrange estratégias de depuração do eleitorado com impacto na marginalização política de grupos historicamente subalternizados, deve ser compreendido, em perspectiva processual, como redução ilegítima da cláusula de legitimidade ativa do processo eleitoral e desconsideração da fundamentalidade dos direitos políticos;
7. A abordagem do *disenfranchisement*, no caso brasileiro, deve ser estendida ao *sufrágio passivo*, ante a intensidade e complexidade das restrições impostas à condição de candidato, especialmente em razão da remissão à lei complementar para criação de causas de inelegibilidade (art. 14, §9º da CRFB) ser, em si, problemática cláusula constitucional autorizativa para o *disenfranchisement* (*desvalorização* do cidadão a partir de sua *vida pregressa*) e via de penetração de códigos heterodiscursivos no ordenamento jurídico;
8. O *eleitorado ideal* é um ícone que conforma uma visão de mundo (ocidental) culturalmente formatada por homens brancos com privilégio de nascimento e poder econômico, a qual pôde ser ideologicamente manipulada para manter distantes do espaço de formação de mandatos eletivos pessoas consideradas incapazes e indesejáveis, ao pretexto de preservação da cidadania como *locus* da virtude cívica, em benefício de todos;
9. O *sufrágio universal*, historicamente manejado para ocultar sentidos no percurso de expansão do direito ao sufrágio (*invisibilização da invisibilização política* fundada em raça, gênero, estrangeiridade e classe), deve ser submetido a crítica, a fim de desnaturalizar exclusões tidas por inevitáveis, inclusive aquelas inscritas no texto constitucional, de modo a encaminhar a dissipação de incongruências (expurgo do discurso ideológico) no âmbito do devido processo legal (legislativo e judicial);
10. As respostas procedimentalistas (descarte de grupos *irrelevantes*) e instrumentalistas (descarte de grupos *perniciosos*) à pergunta *por que incluir eleitores*, que ainda aportam em debates e decisões desconectadas da processualidade democrática, traduzem a recusa ao reconhecimento da

- Cidadania como instituição jurídica oriunda do discurso constitucional, inserindo-se em dinâmicas de legitimação (blindagem) do *disenfranchisement*;
11. Superada a ideia de que a dimensão sociológica do Estado seja apta a produzir sentidos normativos, já que é da CRFB que parte a configuração de quaisquer instituições jurídicas, a aferição da legitimidade da atuação dos órgãos estatais no processo eleitoral deve ser parametrizada por sua coinstitucionalização no paradigma da processualidade democrática, o que exige, no caso específico da Justiça Eleitoral, a demarcação de suas funções pela ressignificação do texto do Código Eleitoral ante o código intradiscursivo formado pelo estatuto constitucional dos direitos políticos;
  12. O sincretismo das *funções administrativa e judicial*, historicamente assumido sob a justificativa da maior eficiência da atuação da Justiça Eleitoral, constitui desbordo do controle-garantia por desatender ao patamar de legitimidade duplicada (*controle do controle*), mas o problema não se resolve pela proposição de separação orgânica, já que ainda remanesce a questão prévia de identificar a qual das funções devem estar adstritos cada ato e procedimento;
  13. Assumido, por sua maior aptidão para fornecer respostas ao caso brasileiro, que o traço distintivo da jurisdição é a competência para pronunciar incidentalmente a inconstitucionalidade das leis e deixar de aplicá-la, a CRFB, em comparação com a Constituição de 1946, amplia a ênfase à *função judicial* no desempenho do controle-garantia sobre as eleições, cuja legitimidade não pode ser dissociada da preservação dos espaços de atuação da Cidadania;
  14. A *função administrativa* de preparação, organização e execução das eleições não é enunciada no texto da CRFB, ao contrário do que ocorria na Constituição de 1946, mas é inferida de dispositivos constitucionais cuja concreção pressupõe um órgão estatal coinstitucionalizado, que, não sendo nomeadamente qualquer outro, deve ser identificado como a própria Justiça Eleitoral;
  15. Procedimentos são *institutos jurídicos* – logo, criações normativas – cuja definição como administrativos ou judiciais deve considerar a adequação das matrizes processuais constitucionais respectivas (administrativa e judicial) às exigências dos direitos fundamentais envolvidos, o que, no caso brasileiro, acarreta a necessidade de se instituir o registro de candidatura como procedimento judicial, uma vez que a impossibilidade de exercício de controle de constitucionalidade difuso e de acerto do direito à candidatura no

âmbito dos procedimentos administrativos é incompatível com a complexidade das questões que devem ser enfrentadas no registro de candidatura;

16. Identificado que o problema central do desempenho das funções administrativa e judicial no processo eleitoral reside na indistinção de seus limites e que o critério do controle de constitucionalidade oferece uma resposta efetiva a esse problema, defende-se a manutenção de ambas as competências da Justiça Eleitoral, uma vez que seu desempenho da função administrativa tem sido capaz de responder às demandas de legitimidade do procedimento eleitoral e que a transposição orgânica da função judicial não endereça a questão central do déficit democrático de discursos e práticas judiciais;
17. A *função normativa* da Justiça Eleitoral, prevista no ADCT, encontra-se exaurida, não se sustentando, no paradigma da processualidade democrática, a blindagem recíproca entre STF e TSE na elaboração e legitimação de resoluções que inovam o direito, calcada em uma concepção retórica do princípio da legalidade que admite a criação de normas à margem do devido processo legislativo (*princípio da extralegalidade legalizada*);
18. A *função regulamentar* cometida à Justiça Eleitoral deve ser compreendida como adstrita ao âmbito de sua função administrativa, para expedição de instruções que formalizem regras sobre o modo de proceder dos órgãos e servidores da Justiça Eleitoral (prévia descrição das etapas seguidas para execução da lei) na preparação, organização e realização das eleições, apuração dos resultados e proclamação e diplomação dos eleitos, com vistas a propiciar a fiscalidade dos atos dos agentes públicos que intercedem no processo eleitoral;
19. A *função consultiva*, que propicia aos órgãos judiciários fixar interpretação da lei à margem do devido processo judicial (atuação como jurisconsultos) e assim estabelecer, de antemão, um sentido normativo previamente imunizado (*autoblindagem*), corresponde a atuação extrassistêmica ainda mais severa que a função normativa, encontrando-se revogada pela CRFB;
20. Como tese central da pesquisa, uma vez superada a concepção instrumentalista do processo e possibilitada, pela teoria neoinstitucionalista do processo, a compreensão da igualdade discursiva do Estado e da Cidadania como instituições criadas pela CRFB no paradigma da processualidade democrática, propõe-se que o *processo eleitoral* é o espaço discursivo demarcado pelos princípios institutivos do processo e pelo estatuto constitucional dos direitos



políticos para atuação da Cidadania na concreção da estatalidade democrática, no qual os legitimados ativos exercem sua competência decisória de formação dos mandatos eletivos, em posição isomênica com o Estado e com os demais componentes da comunidade jurídica.

21. Sendo o *alistamento eleitoral* e o *registro de candidatura* os procedimentos instituídos como etapa formal para viabilização do acesso ao processo eleitoral, devem aqueles observar a premissa de preservação da atuação dos cidadãos (legitimados ativos), o que significa considerar que a decisão estatal não *constitui o sujeito em parte*, pois nada pode acrescer ou suprimir ao âmbito estrito da incidência da norma instituidora do sufrágio, de modo que atos e interpretações restritivas colocam-se sob suspeita de perpetrar o *disenfranchisement*;
22. Sob perspectiva do controle-fundante, o discurso constitucional acomoda exigências de um *agir* do sujeito natural destinado a assumir sua prerrogativa de exercício do direito ao sufrágio (ativo e passivo), mas a legitimidade dos procedimentos concretamente estruturados no âmbito do controle-garantia é permanentemente sindicável quanto ao efetivo cumprimento da normatividade constitucional;
23. Nessa abordagem, devem-se distinguir a *revisão do eleitorado* para apuração de fraude ao Cadastro de Eleitores (art. 71, §4º. CE) e aquela realizada com finalidade de depuração do Cadastro Eleitoral e registro biométrico do eleitor (fundada na Lei 7.444/85), tendo em vista que a primeira parte da suspeita de comportamento fraudulento do eleitor, hipótese em descompasso com o reconhecimento jurisprudencial da escolha do domicílio eleitoral a partir de vínculos autodeclarados, enquanto a última implementa garantias ao exercício do voto pelo incremento de níveis de segurança da identidade do eleitor;
24. O *registro de candidatura*, como etapa de habilitação dos cidadãos para exercício do sufrágio passivo, é criação legal compatível com a complexidade da estipulação constitucional de requisitos à candidatura, mas reclama antecipação que assegure a observância da temporalidade adequada do procedimento, considerada a sucessão de etapas lógicas e as exigências do devido processo legal (contraditório, ampla defesa e isonomia), havendo-se de refutar a proposta de criação de uma etapa administrativa de certificação antecipada de parte dos requisitos (Relatório Parcial 3, da CEPOLITI, 2017) que

agrava a complexidade procedimental, cria embaraços à conciliação das funções administrativa e judicial e agrava riscos de invasão dos espaços de atuação da Cidadania;

25. A *decisão eleitoral*, cujo núcleo é a formação de mandatos, é o *ato provimental* de encerramento decisório do procedimento (discursivo) eleitoral, distinguindo-se dos demais *atos provimentais* (legislativo, administrativo e judicial) porque:
  - i) é concretizado pelos sujeitos de direito (cidadãos como legitimados-decisores) e não pelo agente estatal; ii) em decorrência, a preservação dos espaços de atuação da Cidadania no procedimento eleitoral (eleições) não perpassa a *des-subjetivação* do concretizador do ato provimental mas, ao contrário, que os sujeitos naturais possam ocupar o espaço processual dos sujeitos de direito, o que exige que, sob influxo da *isomenia*: ii.1) a atuação dos agentes estatais – incumbidos de atos provimentais apenas *circundantes* da decisão eleitoral – seja des-subjetivada e sindicável pelos cidadãos e não interfira no exercício legítimo da competência decisória do eleitorado, *ainda que* sob pretexto de aprimoramento moral do procedimento ou de seu resultado; ii.2) as normas procedimentais eleitorais promovam o nivelamento entre os próprios componentes da comunidade de legitimados ao processo, por meio de técnicas destinadas a refrear a cooptação de um cidadão pelo outro;
26. O legítimo exercício da competência constitucional decisória do eleitorado deve ser aferido considerando-se cada procedimento eleitoral destinado à formação de mandatos específicos, o que significa que, enquanto estrutura discursiva, *a eleição somente se encerra com a produção de decisão eleitoral válida* (concretização do ato provimental), de modo que a invalidação do resultado das eleições não *cria novo procedimento*, mas, sim, remete o procedimento a ponto anterior de não-decisão, somente se podendo entender a ideia de *novas eleições (diretas ou indiretas) como retomada da mesma estrutura previamente racionalizada*;
27. No paradigma da processualidade democrática, a isomenia comanda a ressignificação de institutos jurídicos, o que permite efetivar a transposição do *voto obrigatório*, apesar do contexto histórico de sua implementação como ferramenta de legitimação de governos republicanos e de sua associação a uma visão funcionalista do eleitorado, de modo a que a obrigatoriedade se traduza no dever do Estado de exercer suas atribuições legislativas, administrativas e

judiciais com a finalidade viabilizar o comparecimento do eleitorado projetado pela Constituição, e, não, na imposição de restrições de direitos ao eleitor faltoso, à margem do código intradiscursivo do estatuto constitucional dos direitos políticos;

28. Como teste derradeiro nesse estágio investigativo, a teoria neoinstitucionalista se mostra apta a propiciar uma resposta melhor ao problema da aplicação da regra da anualidade eleitoral no paradigma da processualidade democrática, na qual se identifique o sentido de *lei* adstrito ao princípio da legalidade democrática, o fechamento sistêmico do sentido de *alteração da lei* (refração a códigos heterodiscursivos), a *perenidade* do processo eleitoral, a *duração temporal estimada* do procedimento eleitoral e a *estabilização normativa* a vigorar *até o efetivo encerramento do procedimento*;
29. Decodificados os sintagmas do art. 16 da CRFB ante as combinações autorizadas pelo eixo paradigmático, tem-se como sentido teoricamente estabilizado da regra da anualidade eleitoral: [Qualquer ato provimental oriundo do devido processo legislativo] [que produz impacto sobre] [a configuração do espaço de formação dos mandatos eletivos, as prerrogativas dos cidadãos como legitimados ativos e decisores e as funções estatais intervenientes] [entrará em vigor na data de sua publicação] [mas será ineficaz relativamente ao procedimento eleitoral] [cujo encerramento decisório esteja previsto para ocorrer dentro de um ano da data de vigência da lei, subsistindo a ineficácia até a concretização de ato provimental válido do qual decorra a formação daqueles específicos mandatos].

Assumida a provisoriedade do conhecimento científico, considera-se que a presente pesquisa cumpriu o objetivo de ofertar conteúdos crítico-problematizantes que possam ser identificados como fundamentos de uma teoria do processo eleitoral democrático. Não há pretensão de exaurimento ou definitividade. Mas se havia, no início da investigação, um vazio de teorização a interditar a inserção do processo eleitoral no paradigma da processualidade democrática, segue-se adiante tendo mapeadas algumas possibilidades para o seu preenchimento.

Tais possibilidades pavimentam o percurso epistemológico do *processo eleitoral* desde a teoria, passando pela ciência e chegando à técnica pela constante testificação crítica e concretizam sua aptidão normativa para superação da simples procedimentalização legitimatória de uma cidadania subalternizada, excludente e tutelada ainda implantada na realidade. É a Cidadania, instituição coconstitucionalizada e coconstitucionalizante, que promove,

na perenidade do espaço discursivo de formação de mandatos eletivos, a autoinclusão dos sujeitos naturais como legitimados-decisores na concretização do Estado Democrático de Direito.

## REFERÊNCIAS

- A DEMORA da ação Dilma-Temer. **Estadão**, 29 abr. 2017. Disponível em: <<https://opinioao.estadao.com.br/noticias/geral,a-demora-da-acao-dilma-temer,70001756985>>. Acesso em: 20 nov. 2018.
- ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de filosofia**. São Paulo: Martins Fontes, 2007.
- ABELLÁN MATESANZ, Isabel María. El proceso electoral desde la doctrina de la junta electoral central. **Teoria y Realidad Constitucional**, n. 14, 2. sem., p. 273–320, 2004.
- AGAMBEN, Giorgio. **Estado de Exceção**. São Paulo: Boitempo, 2004.
- AGAMBEN, Giorgio. **O poder soberano e a vida nua**. Belo Horizonte: Humanitas, 2010.
- AIETA, Vânia Siciliano. **Criminalização da política: a falácia da judicialização da política como instrumento democrático**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.
- ALÁEZ CORRAL, Benito. Nacionalidad y ciudadanía: una aproximación histórico-funcional. **Historia constitucional: revista eletrónica de historia constitucional**, n. 6, p. 29–74, 2005.
- ALÁEZ CORRAL, Benito. Nacionalidad y ciudadanía ante las exigencias del Estado constitucional democrático. **Revista de estudios políticos**, n. 127, p. 129–160, 2005.
- ALARCON, Anderson; GRESTA, Roberta Maia. **Proibir comissões provisórias é remédio pior que a doença**. Revista consultor jurídico. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-fev-16/proibir-comissoes-provisorias-quando-remedio-pior-doenca>>. Acesso em: 20 jan. 2018.
- ALCUBILLA, Enrique Arnaldo. Los recursos jurisdiccionales en relación con la proclamación de las candidaturas. In: BIGLINO CAMPOS, Paloma (Org.). **Proclamación de candidatos y garantías electorales: propuestas de reforma**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008, p. 19–34.
- ALLEN, Danielle. Invisible citizens: political exclusion and domination in Arendt and Elisson. In: WILLIAMS, Melissa S.; MACEDO, Stephen (Orgs.). **Political exclusion and domination**. New York: New York University Press, 2005, p. 29–76. (Nomos; XLVI).
- ALMEIDA, Andréa Alves de. **Espaço jurídico processual na discursividade metalinguística**. Curitiba: CRV, 2012.
- ALMEIDA NETO, Manoel Carlos. **Direito eleitoral regulador**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.
- ALVES, Humberto Lacerda. **Direito eleitoral comparado entre o Brasil e Portugal**:

**analisando as inelegibilidades como fato de promoção do equilíbrio entre os candidatos na disputa eleitoral.** Universidade Autónoma de Lisboa (Dissertação), 2016.

ALVIM, Frederico Franco. A elegibilidade e seus impedimentos no direito comparado e nos pactos internacionais. *In*: FUX, Luiz; PEREIRA, Luiz Fernando Casagrande; AGRA, Walber de Moura (Orgs.). **Elegibilidade e inelegibilidades.** Belo Horizonte: Fórum, 2018. (Tratado de direito eleitoral; 3).

ALVIM, Frederico Franco. **Curso de Direito Eleitoral.** 2. ed. Curitiba: Juruá, 2016.

ALVIM, Frederico Franco. Gravidade como parâmetro para a cassação de mandatos: o arranjo brasileiro diante dos pressupostos axiológicos do sistema e da cena internacional. **Revista Justiça Eleitoral em debate**, v. 8, n. 2, p. 94–106, 2018. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/justica-eleitoral>>.

ALVIM, Frederico Franco. Integridade eleitoral: significado e critérios de qualificação. **Revista Ballot**, v. 1, n. 2, p. 213–228, 2015.

ANCKAR, Dag; ANCKAR, Carsten. Finland. *In*: NOHLEN, Dieter; STÖVER, Philip (Orgs.). **Elections in Europe: a data handbook.** Baden-Baden: Nomos, 2010, p. 593–638.

ANDRADE, Francisco Rabelo Dourado de. **Tutela de evidência, teoria da cognição e processualidade democrática.** Belo Horizonte: Fórum, 2017.

ANDRADE NETO, João. **Borrowing justification for proportionality: on the influence of the principles theory in Brazil.** Cham: Springer, 2018. (Ius Gentium: Comparative Perspectives on Law and Justice; 72).

ANDRADE NETO, João. Mutações Legais no Direito Eleitoral: repercussões no sistema das invalidades eleitorais e na renovação das eleições. **Resenha eleitoral**, v. 21, n. 1, p. 69–94, 2017. Disponível em: <[http://www.tre-sc.jus.br/site/fileadmin/arquivos/ejesc/documentos/Resenha\\_n\\_21\\_1/Mutacoes\\_Legais\\_no\\_Direito\\_Eleitoral.pdf](http://www.tre-sc.jus.br/site/fileadmin/arquivos/ejesc/documentos/Resenha_n_21_1/Mutacoes_Legais_no_Direito_Eleitoral.pdf)>. Acesso em: 18 jan. 2018.

ANDRADE NETO, João. O voto nulo e seus efeitos : um ensaio sobre a (falta de) lucidez da jurisprudência do TSE. *In*: FUX, Luiz; PEREIRA, Luiz Fernando Casagrande; AGRA, Walber (Orgs.). **Direito constitucional eleitoral.** Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 209–238. (Tratado de direito eleitoral; 1).

ANDRADE NETO, João. **On the influence of the principles theory on the case law of de Federal Supreme Court of Brazil: a case study on judicial borrowing.** Tese (doutorado). Universität Hamburg, 2016.

ANDRADE NETO, João; GRESTA, Roberta Maia. Justiça eleitoral: um desafio à separação de poderes. *In*: BUSTAMANTE, Thomas; FERNANDES, Bernardo Gonçalves; OLIVEIRA, Marcelo Cattoni de; *et al* (Orgs.). **O futuro do constitucionalismo: a construção da democracia constitucional.** Belo Horizonte: Initia Via, 2015, p. 471–473.

ARAGÓN REYES, Manuel. Democracia y representación: dimensiones subjetiva y objetiva del derecho de sufragio. *In: Congreso Internacional de Derecho Electoral*. Mexico: [s.n.], 1998.

ARENDDT, Hannah. **Hombres en tiempos de oscuridad**. Trad. Claudia Ferrari. Barcelona: Gedisa, 1992.

ARNALDO ALCUBILLA, Enrique. Convocatoria electoral. *In: ARNALDO ALCUBILLA, Enrique; GARCÍA-CAMPERO, Manuel Delgado-Iribarren (Orgs.). Dicionario electoral*. Madrid: El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados (La Ley), 2009, p. 115–120.

ARNALDO ALCUBILLA, Enrique. Plebiscito. *In: ALCUBILLA, Enrique Arnaldo; GARCÍA-CAMPERO, Manuel Delgado-Iribarren (Orgs.). Dicionario electoral*. Madrid: El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados (La Ley), 2009, p. 382–384.

ARNALDO ALCUBILLA, Enrique. Sufragio indirecto. *In: ARNALDO ALCUBILLA, Enrique; GARCÍA-CAMPERO, Manuel Delgado-Iribarren (Orgs.). Dicionario electoral*. Madrid: El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados (La Ley), 2009, p. 472–473.

ARNALDO ALCUBILLA, Enrique. Voto nulo. *In: ARNALDO ALCUBILLA, Enrique; GARCÍA-CAMPERO, Manuel Delgado-Iribarren (Orgs.). Dicionario electoral*. Madrid: El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados (La Ley), 2009, p. 505–507.

ARROW, Kenneth Joseph. **Social choice and individual values**. London : Chapman , 1951. Disponível em: <[http://catalog.upf.edu/record=b1274557~S11\\*spl](http://catalog.upf.edu/record=b1274557~S11*spl)>. Acesso em: 24 fev. 2018.

ASIMOV, Isaac. Franchise. **If: worlds of science fiction**, 1955. Disponível em: <[http://sonomavalleyhigh.org/home/CA49709534937256/.blogs/post21696/Franchise by Isaac Asimov.pdf](http://sonomavalleyhigh.org/home/CA49709534937256/.blogs/post21696/Franchise%20by%20Isaac%20Asimov.pdf)>.

ÁVALO, Alexandre. Os direitos políticos e a Constituição: capacidade eleitoral ativa e passiva. *In: ÁVALO, Alexandre; ANDRADE NETO, José de; CAMARGO, Luiz Henrique Volpe; et al (Orgs.). O novo direito eleitoral brasileiro: manual de direito eleitoral*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2014, p. 31–50.

BARROS, Vinícius Diniz Monteiro de. **O conteúdo lógico-objetivo do princípio da inocência: uma proposição segundo a Teoria Neoinstitucionalista do Processo e o Racionalismo Crítico**. Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (Tese), 2016.

BARTOLINI, Stefano. Franchise expansion. *In: ROSE, Richard (Org.). International encyclopedia of elections*. London: Macmillan, 2000, p. 117–130.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 1989. (v. 2).

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Efetividade do processo e técnica processual**. 3. ed.

São Paulo: Malheiros, 2010.

BENVENISTE, Émile. **Problemas de linguística geral I**. 5. ed. Belo Horizonte: Pontes Editores, 2005.

BENVENISTE, Émile. **Problemas de linguística geral II**. 2. ed. Belo Horizonte: Pontes Editores, 2006.

BERCOVICI, Gilberto. A Constituição dirigente e a crise da Teoria da Constituição. *In*: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; BERCOVICI, Gilberto; MORAES FILHO, José Filomeno de; *et al* (Orgs.). **Teoria da Constituição: estudos sobre o lugar da política no Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 75–150.

BERSTEIN, Serge. Os partidos. *In*: REMÓND, René (Org.). **Por uma história política**. Rio de Janeiro: FGV, 2003, p. 57–98.

BIGLINO CAMPOS, Paloma; ARAGÓN REYES, Manuel. **Proclamación de candidatos y garantías electorales: propuestas de reforma**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008.

BIGLINO CAMPOS, Paloma; DELGADO DEL RINCÓN, Luis Esteban. **La resolución de los conflictos electorales: un análisis comparado**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2010.

BISHOP, George F. Rational public opinion or its manufacture? Reply to Page. **Critical Review**, v. 20, n. 1–2, p. 141–157, 2008. Disponível em: <<https://www.tandfonline.com/doi/pdf/10.1080/08913810802316399?needAccess=true>>. Acesso em: 27 fev. 2018.

BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia: uma defesa das regras do jogo**. 6. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1997. (Pensamento crítico).

BOBBIO, Norberto. **Teoría general de la política**. 3. ed. Madrid: Trotta Editorial, 2009.

BOBILLO, Francisco J. El voto estéril en las elecciones generales españolas. **Revista de estudios políticos (Nueva Época)**, n. 62 (out-dez), p. 69–88, 1988.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

BONAVIDES, Paulo. **Teoria constitucional da democracia participativa**. São Paulo: Malheiros, 2001.

BONDOLFI, Sibila. Mulheres na Suíça lutaram muito tempo pelo direito de voto. **Swissinfo.ch**, 2017. Disponível em: <[https://www.swissinfo.ch/por/sociedade/dia-internacional-da-mulher\\_mulheres-na-suíça-lutaram-muito-tempo-pelo-direito-de-voto/42993224](https://www.swissinfo.ch/por/sociedade/dia-internacional-da-mulher_mulheres-na-suíça-lutaram-muito-tempo-pelo-direito-de-voto/42993224)>.



BOREA ODRÍA, Alberto. **La difícil democracia de América Latina: desafíos y respuesta**. San José, Costa Rica: I. C. E. P., 1994.

BOURDIEU, Pierre. **A economia das trocas simbólicas**. São Paulo: Perspectiva, 2009.

BOURDIEU, Pierre. **La distincion: criterios y bases sociales del gusto**. Trad. Maria Carmen Ruiz de Elvira Hidalgo. Barcelona: Taurus, 2012. Disponível em: <[http://catalog.upf.edu/search~S11\\*cat?/Xbourdieu&SORT=D&searchscope=11/Xbourdieu&SORT=D&searchscope=11&SUBKEY=bourdieu/1%2C85%2C85%2CB/frameset&FF=Xbourdieu&SORT=D&searchscope=11&9%2C9%2C](http://catalog.upf.edu/search~S11*cat?/Xbourdieu&SORT=D&searchscope=11/Xbourdieu&SORT=D&searchscope=11&SUBKEY=bourdieu/1%2C85%2C85%2CB/frameset&FF=Xbourdieu&SORT=D&searchscope=11&9%2C9%2C)>. Acesso em: 23 fev. 2018.

BOURDIEU, Pierre. **O poder simbólico**. Trad. Fernando Tomaz. Lisboa: Difel, 1989.

BRACARENSE, Mariana Sousa; GRESTA, Roberta Maia. Os partidos políticos na reforma política brasileira: crise de representatividade e poder simbólico. *In: 6. Congresso Latinoamericano del Ciencia Política: la investigación política en América Latina*. Quito, Equador: Asociación Latinoamericana de Ciencia Política (ALACIP), 2012.

BRASIL. TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL. **Código eleitoral anotado e legislação complementar**. 12. ed. Brasília: Tribunal Superior Eleitoral, Secretaria de Gestão da Informação, 2016.

BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. An introduction to constitutional process study. *In: Employment Network Event 2018: 7. Edition*. Belo Horizonte: Del Rey, 2018. (Base text of the presentation performed in Hague University of Applied Sciences, Netherlands, 25 may 2018).

BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. **Processo constitucional e estado democrático de direito**. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2015.

CABRAL, João C. da Rocha. **Código Eleitoral da República dos Estados Unidos do Brasil**. Brasília: Secretaria de Documentação e Informação do TSE, 2004. Disponível em: <[http://www.tse.jus.br/hotSites/CatalogoPublicacoes/pdf/codigo\\_eleitoral\\_1932.pdf](http://www.tse.jus.br/hotSites/CatalogoPublicacoes/pdf/codigo_eleitoral_1932.pdf)>.

CALAMANDREI, Piero. **Estudos de direito processual na Itália**. Trad. Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: LZN Editora, 2003.

CAMBRIDGE UNIVERSITY PRESS. Dis-. *In: Cambridge international dictionary of english*. Cambridge: Press Syndicate of University of Cambridge, 1995, p. 388.

CAMBRIDGE UNIVERSITY PRESS. Disenfranchise. *In: Cambridge international dictionary of english*. Cambridge: Press Syndicate of University of Cambridge, 1995, p. 393.

CAMBRIDGE UNIVERSITY PRESS. En-. *In: Cambridge international dictionary of english*. Cambridge: Press Syndicate of University of Cambridge, 1995, p. 453.

CAMBRIDGE UNIVERSITY PRESS. Enfranchise. *In: Cambridge international dictionary of english*. Cambridge: Press Syndicate of University of Cambridge, 1995, p. 457.

CAMBRIDGE UNIVERSITY PRESS. Franchise. *In: Cambridge international dictionary of english*. Cambridge: Press Syndicate of University of Cambridge, 1995, p. 559.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas**. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2001.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Rever ou romper com a Constituição dirigente? defesa de um constitucionalismo moralmente reflexivo. **Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política**, n. 15 (abr-jun), p. 7–17, 1996.

CAPLAN, Bryan. Majorities against utility: implications of the failure of the miracle of aggregation. **Social Philosophy & Policy**, v. 26, n. 1, p. 198–221, 2009. Disponível em: <[https://www.cambridge.org/core/services/aop-cambridge-core/content/view/2E01E592374ED62CD3ABCD79B6FF7198/S0265052509090086a.pdf/majorities\\_against\\_utility\\_implications\\_of\\_the\\_failure\\_of\\_the\\_miracle\\_of\\_aggregation.pdf](https://www.cambridge.org/core/services/aop-cambridge-core/content/view/2E01E592374ED62CD3ABCD79B6FF7198/S0265052509090086a.pdf/majorities_against_utility_implications_of_the_failure_of_the_miracle_of_aggregation.pdf)>. Acesso em: 27 fev. 2018.

CAPLAN, Bryan Douglas. **The myth of the rational voter: why democracies choose bad policies**. Princeton: Princeton University Press, 2007. Disponível em: <[http://catalog.upf.edu/search~S11\\*sp?/Xthe+mith+of+the+rational+voter&searchscope=11&SORT=D/Xthe+mith+of+the+rational+voter&searchscope=11&SORT=D&extended=0&SUBKEY=the+mith+of+the+rational+voter/1%2C32000%2C32000%2CB/frameset&FF=Xthe+mith+of+the+rational](http://catalog.upf.edu/search~S11*sp?/Xthe+mith+of+the+rational+voter&searchscope=11&SORT=D/Xthe+mith+of+the+rational+voter&searchscope=11&SORT=D&extended=0&SUBKEY=the+mith+of+the+rational+voter/1%2C32000%2C32000%2CB/frameset&FF=Xthe+mith+of+the+rational)>. Acesso em: 24 fev. 2018.

CARNELUTTI, Francesco. **Sistema de direito processual civil I**. São Paulo: Bookseller, 2000.

CARRIÓ, Genaro. **Sobre los límites del lenguaje normativo**. Buenos Aires: Astrea, 2001.

CHARLOT, Jean. **Curso de introdução à ciência política**. Brasília: UNB, 1984.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Istituzioni di Diritto Processuale Civile: volume I**. Napoli: Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, 1935.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

CITTADINO, Gisele. **Pluralismo, direito e justiça distributiva: elementos da filosofia constitucional contemporânea**. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

COMPARATO, Fabio Konder. Sentido e alcance do processo eleitoral no regime democrático. **Estudos avançados**, v. 14, n. 38, p. 307–320, 2000.

CONSELHO DA EUROPA. Convenção europeia dos direitos humanos (1950). Disponível em: <[http://www.echr.coe.int/Documents/Convention\\_POR.pdf](http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_POR.pdf)>. Acesso em: 20 fev. 2018.

COSTA, Adriano Soares. Captação de sufrágio e inelegibilidade: análise crítica do art. 41-A da Lei 9.504/97. **Jus Navigandi**, n. 56, 2002.

COSTA, Adriano Soares. **Instituições de direito eleitoral**. 10. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

COSTA, Antônio Tito. **Recursos em matéria eleitoral**. 10. ed. São Paulo: Letras Jurídicas, 2015.

COSTA, Antônio Tito. **Recursos em matéria eleitoral**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968.

COSTA, Elcias Ferreira da. **Compêndio de Direito Eleitoral**. 1. ed. São Paulo: Sugestões Literárias, 1978.

COUTURE, Eduardo J. El proceso como institución. *In*: ASSIS, Jacy de (Org.). **Couture e a teoria institucional do processo**. Uberlândia: Faculdade de Direito de Uberlândia, 1961.

COUTURE, Eduardo J. **Fundamentos do direito processual civil**. Trad. Rubens Gomes de Souza. São Paulo: Saraiva, 1946.

CRUZ, Clenderson. **A ampla defesa na processualidade democrática**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016. (Coleção Estudos da Escola Mineira de Processo; 10).

CRUZ, Alfredo Lopes da. **Direito Político**. Rio de Janeiro: [s.n.], 1927.

CRUZ JÚNIOR, Jeziel Rodrigues; ROCHA, Líbero Cristiano Leal da; PIMENTAL, Luciana Pereira. A teoria processual de Jaime Guasp Delgado. *In*: LEAL, Rosemiro Pereira (Org.). **Estudos continuados de teoria do processo VI**. Porto Alegre: Síntese, 2005, p. 119–176.

CUNHA, Fernando Whitaker da. **Direito político brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense, 1978.

CYRINEU, Rodrigo. Candidatos “irregistráveis”: uma análise sistêmica à luz do caso Lula. **Conjur**, n. 13 fev., p. 1–6, 2018.

CYRINO, André Rodrigues. Regulamento autônomo no Brasil: uma resposta às críticas. **Revista da Faculdade de Direito, UERJ**, n. 30 (dez), p. 107–137, 2016.

DAHL, Robert. **La poliarquía: participación y oposición**. 2. ed. Madrid: Editorial Tecnos, 1997.

DAHL, Robert. **On democracy**. London: Yale University Press, 1998.

DAMASKA, Mirjan R. **Las Caras de la justicia y el poder del Estado: análisis comparado del proceso legal**. Trad. Andrea Morales Vidal. Santiago: Editora Jurídica de Chile, 2000.

DEL NEGRI, André. **O avesso do Estado**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018.

DEL NEGRI, André. **Processo constitucional e decisão interna corporis**. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

DEL PINO CARAZO, Ana. Problemas del procedimiento electoral: legua del procedimiento, presentación de documentos, validez del voto y procedimiento sancionador. *In*: PASCUA MATEO, Fabio (Org.). **Estado democrático e elecciones libres: cuestiones fundamental del Derecho Electoral**. Navarra: Thomson Reuters, 2010, p. 471–505.

DEL VECCHIO, Giorgio. Sufragio universal y capacidad política. **Revista de estudios políticos**, n. 117–118, p. 163–170, 1961. Disponível em: <<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2048714>>. Acesso em: 19 fev. 2018.

DIAS, Joelson; JUNQUEIRA, Ana Luísa Cellular. O Direito à Participação Política das Pessoas com Deficiência. **Resenha eleitoral**, v. 21, n. 1 (nov), p. 159–180, 2017.

DÍAZ DE TERÁN, Mercedes Araújo. Moción de censura. *In*: ARNALDO ALCUBILLA, Enrique; GARCÍA-CAMPERO, Manuel Delgado-Iribarren (Orgs.). **Diccionario electoral**. Madrid: El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados (La Ley), 2009, p. 334–338.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. Os três modelos de direito processual: inquisitivo, dispositivo e cooperativo. **Revista de processo: RePro**, v. 198, n. 36, p. 207–217, 2011.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil I**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

DOWNS, Anthony. **An economic theory of democracy**. [s.l.]: Harper, 1957. Disponível em: <[http://catalog.upf.edu/search~S11\\*sp1?Xanthony%20downs&SORT=D/Xanthony%20downs&SORT=D&SUBKEY=anthony+downs/1%2C4%2C4%2CB/frameset&FF=Xanthony%20downs&SORT=D&3%2C3%2C](http://catalog.upf.edu/search~S11*sp1?Xanthony%20downs&SORT=D/Xanthony%20downs&SORT=D&SUBKEY=anthony+downs/1%2C4%2C4%2CB/frameset&FF=Xanthony%20downs&SORT=D&3%2C3%2C)>. Acesso em: 24 fev. 2018.

DUARTE, Michelle Pimentel. **Processo judicial eleitoral: jurisdição e fundamentos para uma teoria geral do processo judicial eleitoral**. Curitiba: Juruá, 2016.

DUVERGER, Maurice. **Os partidos políticos**. Rio de Janeiro: Guanabara, 1987.

EDGARD MORIN. **As ideias: habitat, vida, costumes, organização**. 6. ed. Porto Alegre: Editora Sulina, 2011. (O método; 4).

EFRÉN RÍOS VEGA, Luis (Org.). **Tópicos electorales: un diálogo judicial entre América y**

**Europa.** Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2011.

ESMERALDO, Elmana Viana Lucena. **Processo eleitoral: sistematização das ações eleitorais.** 3. ed. Leme: J. H. Mizuno, 2016.

FALCÃO, Alcino Pinto. **Novas instituições do Direito Político brasileiro.** Rio de Janeiro: Borsoi, 1961.

FALCÃO, Joaquim; ARGUELLHES, Diego Werneck; PEREIRA, Thomaz (Orgs.). **Impeachment de Dilma Rousseff: entre o Congresso e o Supremo.** Belo Horizonte: Letramento (Casa do Direito); FGV Direito Rio, 2017.

FARIA, Gustavo de Castro. **Jurisprudencialização do direito: reflexões no contexto da processualidade democrática.** Belo Horizonte: Arraes Editores, 2012.

FAZZALARI, Elio. **Instituições de direito processual.** Trad. Eliane Nassif. 8. ed. Campinas: Bookseller, 2006.

FÉLIX JÚNIOR, Waldir Franco. Justiça Eleitoral brasileira: histórico, funções e possíveis propostas do direito comparado para a revitalização do modelo de organismo eleitoral. *In:* FUX, Luiz; PEREIRA, Luiz Fernando Casagrande; AGRA, Walber de Moura (Orgs.). **Direito constitucional eleitoral.** Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 251–263. (Tratado de Direito Eleitoral; 1).

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional.** 10. ed. Salvador: Jus Podivm, 2018.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves; PEDRON, Flávio Barbosa Quinaud. **O poder judiciário e(m) crise: reflexões de Teoria da Constituição e Teoria Geral do Processo sobre o acesso à justiça e as recentes reformas do poder judiciário à luz de Ronald Dworkin, Klaus Günther e Jürgen Habermas.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE MAYORDOMO, Pablo. **La Junta Electoral Central : la libertad de expresión y el derecho a la información en período electoral.** [s.l.]: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2014. Disponível em: <[http://catalog.ub.edu/search~\\$1\\*spi?/Xla+junta+electoral+central&searchscope=1&SORT=AZ/Xla+junta+electoral+central&searchscope=1&SORT=AZ&extended=0&SUBKEY=la+junta+electoral+central/1%2C9%2C9%2CB/frameset&FF=Xla+junta+electoral+central&searchscope=1&SORT=AZ&1%2C1%2C](http://catalog.ub.edu/search~$1*spi?/Xla+junta+electoral+central&searchscope=1&SORT=AZ/Xla+junta+electoral+central&searchscope=1&SORT=AZ&extended=0&SUBKEY=la+junta+electoral+central/1%2C9%2C9%2CB/frameset&FF=Xla+junta+electoral+central&searchscope=1&SORT=AZ&1%2C1%2C)>. Acesso em: 4 jan. 2018.

FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE MAYORDOMO, Pablo. **La Junta Electoral Central.** Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2014.

FERRARI, Sérgio. Criação de municípios e debate científico: entre mitos e métodos. **Revista de Informações Legislativas Brasília**, v. 53, n. 211, p. 55–80, 2016.

FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. Franquear. *In: Novo dicionário Aurélio da língua portuguesa*. 2. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1986, p. 809.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. Franquia. *In: Novo dicionário Aurélio da língua portuguesa*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1986, p. 809.

FERREIRA, Luiz Pinto. **Código Eleitoral comentado**. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1976.

FERREIRA, Luiz Pinto. **Código Eleitoral comentado (nos termos da Constituição Federal de 1988)**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1990.

FERREIRA, Marcelo Ramos Peregrino; SILVA, Roberto Baptista Dias da. O devido processo legal e suas potencialidades: o caos do direito de voto dos negros nos Estados Unidos da América. **Revista acadêmica da faculdade de direito de Recife**, v. 87, n. 1 (jan-jun 2015), p. 29–45, 2015.

FISCHBACH, Oskar George. **Derecho Político general y constitucional comparado**. Trad. W. Roces; Luiz Legaz. 2. ed. Barcelona: Labor, 1934.

FRANCO, Afonso Arinos de Melo. **História e teoria do partido político no direito constitucional brasileiro**. [s.l.: s.n.], 1948.

FRAZÃO, Carlos Eduardo. A inaplicabilidade do art. 224, §4º, do Código Eleitoral, a eleições para o Poder Executivo. *In: FUX, Luiz; FRAZÃO, Carlos Eduardo (Orgs.)*. **Novos paradigmas do Direito Eleitoral**. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

GABRIEL JÚNIOR, José Jorge. **Democracia , mercado e racionalidade : um estudo sobre o eleitor no Brasil**. Dissertação. Universidade de Brasília (Departamento de Economia), 2009.

GALVÃO, Jorge Octávio Lavocat. Reflexões sobre o recall presidencial: solução para a democracia brasileira? *In: CARVALHO NETO, Tarcísio Vieira; FERREIRA, Telson Luís Cavalcante (Orgs.)*. **Direito eleitoral: aspectos materiais e processuais**. São Paulo: Migalhas, 216AD, p. 299–303.

GARCÍA-ESCUADERO MÁRQUEZ, Piedad; ALVAREZ RODRÍGUEZ, Ignacio. **La presentación y proclamación de candidatos electorales**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2017.

GARCÍA FERNÁNDEZ, Javier. Pablo Lucas Verdú, un jurista entre dos generaciones del derecho político español. **Revista de estudios políticos**, n. 174 (out-dez), p. 225–266, 2016. Disponível em: <<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5770605>>. Acesso em: 22 fev. 2018.

GARCÍA MORILLO, Joaquín. La constitucionalidad del proceso electoral. **Corts: Anuario de derecho parlamentario**, n. 2, p. 83–102, 1996.

GARCÍA SORIANO, María Vicenta. **Elementos de derecho electoral**. Valência: Tirant lo Blanch, 2010. Disponível em: <[http://catalog.upf.edu/search~S11\\*cat?/Xelementos+de+derecho+electoral&SORT=D&searchscope=11/Xelementos+de+derecho+electoral&SORT=D&searchscope=11&SUBKEY=elementos+de+derecho+electoral/1%2C2%2C2%2CB/frameset&FF=Xelementos+de+derecho+electoral&SORT=D&searc](http://catalog.upf.edu/search~S11*cat?/Xelementos+de+derecho+electoral&SORT=D&searchscope=11/Xelementos+de+derecho+electoral&SORT=D&searchscope=11&SUBKEY=elementos+de+derecho+electoral/1%2C2%2C2%2CB/frameset&FF=Xelementos+de+derecho+electoral&SORT=D&searc)>. Acesso em: 20 fev. 2018.

GARCÍA SORIANO, María Vicenta. **Jueces e magistrados en el proceso electoral**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000. (Cuadernos e debates; 95).

GARRETT, Elizabeth. Democracy in the Wake of the California Recall. **University of Pennsylvania Law Review**, v. 98, n. 2000, p. 239–284, 2004.

GERHARDT, Michael J. **The power of precedent**. New York: Oxford University Press, 2008.

GIL, Antônio Carlos. **Como elaborar projetos de pesquisa**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

GOMES, José Jairo. **Direito eleitoral**. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

GOMES, José Jairo. **Direito eleitoral**. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Técnica processual e teoria do processo**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2012.

GONÇALVES, Luiz Carlos dos Santos; ZILIO, Rodrigo López. **Comentários às súmulas do TSE**. Salvador: Jus Podivm, 2017.

GONZÁLEZ, María Lourdes. Órganos electivos: composición y periodos electorales. In: NOHLEN, Hans-Dieter; ZOVATTO GARETTO, Daniel; OROZCO HENRÍQUEZ, J. Jesús; *et al* (Orgs.). **Tratado de derecho electoral comparado de América Latina**. Mexico: FCE, 2007, p. 124–133. (Política y Derecho).

GOYARD-FABRE, Simone. **Os princípios filosóficos do Direito Político**. Trad. Irene A. Paternot. São Paulo: Martins Fontes, 2002. (Ensino Superior).

GRESTA, Roberta Maia. **Ação temática eleitoral: proposta para a democratização dos procedimentos judiciais eleitorais coletivos**. Dissertação (Mestrado em Direito Processual). PUC Minas (Belo Horizonte), 2014.

GRESTA, Roberta Maia. Direito à memória ou direito pela memória? A ausência de processualidade a serviço da memória manipulada e o julgamento da ADPF 153. In: ILBAUM, Lucia; LEAL, Rogério Gesta; MEYER, Samantha Ribeiro (Orgs.). **Justiça de transição: verdade memória e justiça**. Florianópolis: FUNJAB, 2012, p. 436–465. Disponível em:

<<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=5c3b99e8f92532e5>>. Acesso em: 22 fev. 2018.

GRESTA, Roberta Maia. Intervenção de terceiros nas ações eleitorais coletivas: (novas) perspectivas de coletivização do processo a partir do CPC/2015. *In*: TAVARES, André Ramos; AGRA, Walber de Moura; PEREIRA, Luiz Fernando Casagrande (Orgs.). **O direito eleitoral e o novo Código de Processo Civil**. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 105–138.

GRESTA, Roberta Maia. **Introdução aos fundamentos da processualidade democrática**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014. (Coleção Estudos da Escola Mineira de Processo: 1).

GRESTA, Roberta Maia. Isomenia e dever de fundamentação no modelo decisório seriatim: sobre acordos parcialmente teorizados e desacordos quase completamente não teorizados. *In*: OMMATI, José Emílio Medaur; DUTRA, Leonardo Campos Victor (Orgs.). **Teoria crítica do processo: contributos da Escola Mineira de Processo para o constitucionalismo democrático**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018. (Coleção teoria crítica do Direito; 6).

GRESTA, Roberta Maia. Presunção e prova no espaço processual: uma reflexão epistemológica. *In*: BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias; SOARES, Carlos Henrique; BUSTAMANTE RÚA, Mónica Maria; *et al* (Orgs.). **Direito probatório: temas atuais**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016.

GRESTA, Roberta Maia. Processo coletivo: entre o estrangulamento da conflituosidade e a legitimidade democrática. *In*: **Anais do XX Congresso Nacional do CONPEDI**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2011, p. 6337–6365.

GRESTA, Roberta Maia. Segurança jurídica: o edifício de ponta-cabeça arquitetado na Exposição de Motivos do projeto do Novo Código de Processo Civil Brasileiro. *In*: **Anais do XXI Encontro Nacional do CONPEDI**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2012, p. 12.635-12.652.

GRESTA, Roberta Maia; FERREIRA, Lara Marina; BRACARENSE, Mariana Sousa. Parâmetros de legitimidade da atuação dos partidos políticos no processo jurisdicional eleitoral. *In*: GUERRA, Arthur Magno e Silva; BARACHO JÚNIOR, José Alfredo; BERNARDES, Flávio Couto (Orgs.). **Direito eleitoral: 30 anos de democracia**. Belo Horizonte: [s.n.], 2018, p. 213–245.

GRESTA, Roberta Maia; SANTOS, Polianna Pereira dos. Direitos políticos como direitos da sociedade: crítica ao aprisionamento semântico dos direitos políticos. *In*: FUCHS, Marie-Christine; STEINER, Christian (Orgs.). **Anuario de derecho constitucional latinoamericano (22º año)**. Bogotá: Konrad-Adenauer-Stiftung, 2016, p. 317–334.

GRINOVER, Ada Pellegrini. O Magistério de Enrico Tullio Liebman no Brasil. **Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo**, v. 81, p. 98–102, 1986.

GROFMAN, Bernard. Downsian model. *In*: **International encyclopedia of elections**. London: Macmillan, 2000, p. 70–72.



GUASP, Jaime. **Derecho procesal civil I**. 4. ed. Madrid: Editorial Civitas, 1998.

GUASP, Jaime. **Juez y hechos en el proceso: una crítica del derecho de disposición de las partes sobre el material de hecho del proceso**. Barcelona: Casa Editorial Bosch, 1943.

GUASP, Jaime. La pretensión procesal. **Revista de derecho procesal**, p. 333–392, 1951.

GUEDES, Néviton. A democracia e a restrição aos direitos políticos. *In*: FUX, Luiz; PEREIRA, Luiz Fernando Casagrande; AGRA, Walber de Moura (Orgs.). **Direito constitucional eleitoral**. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 111–119. (Tratado de direito eleitoral; 1).

GUERRERO, Alexander A. Against Elections: The Lottocratic Alternative. **Philosophy and Public Affairs**, v. 42, n. 2, p. 135–178, 2014. Disponível em: <<http://doi.wiley.com/10.1111/papa.12029>>. Acesso em: 23 fev. 2018.

GUSKOW, Miguel. **Dez temas de Direito Político**. Rio de Janeiro: Universidade Federal do Rio de Janeiro, 1986.

GUSTIN, Miracy B. S.; DIAS, Maria Tereza Fonseca. **(Re)pensando a pesquisa jurídica: teoria e prática**. 4. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2013.

HABERMAS, Jürgen. **Pensamento pós-metafísico: estudos filosóficos**. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1990. (Estudos alemães; 90).

HABERMAS, Jürgen. Três modelos normativos de democracia. **Cadernos da escola do legislativo (Assembleia Legislativa do Estado de Minas Gerais)**, n. 3 (jan-jul), p. 107–121, 1995.

HAURIOU, André; GICQUEL, Jean; GÉLARD, Patrice. **Derecho constitucional e instituciones políticas**. Trad. José Antonio Gonzales Casanova. 2. ed. Barcelona: Editorial Ariel, 1980.

HJELMSLEV, Louis. **Prolegômenos a uma teoria da linguagem**. São Paulo: Perspectiva, 1975.

HORTA, Raul Machado. **Estudos de Direito Constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 1995.

JAMES, Cristiano Rodrigues; PEREIRA, Juliana Almeida. A garantia dos direitos políticos diante do descompasso entre o conceito de domicílio eleitoral e a revisão do eleitorado. **Paraná Eleitoral**, v. 5, n. 3, p. 377–391, 2016.

JAN, Pascal. **Le procès constitutionnel**. 2. ed. Paris: Lextenso Éditions, 2010.

JELLINEK, Georg. **Sistema dei diritti pubblici subbiettivi**. Milano: Società editrice libraria, 1912. Disponível em: <[http://cataleg.ub.edu/record=b1516374~S1\\*cat](http://cataleg.ub.edu/record=b1516374~S1*cat)>. Acesso em: 15 fev. 2018.

JORGE, Flávio Cheim; LIBERATO, Ludgero; RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Curso de direito eleitoral**. 2. ed. Salvador: Jus Podivm, 2017.

KAUFMANN, Matthias. Discurso e despotismo. *In*: MERLE, Jean-Christophe; MOREIRA, Luiz (Orgs.). **Direito e legitimidade**. Trad. Claudio Molz, Tito Lívio Cruz Romão, Luiz Moreira, *et al.* São Paulo: Landy, 2003.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Trad. João Baptista Machado. 5. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996. (Ensino Superior).

KLAFKE, Guilherme Forma; PRETZEL, Bruna Romano. Processo decisório no Supremo Tribunal Federal: aprofundando o diagnóstico das onze ilhas. **Revista de Estudos Empíricos em Direito**, v. 1, n. 1, p. 89–104, 2014.

KORNHAUSER, Lewis A; SAGER, Lawrence G. The one and the many: adjudication in collegial courts. **California Law Review**, v. 81, n. 1, p. 1–59, 1993.

LANE, Jan-Erik. **Constitutions and political theory**. 2. ed. Manchester: Manchester University Press, 2011.

LEAL, André Cordeiro. **Instrumentalidade do processo em crise**. Belo Horizonte: Mandamentos, FUMEC/FCH, 2008.

LEAL, André Cordeiro. **O contraditório e a fundamentação das decisões no direito processual democrático**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

LEAL, Rosemiro Pereira. A questão dos precedentes e o devido processo. **Revista brasileira de direito processual (RBDPro)**, v. 25, n. 98 (abr-jun), p. 295–313, 2017.

LEAL, Rosemiro Pereira. **A teoria neoinstitucionalista do processo: uma trajetória conjectural**. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2013. (Coleção Professor Álvaro Ricardo de Souza; 7).

LEAL, Rosemiro Pereira. Modelos processuais e constituição democrática. *In*: CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade; MACHADO, Felipe Daniel Amorim (Orgs.). **Constituição e processo: a contribuição do processo ao constitucionalismo democrático brasileiro**. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p. 283–292.

LEAL, Rosemiro Pereira. O paradigma processual ante as sequelas míticas do poder constituinte originário. **Phrónesis: direito e sociedade**, v. 1, n. 2 (jul.), p. 195–208, 2009.

LEAL, Rosemiro Pereira. Parte como instituto do processo constitucional. *In*: DIDIER JR., Fredie; CERQUEIRA, Luís Otávio Sequeira de; CALMON FILHO, Petrônio; *et al* (Orgs.). **O terceiro no processo civil brasileiro e assuntos correlatos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, v. 1, p. 470–473.

LEAL, Rosemiro Pereira. Processo civil e sociedade civil. **Virtuajus**, v. 4, n. 2 (dez.), 2005.

LEAL, Rosemiro Pereira. **Processo como teoria da lei democrática**. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria geral do processo: primeiros estudos**. 14. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria processual da decisão jurídica**. 3. ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017.

LEAL, Victor Nunes. **Coronelismo, enxada e voto: o município e o regime representativo no Brasil**. 7. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2012.

LEÃO, Nilzardo Carneiro. **Do processo penal eleitoral brasileiro**. Recife: Imprensa Universitária, 1964.

LEISNER, Walter. **Von der Verfassungsmäßigkeit der Gesetze zur Gesetzmäßigkeit der Verfassung – Betrachtung zur möglichen selbständigen Begrifflichkeit im Verfassungsrecht**. Tübingen: [s.n.], 1964.

LIBERATO, Ludgero. O alcance do conceito do processo jurisdicional eleitoral no Direito brasileiro. *In*: FUX, Luiz; PEREIRA, Luiz Fernando Casagrande; AGRA, Walber (Orgs.). **Direito processual eleitoral**. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 21–47. (Tratado de Direito Eleitoral; 6).

LIEBMAN, Enrico Tullio. **Manual de Direito Processual civil I**. Trad. Cândido Rangel Dinamarco. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1985.

LINDER, Wolf; LUTZ, George; BOLLINGER, Christian; *et al.* Switzerland. *In*: NOHLEN, Dieter; STÖVER, Philip (Orgs.). **Elections in Europe: a data handbook**. Baden-Baden: Nomos, 2010, p. 1879–1966.

LÔBO, Edilene. **A inclusão do cidadão no processo eleitoral**. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

LOPES, Edward. **Discurso, texto e significado: uma teoria do interpretante**. São Paulo: Cultrix, 1978.

LÓPEZ-GUERRA, Claudio. **Democracy and disenfranchisement: the morality of electoral exclusions**. Oxford: Oxford University Press, 2014.

LUHMANN, Niklas. **Introdução à teoria dos sistemas**. Trad. Ana Cristina Arantes. 3. ed. Petrópolis: Vozes, 2011.

LUHMANN, Niklas. **Legitimação pelo procedimento**. Trad. Maria da Conceição. Brasília: UNB, 1980.

MACDONALD, Lyn. **Somme**. London: Michael Joseph Ltd., 1983.

MACEDO, Elaine Harzheim. Normatização das eleições: a Justiça Eleitoral detém funções legislativas? *In*: FUX, Luiz; PREIRA, Luiz Fernando Casagrande; AGRA, Walber de Moura (Orgs.). **Direito constitucional eleitoral**. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 265–282. (Tratado de direito eleitoral; 1).

MACEDO, Elaine Harzheim; SOARES, Rafael Morgental. O poder normativo da Justiça Eleitoral e a separação de poderes: um paradigma democrático? *In*: VITA, Jonatan Barros; MALISKA, Marcos Augusto (Orgs.). **Direitos fundamentais e democracia II**. Florianópolis: CONPEDI, 2014, p. 265–293.

MACIEL JÚNIOR, Vicente de Paula. **Teoria das ações coletivas: as ações coletivas como ações temáticas**. São Paulo: LTr, 2006.

MADEIRA, Dhenis Cruz. Teoria do processo e discurso normativo: digressões democráticas. **Revista de informação legislativa do Senado Federal**, v. abr-jun, n. 178, p. 141–156, 2008.

MALEY, Michael. Disqualification of voters, grounds for. *In*: ROSE, Richard (Org.). **International encyclopedia of elections**. London: Macmillan, 2000, p. 66.

MARCH, James G.; OLSEN, Johan P. The new institutionalism: organizational factors in political life. **The American Political Science Review**, v. 78, n. 3 (set), p. 734–749, 1984.

MARCH, James G.; OLSEN, Johan P. **The role of political institutions**. New York: The Free Press, 1989.

MARKHAM, James. Against individually signed judicial opinions. **Duke Law Journal**, v. 56, p. 923–951, 2006. Disponível em: <<http://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1312&context=dlj>>. Acesso em: 6 jul. 2015.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Poderes da Administração Pública. **Fórum Administrativo**, v. 16, n. 190, p. 34–43, 2012.

MARTÍN-RETORTILLO, Sebastián. Estudio preliminar: la doctrina del ordenamiento jurídico, de Santi Romano y algunas de sus aplicaciones en el campo del Derecho Administrativo. *In*: **El ordenamiento jurídico**. Trad. Sebastián Martín-Retortillo; Lorenzo Martín-Retortillo. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2013, p. LIII–XCVII. (Civitas).

MARTÍNEZ RUANO, Pedro. **El control electoral**. Madrid: Congreso de los Diputados, 2003. Disponível em: <[http://catalog.ub.edu/search~\\$1\\*spi?/Xel+control+electoral&searchscope=1&SORT=AZ/Xel+control+electoral&searchscope=1&SORT=AZ&extended=0&SUBKEY=el+control+electoral/1%2C4%2C4%2CB/frameset&FF=Xel+control+electoral&searchscope=1&SORT=AZ&1%2C1%2C](http://catalog.ub.edu/search~$1*spi?/Xel+control+electoral&searchscope=1&SORT=AZ/Xel+control+electoral&searchscope=1&SORT=AZ&extended=0&SUBKEY=el+control+electoral/1%2C4%2C4%2CB/frameset&FF=Xel+control+electoral&searchscope=1&SORT=AZ&1%2C1%2C)>. Acesso em: 4 jan. 2018.

MARTINS, Rui Cunha. **O ponto cego do direito: the brazilian lessons**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

MASSENA, Nestor. **Direito político**. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1929.

MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. **Princípios gerais do direito administrativo I**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

MELO, Osvaldo Ferreira de. **Dicionário de Direito Político**. Rio de Janeiro: Forense, 1978.

MENDES, Conrad Hübner. Onze ilhas. **Folha de São Paulo**, 2010.

MENDES, Conrado Hübner. **Constitutional courts and deliberative democracy**. Oxford: Oxford University Press, 2013. (Oxford Constitutional Theory).

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso De Direito Constitucional**. 13. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. (Série IDP).

MEZZAROBBA, Orides. **O partido político no Brasil: teoria, história e legislação**. Joaçaba: UNOESC, 1995.

MICHELS, Robert. **Sociologia dos partidos políticos**. Brasília: UNB, 1982.

MICKOLEIT, Arthur. Andorra. *In*: NOHLEN, Dieter (Org.). **Elections in Europe: a data handbook**. Baden-Baden: Nomos, 2010, p. 149–168.

MILL, John Stuart. **Representative Government**. Kitchener: Batoche Books, 2001.

MONTESQUIEU, Charles Secondat. **O espírito das leis**. Trad. Cristina Murachco. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000. (Paideia).

MORAIS, Fausto Santos; SANTOS, José Paulo S. dos. A legitimidade metodológica da extensão material dos direitos fundamentais. *In*: BUSTAMANTE, Thomas; FERNANDES, Bernardo Gonçalves; OLIVEIRA, Marcelo Cattoni de; *et al* (Orgs.). **O futuro do constitucionalismo: perspectivas para a democratização do direito constitucional**. Belo Horizonte: Initia Via, 2014, p. 94–96.

MORANGE, Jean. **Direitos humanos e liberdades públicas**. Trad. Eveline Bouteiller. 5. ed. Barueri: Manole, 2004.

MOREIRA, Luiz. **A Constituição como simulacro**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

MOTA, Aroldo. **O direito eleitoral na Constituição de 1988**. Fortaleza: [s.n.], 1989.

MÜLLER, Friedrich. Que grau de exclusão social ainda pode ser tolerado por um sistema

democrático? **Revista da Procuradoria-Geral do município de Porto Alegre**, n. especial, 2000.

MÜLLER, Friedrich. **Quem é o povo? a questão fundamental de democracia**. 3. ed. São Paulo: Max Limonad, 2003.

MUNANGA, Kabengele. Uma abordagem conceitual das noções de raça, racismo, identidade e etnia (Palestra). **III Seminário Nacional Relações Raciais e Educação (PENESB-RJ)**, 2003.

MUNDIM, Luís Gustavo Reis. **Precedentes: da vinculação à democratização**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018.

NAVES, Márcio Bilharino. **Marxismo e direito: um estudo sobre Pachukanis**. São Paulo: Boitempo, 2000.

NEISSER, Fernando Gaspar. Proposta de modificação do número de deputados federais e senadores em cada Estado. *In*: RIBEIRO, José Horácio Halfeld Rezende (Org.). **Reforma política**. 1. ed. São Paulo: Instituto dos Advogados de São Paulo, 2017, p. 597–609.

NOHLEN, Dieter. **Gramática de los sistemas electorales: una introducción a la ingeniería de la representación**. Madrid: Tecnos, 2015.

NOHLEN, Dieter. **Sistemas electorales y partidos políticos**. 3. ed. Mexico: FCE, 2004. (Política y derecho).

NOHLEN, Dieter; STÖVER, Philip. Elections in Europe. *In*: NOHLEN, Dieter; STÖVER, Philip (Orgs.). **Elections in Europe: a data handbook**. Baden-Baden: Nomos, 2010, p. 69–124. Disponível em: <[http://cataleg.upf.edu/record=b1538481~\\$11\\*cat](http://cataleg.upf.edu/record=b1538481~$11*cat)>. Acesso em: 18 fev. 2018.

NUNES, Dierle José Coelho. **Processo jurisdicional democrático**. Curitiba: Juruá, 2012.

OLIVEIRA, Fábio de. A Constituição dirigente: morte e vida no pensamento do Doutor Gomes Canotilho. **Revista brasileira de direito comparado**, n. 28, p. 195–228, 2005.

OLIVEIRA, Márcio Luis de. **A Constituição juridicamente adequada**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016.

OMMATI, José Emílio Medauar; DUTRA, Leonardo Campos Victor (Orgs.). **Teoria crítica do processo: contributos da Escola Mineira de Processo para o constitucionalismo democrático**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018. (Coleção teoria crítica do Direito; 6).

OROZCO HENRÍQUEZ, J. Jesús. El contencioso electoral, la calificación electoral. *In*: NOHLEN, Hans-Dieter; ZOVATTO GARETTO, Daniel; OROZCO HENRÍQUEZ, J. Jesús; *et al* (Orgs.). **Tratado de derecho electoral comparado de América Latina**. Mexico: FCE,

2007, p. 1152–1288. (Política y Derecho).

ORWIN, Clifford. Tragic visions, mundane realities: a comment on Danielle Allen's "Invisible citizens". *In*: WILLIAMS, Melissa S.; MACEDO, Stephen (Orgs.). **Political exclusion and domination**. New York: New York University Press, 2005, p. 77–86. (Nomos; XLVI).

OSORIO, Aline. **Direito eleitoral e liberdade de expressão**. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

OST, François. **O tempo do direito**. Trad. Elcio Fernandes; Carlos Aurélio Mota de Souza (revisor). Bauru: Edusc, 2005.

OXFORD UNIVERSITY PRESS. Disenfranchise. *In*: **The Oxford english dictionary**. 2. ed. Oxford: Clarendon Press - Oxford, 1991, v. IV, p. 767.

PAGE, Benjamin I. Is public opinion an illusion? **Critical Review**, v. 19, n. 1, p. 35–45, 2007. Disponível em: <<https://search.proquest.com/docview/217269927?OpenUrlRefId=info:xri/sid:primo&accountid=14708>>. Acesso em: 27 fev. 2018.

PAGE, Benjamin I.; SHAPIRO, Robert. The rational public and democracy. *In*: MARCUS, George; HANSON, Russel (Orgs.). **Reconsidering the democratic public**. University Park: Pensilvania State University Press, 1993, p. 33–64.

PAIVA, Maria Arair Pinto. **Direito político do sufrágio no Brasil (1822-1982)**. Brasília: Thesaurus Editora, 1985.

PASCUA MATEO, Fabio. **El control de las elecciones**. Navarra: Thomson Reuters, 2009.

PASTOR ALBALADEJO, Gema. **Calidad de la Democracia y Administración Electoral**. Madrid: Congreso de los Diputados, 2011. (Colección Monografías; 82).

PEÑA, María Antonia. La genealogía intelectual. *In*: SIERRA, María; PEÑA, María Antonia; ZURITA, Rafael (Orgs.). **Elegidos y elegibles: la representación parlamentaria en el cultura del liberalismo**. Madrid: Marcial Pons, Ediciones de Historia, 2010, p. 26–186.

PENIDO, Flávia Ávila. **Processo e interpretação em Eduardo J. Couture**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

PEREIRA, Frederico Batista. O voto econômico no Brasil. *In*: BONIFÁCIO, Robert; CASALECCHI, Gabriel; DEUS, Cleber de (Orgs.). **O voto para presidente no Brasil (1989 a 2010): condicionantes e fatores explicativos**. Curitiba: Ithala, 2014, p. 127–155.

PEREIRA, Rodolfo Viana. Condições de registrabilidade e condições implícitas de elegibilidade: esses obscuros objetos do desejo. *In*: **Direito eleitoral: debates ibero-americanos**. Curitiba: Ithala, 2014, p. 275–286.

PEREIRA, Rodolfo Viana. **Direito Constitucional Democrático: controle e participação como elementos fundantes e garantidores da constitucionalidade**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

PEREIRA, Rodolfo Viana. **Tutela coletiva no direito eleitoral: controle social e fiscalização das eleições**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

PEREIRA, Rodolfo Viana; GRESTA, Roberta Maia. Antecipação do registro de candidatura: uma reflexão em favor da estabilidade do processo eleitoral. *In*: FUX, Luiz; PEREIRA, Luiz Fernando Casagrande; AGRA, Walber de Moura (Orgs.). **Elegibilidade e inelegibilidades**. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 517–549. (Tratado de Direito Eleitoral; 3).

PÉREZ-MONEO AGAPITO, Miguel. **La selección de candidatos electorales en los partidos**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2012.

PERNEY, David. The dimensions of the right to vote: the write-in vote, Donald Duck, and voting booth speech written-off. *Missouri Law Review*, v. 58, p. 945–968, 1993. Disponível em: <<http://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/molr58&id=955&div=33&collection=journals>>. Acesso em: 17 jan. 2018.

PETERS, B. Guy. **El nuevo institucionalismo: teoría institucional en ciencia política**. Trad. Verónica Tirota. Barcelona: Editorial Gedisa, 1999. (Ciencia Política; 4).

PIMENTA, José Carlos. **Processo eleitoral e controle jurisdicional**. Belo Horizonte: Mandamentos, [s.d.].

PINTO, Paulo Brossard de Souza. **O impeachment: aspectos da responsabilidade política do Presidente da República**. Porto Alegre: Oficinas Gráficas da Livraria do Globo, 1965.

POPPER, Karl R. **A miséria do historicismo**. São Paulo: Cultrix, 1980.

POPPER, Karl Raymond Sir. **A lógica da pesquisa científica**. Trad. Leonidas Hegenberg; Octanny Silveira da Mota. São Paulo: Cultrix, 2007.

POPPER, Karl Raymond Sir. **Conhecimento objetivo: uma abordagem evolucionária**. Belo Horizonte: Itatiaia, 1999. (Coleção Espírito do nosso tempo; 13).

PORTER, Kirk Harold. **A history of suffrage in the United States**. 1. ed. Chicago: The University of Chicago Press, 1918. Disponível em: <[http://hdl.handle.net/2027/uc1.\\$b269735](http://hdl.handle.net/2027/uc1.$b269735)>. Acesso em: 18 fev. 2018.

PORTO, Walter Costa. **Dicionário do voto**. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2000.

PRESNO LINERA, Miguel Ángel. **El derecho de voto: un derecho político fundamental**. Mexico: Editorial Porrúa, 2012. (Biblioteca Porrúa de Derecho Electoral; 1).



PRESNO LINERA, Miguel Ángel. La exclusión política de los extranjeros. *In*: MORÁN MARTÍN, Remedios (Org.). **Participación y exclusión política: causas, mecanismos y consecuencias**. Valencia: Tirant lo blanch, 2018, p. 393–412.

RAIS, Diogo. Iniciativa popular à brasileira. **Revista científica virtual da Escola Superior de Advocacia da OAB-SP**, n. 14, p. 98–107, 2013.

RAMIRES, Maurício. **Crítica à aplicação de precedentes no Direito Brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

REVENGA SÁNCHEZ, Miguel. El reto de la normalización del inmigrante. *In*: SANTOLAYA MACHETTI, Pablo; REVENGA SÁNCHEZ, Miguel (Orgs.). **Nacionalidad, extranjería y derecho de sufragio**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007, p. 83–98.

RIBEIRO, Fávila. **Direito Eleitoral**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

RIBEIRO, Fávila. **Pressupostos constitucionais do direito eleitoral: no caminho da sociedade participativa**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1990.

RICCIANI, Jacqueline. *Burdick v. Takushi: The Anderson balancing test to sustain prohibitions on write-in voting*. **Pace Law Review**, v. 13, p. 949–1002, 1994.

RICOUER, Paul. **A memória, a história o esquecimento**. Trad. Alain François [et Al.]. Campinas: Editora Unicamp, 2010.

ROMANO, Santi. **El ordenamiento jurídico**. Trad. Sebastián Martín-Retortillo; Lorenzo Martín-Retortillo. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2013. (Civitas).

ROSSANDA, Rosana; SARTRE; FAY; *et al* (Orgs.). **Teoria marxista do partido político**. Mexico: Ediciones Passado e Presente, 1987.

SADEK, Maria Tereza. **A Justiça eleitoral e a consolidação da democracia no Brasil**. Rio de Janeiro: Centro Edelstein de Pesquisas Sociais, 1995.

SALGADO, Eneida Desiree. **Administración de las elecciones y jurisdicción electoral: un análisis del modelo mexicano y una crítica a la opción brasilera**. Mexico: Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2016.

SALGADO, Eneida Desiree. Os partidos políticos e o estado Democrático: a tensão entre a autonomia partidária e a exigência de democracia interna. *In*: SALGADO, Eneida Desiree; DANTAS, Ivo (Orgs.). **Partidos políticos e seu regime jurídico**. Curitiba: Juruá, 2013, p. 135–165.

SALGADO, Eneida Desiree. **Princípios constitucionais eleitorais**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2015.

SALGADO, Eneida Desiree. **Reforma política**. São Paulo: Contracorrente, 2018. (Saberes descolonizados).

SALGADO, Eneida Desiree. Um novo modelo de governança eleitoral para o Brasil. **Gazeta do povo**, 2014. Disponível em: <[www.gazetadopovo.com.br/opiniaio/artigos/um-novo-modelo-de-governanca-eleitoral-para-o-brasil-efgvknjh1a53jngfpng0q16xa](http://www.gazetadopovo.com.br/opiniaio/artigos/um-novo-modelo-de-governanca-eleitoral-para-o-brasil-efgvknjh1a53jngfpng0q16xa)>.

SÁNCHEZ MUÑOZ, Óscar. **La igualdad de oportunidades en las competiciones electorales**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007. Disponível em: <[http://catalog.ub.edu/search~S1\\*sp1/?searchtype=X&searcharg=la+igualdad+de+oportunidades+en+las+competiciones+electorales&searchscope=1&sortdropdown=-&SORT=AZ&extended=0&SUBMIT=Buscar&searchlimits=&searchorigarg=Xdiccionario+electoral%26SORT%3DAZ](http://catalog.ub.edu/search~S1*sp1/?searchtype=X&searcharg=la+igualdad+de+oportunidades+en+las+competiciones+electorales&searchscope=1&sortdropdown=-&SORT=AZ&extended=0&SUBMIT=Buscar&searchlimits=&searchorigarg=Xdiccionario+electoral%26SORT%3DAZ)>. Acesso em: 4 jan. 2018.

SANTANO, Ana Claudia. Ativismo judicial no caso das candidaturas independentes. **Justiça do Direito**, v. 32, n. 1 (jan./abr.), p. 120–152, 2018.

SANTOLAYA MACHETTI, Pablo. Nacionalidad, extranjería y derecho de sufragio. *In*: SANTOLAYA MACHETTI, Pablo; REVENGA SÁNCHEZ, Miguel (Orgs.). **Nacionalidad, extranjería y derecho de sufragio**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007, p. 11–82.

SANTOLAYA MACHETTI, Pablo. **Procedimiento e garantías electorales**. Pamplona: Thomson Reuters, 2013.

SANTOS, Polianna Pereira dos. **Voto e qualidade da democracia: as distorções do sistema proporcional brasileiro**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016.

SAUSSURE, Ferdinand de. **Curso de linguística geral**. 32. ed. São Paulo: Cultrix, 2011.

SCHIER, Paulo Ricardo. Novos desafios da filtragem constitucional no momento do neoconstitucionalismo. **Revista Eletrônica de Direito do Estado**, n. 4 (out-dez), 2005. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em: 7 jul. 2014.

SCHUMPETER, Joseph A. **Capitalismo, socialismo e democracia**. Trad. Ruy Jungmann. Rio de Janeiro: Editora Fundo de Cultura, 1961.

SESCONETTO, Julianna Sant'ana; FONSECA, Leonardo Campos Soares da. A responsabilidade civil por atos que ensejam a extinção anômala do processo eleitoral. *In*: FUX, Luiz; JÚNIOR, Antônio Veloso Peleja; ALVIM, Frederico Franco; *et al* (Orgs.). **Direito eleitoral: temas relevantes**. Curitiba: Juruá, 2018, p. 147–175.

SILVA, José Afonso da. **Comentário contextual à Constituição**. São Paulo: Malheiros, 2008.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional positivo**. 39. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

SOARES, Elisiane Campos de Melo; SILVA, Luiz Victor Monteiro Silva. Voto obrigatório vs. voto facultativo: qual é o melhor modelo para o Brasil? **Estudos Eleitorais**, v. 11, n. 2 (maio-ago), 2016.

SOUZA, Galvão de. **Introdução à história do Direito Político brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1962.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. Teoria da Constituição, democracia e igualdade. *In*: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; BERCOVICI, Gilberto; MORAES FILHO, José Filomeno de; *et al* (Orgs.). **Teoria da Constituição: estudos sobre o lugar da política no Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 1–74.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

SUNSTEIN, Cass R. Incompletely theorized agreements in constitutional law. n. January, 2007.

SUNSTEIN, Cass R. **One case at a time: judicial minimalism on the Supreme Court**. Cambridge: Harvard University Press, 2001.

SUNSTEIN, Cass R; VERMEULE, Adrian. Interpretation and institutions. **Michigan Law Review**, v. 101, n. 2002–2003, p. 885–951, 2012.

SUPREME COURT OF THE UNITED STATES. Shelby County, Alabama v. Holder, Attorney General, et. al. (2013). Disponível em: <[https://www.supremecourt.gov/opinions/12pdf/12-96\\_6k47.pdf](https://www.supremecourt.gov/opinions/12pdf/12-96_6k47.pdf)>. Acesso em: 22 fev. 2018.

TAVARES, André Ramos. A Constituição aberta. **Revista latino-americana de estudos constitucionais**, n. 8 (jan-jun), p. 326–343, 2008.

TAVARES, André Ramos. Princípios constitucionais do processo eleitoral. *In*: TAVARES, André Ramos; AGRA, Walber de Moura; PEREIRA, Luiz Fernando (Orgs.). **O direito eleitoral e o novo Código de Processo Civil**. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 17–39.

TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. **A criação e realização do Direito na decisão judicial**. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle José; BAHIA, Alexandre Melo Franco; *et al*. **Novo CPC: fundamentos e sistematização**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

THIBAU, Vinícius Lott. **Garantismo e processualidade democrática**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018.

TIERNO GALVÁN, Enrique. Prologo. *In*: VERDÚ, Pablo Lucas (Org.). **Introducción al Derecho Político: las transformaciones sociales del Derecho Político actual**. Barcelona: José

Maria Bosch, 1958. (Estudios Jurídicos; 2).

TOMÁS VILLARROYA, Joaquín. La dirección dogmática en el derecho político. **Revista de administración pública**, n. 79, p. 67–89, 1976.

TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL. Mais de 800 mil brasileiros estão com os direitos políticos suspensos. **Notícias TSE**, 2013. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/imprensa/noticias-tse/boletim/mais-de-800-mil-brasileiros-estao-com-os-direitos-politicos-suspensos>>. Acesso em: 31 jul. 2018.

UNITED KINGDOM. Representation of the People Act (1918). Disponível em: <[http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1918/64/pdfs/ukpga\\_19180064\\_en.pdf](http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1918/64/pdfs/ukpga_19180064_en.pdf)>. Acesso em: 18 fev. 2018.

UNITED STATES OF AMERICA. Voting Rights Act (1965). Disponível em: <<https://www.archivesfoundation.org/documents/voting-rights-act-1965/>>.

VALENZUELA, Francisco Berlín. **Derecho parlamentario**. Mexico: FCE, 1993.

VERDÚ, Pablo Lucas. **Introducción al Derecho Político: las transformaciones sociales del Derecho Político actual**. Barcelona: José Maria Bosch, 1958. (Estudios Jurídicos; 2).

VERDÚ, Pablo Lucas. Situación de la Ciencia del Derecho Político en España. **Anuario de Ciencia Jurídica**, n. 2, p. 223–262, 1971.

VERDÚ, Pablo Lucas. Sobre el concepto de institución política. **Revista de estudios políticos**, n. 108, p. 25–44, 1959.

WALDRON, Jeremy. Is dignity the foundation of human rights? **Public law & legal theory research paper series**, 2013.

WALDRON, Jeremy. Judges as moral reasoners. **International Journal of Constitutional Law**, v. 7, n. 1 (jan), p. 2–24, 2009.

WALDRON, Jeremy. **Law and disagreement**. New York: Oxford University Press, 1999. Disponível em: <<http://books.google.com/books?hl=en&lr=&id=R3VCAgAAQBAJ&oi=fnd&pg=PA1&dq=Law+and+Disagreement&ots=vqUcDzIdE0&sig=bneg6d0YKrTEd8lJbtFUmVyJVE0>>. Acesso em: 15 mar. 2015.

WALDRON, Jeremy. The Core of the Case Against Judicial Review. **The Yale Law Journal**, v. 115, n. 6 (abr), p. 1346–1406, 2006.

WALTER, Carlos. **Discurso jurídico na democracia: processualidade constitucionalizada**. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. **Curso avançado de processo civil: execução**. 15. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. (v.2).

WEBER, Max. Os três tipos puros de dominação legítima. *In*: COHN, Gabriel (Org.). **Weber**. São Paulo: Ática, 1997, p. 128–141.

WILLIAMS, Melissa S.; MACEDO, Stephen (Orgs.). **Political exclusion and domination**. New York: New York University Press, 2005. (Nomos; XLVI).

YIN, R. K. **Estudo de caso: planejamento e métodos**. 3. ed. Porto Alegre: Bookman, 2005.

ZANETI JÚNIOR, Hermes. **A constitucionalização do processo**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

ZILIO, Rodrigo López. **Direito eleitoral**. 6. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2018.