

**INSTITUTO BRASILEIRO DE ENSINO, DESENVOLVIMENTO E PESQUISA**  
**PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO *STRICTO SENSU* EM DIREITO**  
**DOUTORADO EM DIREITO CONSTITUCIONAL**

**GUILHERME RODRIGUES CARVALHO BARCELOS**

**DIREITO ELEITORAL E AUTONOMIA DO DIREITO**  
**DA DEGENERAÇÃO À RECONSTRUÇÃO**

**BRASÍLIA**

**2024**

GUILHERME RODRIGUES CARVALHO BARCELOS

**DIREITO ELEITORAL E AUTONOMIA DO DIREITO  
DA DEGENERAÇÃO À RECONSTRUÇÃO**

Tese de Doutorado desenvolvida sob a orientação do(a) Prof.(a) Dr.(a) Georges Abboud e apresentada ao PPGD/IDP como requisito parcial para a obtenção do título de Doutor(a) em Direito Constitucional.

**BRASÍLIA**

**2024**

Ficha catalográfica elaborada pela Biblioteca Ministro Moreira Alves  
Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa

BARCELOS, Guilherme Rodrigues Carvalho.

Direito Eleitoral e Autonomia do Direito: da degeneração à  
reconstrução / Guilherme Rodrigues Carvalho Barcelos.

Tese (Doutorado em Direito) - Orientador Georges Abboud - Brasília-  
DF: IDP, 2024.

383 fl.; 30cm.

1. Direito Eleitoral. 2. Autonomia do Direito. 3. Degeneração e  
Reconstrução. I. Georges Abboud II. Instituto Brasileiro de  
Desenvolvimento e Pesquisa. III. Título.

CDD: 001.8 CDU: 001.4.

GUILHERME RODRIGUES CARVALHO BARCELOS

**DIREITO ELEITORAL E AUTONOMIA DO DIREITO**

Tese de Doutorado desenvolvida sob a orientação do(a) Prof.(a) Dr.(a) Georges Abboud e apresentada ao PPGD/IDP como requisito parcial para a obtenção do título de Doutor(a) em Direito Constitucional.

Data da defesa

**BANCA EXAMINADORA**

---

**Prof. Dr. Georges Abboud**  
**Orientador**  
IDP

---

**Prof. Dr. Ulisses Schwartz Viana**  
Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa  
Membro Interno

---

**Profa. Dra. Vania Siciliano Aieta**  
(Universidade Estadual do Rio de Janeiro - UERJ)  
Membro Externo

---

**Prof. Dr. Giancarlo Montagner Copelli**  
(Faculdade de Direito de Vitória/Unisinos)  
Membro Externo

## RESUMO

A tese busca resgatar o fenômeno do moralismo na cena pública brasileira, de modo a demonstrar como esse fenômeno foi o mote para degradações institucionais e golpes de Estado. Buscaremos demonstrar, desse modo, como o moralismo saiu dos discursos políticos, passando a adentrar o horizonte da legislação eleitoral. Após, conforme demonstraremos, o mesmo fenômeno, do âmbito legislativo, passou a abarcar a interpretação do Direito Eleitoral. A questão, assim sendo, é: se esses intuitos moralizadores fizeram degradar a institucionalidade brasileira ao longo da história, cercada que é de golpes e contragolpes, os mesmos discursos foram além da esfera política, adentrando ao Direito e à sua interpretação-aplicação. A absorção dessas práticas especificamente no âmago do Direito Eleitoral, promoveu uma degeneração deste ramo jurídico, sendo que a autonomia do Direito cedeu em prol de concepções moralistas, como se o Direito Eleitoral fosse um instrumento tendente ao combate à corrupção ou à promoção de uma purga social, o que veio promover um fenômeno de degeneração do Direito Eleitoral e da sua autonomia. Propõe-se, ao fim e ao cabo, uma reconstrução, com o foco permanente e incansável na preservação da autonomia do Direito Eleitoral, terá como horizonte a democracia, a filosofia e a constitucionalidade, com assento em uma perspectiva de devido processo legal.

**Palavras-chave:** Direito Eleitoral. Moralismo eleitoral. Degeneração. Autonomia do Direito. Reconstrução.

## ABSTRACT

This work seeks to rescue the phenomenon of moralism in the Brazilian public scene, in order to demonstrate how this phenomenon was the trigger for institutional degradations and coups d'état. We will seek to demonstrate, in this way, how moralism left political speeches and entered the horizon of electoral legislation. Afterwards, as we will demonstrate, the same phenomenon, from the legislative scope, began to encompass the interpretation of Electoral Law. The question, therefore, is: if these moralizing intentions degraded Brazilian institutionality throughout history, surrounded by coups and counter-coups, the same discourses went beyond the political sphere, entering into Law and its interpretation-application. The absorption of these practices specifically at the heart of Electoral Law, promoted a degeneration of this legal branch, with the autonomy of the Law giving way in favor of moralistic conceptions, as if Electoral Law were an instrument aimed at combating corruption or promoting a purge social, which promoted a phenomenon of degeneration of Electoral Law and its autonomy. Ultimately, a reconstruction is proposed, with a permanent and tireless focus on preserving the autonomy of Electoral Law, with democracy, philosophy and constitutionality as its horizon, based on a perspective of due process of Law.

**Keywords:** Electoral Law. Electoral moralism. Degeneration. Autonomy of Law. Reconstruction.

## SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	07
<b>PARTE I – PARADIGMA DA (DES)CONSTRUÇÃO: SOBRE OS CAMINHOS DE UMA DEGENERACÃO ANUNCIADA.....</b>	<b>29</b>
1.1. A ditadura civil-militar, de 1964-1985, e o manejo dos atos institucionais: a “moralização da política” e o casuísmo na consagração de hipóteses de inelegibilidade.....	33
1.2. A redemocratização, a Constituição de 1988 e a primeira lei a tratar das inelegibilidades - a Lei Complementar nº 64/90.....	51
1.3. O artigo 14, §9º, da CF: o <i>background</i> deste dispositivo constitucional, fruto do poder constituinte derivado, e o inaugurar de uma prática discursiva de feição degenerativa no âmbito da República.....	54
1.4. O “ <i>Caso Eurico Miranda</i> ”: a atuação do Tribunal Superior Eleitoral (TSE) na abertura dos portões para o uso judicial do discurso de “moralização da política” como vetor de interpretação <i>do e no</i> Direito Eleitoral – o concretizar, pela tentativa de imposição de uma “ <i>cartilha de moralidade</i> ”, de um largo passo a caminho da degeneração jurídico-eleitoral.....	61
1.5. A ADFP nº 144 – a Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB) batendo às portas do Supremo Tribunal Federal (STF): a pretensão de “moralização político-eleitoral” à <i>fórceps</i> - o “ <i>Mundo fora de prumo</i> ” e o acerto do Supremo como resposta.....	68
1.6. A Lei Complementar nº 135/2010 (Lei da Ficha-Limpa) e os discursos jurídicos legitimadores dela: a fuga do Direito em direção à moral (subjativa).....	79
1.6.1. O efeito rebote: a resposta a Celso de Mello.....	79
1.6.2. A inspiração e o uso descarado de um passado nada alvissareiro – demonstrando como a história precisa urgentemente ser revista: o “pecado original” do qual poucos falam.....	81
1.6.3. A aplicabilidade (eficácia) da Lei da “Ficha Limpa” nas (para as) eleições de 2010: a interpretação do TSE e a quebra da normatividade do artigo 16 da CF.....	94
1.6.4. A “Ficha-Limpa” bate às portas do STF pela primeira vez: de como o Supremo <i>quase</i> transformou um “ <i>easy case</i> ” em um “ <i>tragic case</i> ”.....	99
1.6.5. 2012 (parte I): o controle difuso de constitucionalidade exercido pelo TSE em face da lei: os fundamentos decisórios legitimadores da retroatividade e justificadores da ausência de violação à presunção de inocência.....	106
1.6.6. 2012 (parte II): o controle concentrado de constitucionalidade exercido pelo STF em face da lei: os fundamentos decisórios legitimadores da retroatividade e justificadores da ausência de violação à presunção de inocência.....	111
1.7. Conclusões parciais: sete lições para compreender a relação existente entre os discursos de moralização da política e a derrocada da democracia e do Direito no Brasil – por que precisamos estar atentos com e combater essa prática discursiva?.....	120

**PARTE II – PARADIGMA DA DEGENERAÇÃO: O DIREITO ELEITORAL DEGENERADO.**125

<b>2.1. Afinal, o que é isto, o Direito Eleitoral degenerado?</b> .....	128
2.1.1. A degeneração instrumentalizadora.....	129
2.1.2. A degeneração epistêmica.....	142
2.1.3. A degeneração de feição institucional.....	184
<b>2.2. A interpretação-aplicação do Direito Eleitoral Sancionador como foco degenerativo</b> .....	201
<b>2.3. Os exemplos materializadores da crítica (ferramentas da degeneração) - o verbo que se faz carne:</b> .....	206
<b>2.4. Conclusões parciais: o que podemos alcançar com a segunda parte e a pergunta que não quer calar: que proveito público houve a partir dos movimentos degenerativos expostos na obra? Sete lições acerca do Direito Eleitoral degenerado</b> .....	214

**PARTE III – PARADIGMA DA RECONSTRUÇÃO: O DIREITO ELEITORAL CONTEMPORÂNEO**.....220

<b>3.1. A Democracia no Direito Eleitoral</b> .....	228
<b>3.1.1. Democracia representativa e soberania popular: resgatando a carga de significados deste importante marco civilizatório</b> .....	228
<b>3.1.2. A soberania popular como piso hermenêutico: o voto como expressão representativa</b> .....	229
<b>3.1.3 A Justiça Eleitoral para além do “complexo de Don Juan”</b> .....	331
<b>3.1.4. Judicialização da política e ativismo judicial eleitoral: a diferença fundamental - contingência e comportamento</b> .....	238
<b>3.1.5. Democracia e Justiça Eleitoral: o <i>contramajoritarismo de dupla face</i> e a relação entre representação, legitimidade e Justiça Eleitoral: desmitificando um aparente paradoxo (da “<i>decisão</i>” ao “<i>como decidir</i>”)</b> .....	240
<b>3.1.6. Democracia e direitos fundamentais – os direitos políticos como condições de possibilidade do regime democrático</b> .....	244
<b>3.1.7. A preservação da autonomia do Direito na seara eleitoral - os três níveis de observância</b> .....	247
3.1.7.1. Autonomia em seu sentido fraco.....	253
3.1.7.2. Autonomia em seu sentido médio.....	253
3.1.7.3. Autonomia em seu sentido forte.....	253
3.1.7.4. Um Direito Eleitoral a serviço de quê(m)? Qual o fundamento da sua existência e da sua legitimidade?.....	254
<b>3.1.8. Por uma nova teoria das fontes no Direito Eleitoral brasileiro</b> .....	259

<b>3.2. A Filosofia no Direito Eleitoral</b> .....	270
<b>3.2.1. Da relação entre Direito e Moral</b> .....	270
<b>3.2.2. A Crítica Hermenêutica do Direito de Lenio Streck como condição de possibilidade</b> .....	272
3.2.2.1. Parte I: a Crítica Hermenêutica do Direito em sua primeira fase, a aproximação com a Filosofia Hermenêutica (Heidegger) e com a Hermenêutica Filosófica (Gadamer) e a superação do esquema sujeito-objeto.....	273
3.2.2.2. Parte II: a Crítica Hermenêutica do Direito em sua segunda fase e a aproximação (complementar) com a Teoria do Direito como Integridade de Dworkin.....	287
3.2.2.3. Os cinco princípios a serem observados na interpretação-aplicação do Direito Eleitoral Sancionador e as seis hipóteses de não aplicação da legislação.....	292
<b>3.3. Devido Processo Legal Eleitoral</b> .....	293
<b>3.3.1. Por uma pré-compreensão adequada acerca do processo judicial eleitoral</b> .....	293
3.3.1.1. De como o processo judicial eleitoral nada mais é do que um caminho para restringir direitos fundamentais.....	301
3.3.1.2. Acerca do Direito Eleitoral sancionador e da sua natureza acusatória – assumindo o risco e lutando por um sistema de garantias mínimas.....	304
<b>3.3.2. Direito a um processo judicial eleitoral justo (<i>fair trial</i>): os pilares hermenêuticamente garantistas a serem observados no âmbito do Direito Eleitoral Sancionador</b> .....	305
3.3.2.1. Princípio da proteção da liberdade no exercício do voto ( <i>praesidium libertatis suffragii</i> ).....	305
3.3.2.2. Princípio da presunção de legitimidade do sufrágio ( <i>in dubio pro suffragii</i> ).....	306
3.3.2.3. Direito fundamental a um processo justo.....	307
3.3.2.4. Direito fundamental ao contraditório e à ampla defesa.....	309
3.3.2.5. Direito fundamental a um juiz imparcial e à paridade de armas.....	313
3.3.2.6. Direito fundamental à irretroatividade das leis.....	314
3.3.2.7. Direito fundamental à legalidade ou à reserva legal.....	317
3.3.2.8. Direito fundamental à vedação à surpresa.....	320
3.3.2.9. Direito fundamental à tipicidade.....	324
3.3.2.10. Direito fundamental à licitude das provas.....	326
<b>3.4. Conclusões parciais: sete lições acerca do Direito Eleitoral Contemporâneo - a efetivação da democracia, de uma hermenêutica filosófica contemporânea e dos direitos individuais e das garantias processuais como uma <i>questão de princípio</i> no âmbito do processo judicial eleitoral brasileiro</b> .....	331
<b>CONCLUSÃO</b> .....	335

## **INTRODUÇÃO**

A Justiça Eleitoral, em linhas gerais, tem por função constitucional organizar, gerir e fiscalizar o processo eleitoral, e tal função, vale dizer, é tão importante quanto ter em mente que não há democracia sem eleições. Noutras palavras, tão relevante quanto termos eleições livres e periódicas, e que tais processos sejam permeados por regras norteadoras do jogo político-eleitoral, é que tais escrutínios transcorram com a normalidade, a lisura e a legitimidade que se requer de um pleito eleitoral realmente democrático, de modo a compatibilizar, verdadeiramente, a manifestação popular desencadeada neste processo com o resultado colhido nas urnas.

Ainda mais se considerarmos a história política brasileira, digo. Do lado dos direitos políticos – ativos e passivos, sempre buscamos “[...] uma razão para limitar o

direito ao sufrágio (e de elegibilidade)”<sup>1</sup>. Contudo, já vão longe os tempos em que o negro, a mulher, ou o pobre não podiam exercer seus direitos políticos. Contemporaneamente, sufrágio geral, ou princípio da universalidade, ou da generalidade, em matéria eleitoral quer significar, em primeiro lugar, que o simples fato de o indivíduo pertencer ao povo de um Estado já lhe confere o direito de votar e ser votado, de eleger e ser eleito. Com eleições gerais, ou universais, quer-se dizer, pois, que o direito de votar compete a todos os cidadãos, excluindo-se, de regra, aqueles que não detenham a cidadania do país em que as eleições se verificam<sup>2</sup>. Por outro lado, não se pode esquecer que a capacidade, ou o direito fundamental, de um cidadão ser candidato para cargos políticos, mescla-se, certamente, com o direito de todos os eleitores de escolher determinadas pessoas para ocupar determinado cargo público. Em outras palavras, o princípio da universalidade protege tanto eleitor como o candidato, vinculando uma à outra realidade<sup>3</sup>. Em síntese, quem cria inelegibilidades, além de limitar candidaturas, goste ou não, atinge também o voto do eleitor<sup>4</sup>.

Já quanto à política institucional, não há como ignorar que o Brasil, ao longo da sua história, nunca foi um país caracterizado por uma estabilidade democrática. A verdade é que nunca fomos democráticos, ao menos não em maioria significativa, considerada a régua do tempo e os acontecimentos que acabaram por preenchê-la desde a Independência, em 1822. Os exemplos, a esse respeito, são vários e variados, a materializar uma vivência cercada de golpes e contragolpes, marcada, no entremeio, rememorando as palavras de Wanderley Guilherme dos Santos, por meros “soluções democráticas”<sup>5-6-7</sup>.

---

<sup>1</sup> GUEDES, Neviton. **O poder de limitar a cidadania também encontra limites**. Revista Consultor Jurídico. Conjur. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-abr-16/constituicao-poder-poder-limitar-cidadania-tambem-encontra-limites>>. Acesso em: 02-06-2023.

<sup>2</sup> Ibid.

<sup>3</sup> Ibid.

<sup>4</sup> Ibid.

<sup>5</sup> SANTOS, Wanderley Guilherme dos. **Teoria política e prospectos democráticos**. Revista de Ciências Sociais, n. 6, 1969, p. 5-23.

<sup>6</sup> No mesmo sentido: BARCELOS, Guilherme. **Democracia, eleições e legitimidade política no Brasil: algumas pontes entre passado e presente e entre Direito e Literatura**. Brasília: Boletim ABRADep #6 janeiro/2023, p. 06.

<sup>7</sup> De igual forma, ver: BARCELOS, Guilherme Rodrigues Carvalho. **Parecer - Condenação em ação civil pública - Improbidade administrativa - Ausência de trânsito em julgado - Causa de inelegibilidade**. Revista Brasileira de Direito Eleitoral. Belo Horizonte, v. 8, n. 15, jul./dez. 2016. Disponível em: <<https://dspace.almg.gov.br/retrieve/112165/Guilherme%20Rodrigues%20Carvalho%20Barcelos%20.pdf>>. Acesso em: 15 jun. 2023.

Consumada a Independência foi convocada a Assembleia Constituinte. Ela foi fechada, à pata de cavalo e com espadas em punho, por ordem do Imperador Pedro I, naquilo que poderia ser reconhecido como o primeiro golpe militar da história. Daí em diante houve: a “proclamação” da República, um golpe militar<sup>8</sup>. A pecha fraudulenta dos processos eleitorais na “República Velha”. A “Revolução de 30” que, sob a liderança do Presidente Getúlio, derrubou a primeira República. A “Intentona Comunista”, em 1935. O “Movimento Integralista”, de feição nitidamente fascista. O Golpe do Estado Novo, em dezembro de 1937. A tentativa de golpe, impedindo a posse do Presidente JK, em 1955. O “golpe brando”, de 1961 (parlamentarismo a fórceps). E o golpe militar de 1964, com as suas consequências todas, dentre elas o AI-5, de 1968. Para ficar apenas aqui... e de modo bem superficial<sup>9</sup>.

No curso deste caminho, percorrido que foi (ou tem sido?) aos solavancos, convivemos sempre com uma marca acentuada, qual seja: a chaga do moralismo na esfera pública, rotineiramente a proporcionar – ou a almejar proporcionar – rupturas democráticas ou eleitorais. Vez mais os exemplos são muitos.

Ao Sudeste do Brasil, registre-se o discurso de moralização adjudicadora da institucionalidade que permeou o golpe militar que derrubou um Império em prol de uma concepção abstrata de “moral” e de “patriotismo”, o que esteve presente taxativamente já no primeiro decreto do Governo Provisório. Citemos, de igual modo, os discursos militares nos anos que se seguiram, sempre, a partir de reivindicações políticas feitas a partir da caserna, insistiram na defesa de uma moral(ização) abstrata e disruptiva. O exemplo da “União Democrática Nacional” (UDN) também comporta registro, agremiação que, munida de uma pretensa superioridade moral em seus discursos, e através de um ideário de “moralização das instituições” e de “combate à corrupção”, os utilizou para abalar a democracia brasileira, culminando, inclusive, no ato extremo do suicídio de Vargas. E a própria ditadura civil-militar, de 1964-1985, com o manejo dos seus atos institucionais, a semântica de “moralização das instituições” e o casuísmo na consagração de hipóteses de inelegibilidade, que serviu para derrubar alegados “inimigos do regime”, a partir do simples recebimento de uma denúncia<sup>10</sup>, quando não ocorrida a cassação sumária e no atacado de direitos políticos, tal como no

---

<sup>8</sup> No exato sentido: CASTRO, Celso. **A proclamação da República**. Rio de Janeiro: Zahar, 1999, 88p.

<sup>9</sup> BARCELOS, Guilherme. **Democracia, eleições e legitimidade política no Brasil**: algumas pontes entre passado e presente e entre Direito e Literatura. Brasília: Boletim ABRADep #6 janeiro/2023, p. 06-07.

<sup>10</sup> Falo da Lei Complementar nº 05, de 1970.

bojo do AI-1, que autorizou, no interesse da paz e da honra nacional (o que quer que isso represente), e sem limitações, a suspensão de direitos políticos por dez anos e, não bastasse, a cassação de mandatos e de direitos políticos, atos excluídos da apreciação judicial<sup>11</sup>, o que acabou consumado nos AI subsequentes<sup>12</sup>, especialmente com o AI-5<sup>13</sup>.

Com a Constituição de 1988, a que garantiu a maior estabilidade da história brasileira, ainda que não sem arranhões, são trinta e quatro anos de regime democrático, inaugurando, tardiamente, o marco do Estado Democrático de Direito no país. Por esse marco civilizatório, verdadeira condição de possibilidade de uma convivência em civilidade, no fim das contas, devemos zelar. Trata-se, pois, de uma *questão de princípio*<sup>14</sup>. E de uma missão cívica. Para tanto, no fim das contas, basta que olhemos para o retrovisor. Ele trará duas mensagens: a primeira é a de que nunca fomos muitos democráticos ao longo da história, o que requer, da gente, um contínuo “sinal de luz alta”; a segunda, a seu turno, é a de que, lembrando o passado, não desejaremos, ao menos em grande maioria, repeti-lo<sup>15</sup>.

Com as mesmas redemocratização e constitucionalização, veio também a primeira Lei de Inelegibilidades pós-regime de exceção, a Lei Complementar nº 64, de 1990. E em 1994 a Emenda Constitucional de Revisão nº 4, fruto do poder constituinte

---

<sup>11</sup> “Art. 10 – “No interesse da paz e da honra nacional, e sem as limitações previstas na Constituição, os Comandantes-em-Chefe, que editam o presente Ato, poderão suspender os direitos políticos pelo prazo de dez (10) anos e cassar mandatos legislativos federais, estaduais e municipais, excluída a apreciação judicial desses atos”.

<sup>12</sup> “Expediu-se, em 09 de abril de 1964, um Ato Institucional “mantendo a ordem constitucional vigente, mas impondo várias cassações de mandatos e suspensões de direitos políticos”. Nova crise culminou com o AI 2, de 27.10.65, e outros atos complementares. Vieram ainda o AI 3 e 4. Este regulando o procedimento a ser obedecido pelo Congresso Nacional, para votar nova Constituição, cujo projeto o governo apresentou. A 24.1.67, fora ela promulgada, o que veio a resumir as alterações institucionais operadas na Constituição de 1946, que findava após sofrer vinte e uma emendas regularmente aprovadas pelo Congresso Nacional com base em seu art. 217, e o impacto de quatro atos institucionais e trinta e sete atos complementares, que tornara compulsável o Direito Constitucional positivo” (SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros. 14ª Ed.1997, p. 86). Por sua vez, o AI 5, de 13.12.68, instalou o que poderíamos chamar de “golpe dentro do golpe”, rompendo com a “ordem constitucional” então vigente e autorizando o Presidente a fechar o Congresso, cassar mandatos e cassar e suspender (mais uma gama de) direitos políticos. O ato seguiu-se de diversos atos complementares, até a promulgação da EC nº. 1 de 30.10.69 pelo triunvirato militar que sucedeu o então presidente Costa e Silva, vigorando até 1985, com a convocação da Assembleia Nacional Constituinte através da EC n. 26, de 27.11.85.

<sup>13</sup> “[...] o AI-5 foi decretado em 1968 em um contexto de crescimento da oposição à Ditadura. Parte das forças civis que haviam apoiado o golpe em 1964 já se afastavam conforme avançava a militarização. Em 1966, uma Frente Ampla de oposição se formou e as manifestações de rua organizadas pelo movimento estudantil se intensificaram, enquanto crescia uma resistência cultural ao regime” (FUNI, Pedro. **Ditadura decreta o Ato Institucional nº 05**. Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da USP. Disponível em: <https://www.fflch.usp.br/42239>. Acesso em: 08 jun. 2023).

<sup>14</sup>DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

<sup>15</sup>BARCELOS, Guilherme. **Democracia, eleições e legitimidade política no Brasil**: algumas pontes entre passado e presente e entre Direito e Literatura. Brasília: Boletim ABRADep #6 janeiro/2023, p. 08.

derivado (!), introduziu a atual redação do artigo 14, §9º, da CF, para estabelecer que “*Lei complementar estabelecerá outros casos de inelegibilidade e os prazos de sua cessação, a fim de proteger a probidade administrativa, a moralidade para o exercício do mandato, considerada a vida pregressa do candidato [...]*”.

Importante referir obastidor fático desta revisão constitucional, notadamente quanto à redação precitada: o escândalo dos “anões do orçamento”. Sorrateiramente foi também introduzido, reitere-se que pela via do constituinte derivado<sup>16</sup>, o texto do §9º do artigo 14 da Constituição, com um apelo muito grande à moralidade e à probidade, não passou de uma tentativa de dar alguma satisfação, ainda que meramente simbólica, à população em geral. O fato, aliás, é confessado pelo próprio *autointitulado* “pai da ficha-limpa”, quando afirmou, em texto de opinião publicado no Correio Braziliense, que a gênese da atual redação do dispositivo constitucional havia se dado efetivamente “[...] em virtude do escândalo dos Anões do Orçamento [...]”<sup>17</sup>. Para que fique mais claro: estivemos diante, eis aí a raiz do atual texto constitucional, de um simbolismo<sup>18</sup> legislativo de feição demagógica ou mesmo populista.

O dispositivo alocado no texto constitucional fez inaugurar uma prática discursiva de feição degenerativa no âmbito da Nova República, pautada por um ideário de submissão do Direito critérios morais abstratos e subjetivos, como que através de uma apreensão subjetiva de sentidos. O atual texto fez, então, com que se passasse a promover uma cruzada pela modificação da Lei das Inelegibilidades (LC n° 64/90), de modo a aumentar hipóteses e prazos de duração das restrições à capacidade eleitoral passiva.

Em alguns setores da sociedade civil, como em movimentos intitulados de combatentes à corrupção (eleitoral ou não), e no bojo de alguns segmentos políticos, viu-se uma escalada de discursos de moralização, algo consolidado especialmente a

---

<sup>16</sup> E isso autorizaria o controle de constitucionalidade, nem que fosse para excluir das hipóteses de abrangência do dispositivo constitucional o afã de derrubar registros, diplomas ou mandatos a qualquer custo, mediante o uso de argumentos ou fundamentos vazios de sentido – como a moralidade em si mesma, o estabelecimento de “novas fontes” do Direito – como o “apelo popular” e a “voz das ruas” - e o atropelo de direitos fundamentais vários e variados.

<sup>17</sup> REIS, Marlon Jacinto. **A constitucionalidade do projeto de lei Ficha Limpa**. Brasília: Correio Braziliense, 12/10/2009, Opinião, p. 11.

<sup>18</sup> Fala-se aqui de um “Direito Eleitoral Simbólico”, como que a materializar um movimento de expansão legislativa, de matiz moralista, abarcado por uma prática semântica – e institucional – sustentada em um ideário segundo o qual o aperto de restrições, em prol de valores abstratos, como que a partir de um estalar de dedos, faria instalar no Brasil uma espécie de “Reino da Justiça e da Igualdade” ou promoveria a transformação do país em uma espécie de “Éden dos trópicos”. Esperança vã, nada além.

partir da primeira década do século XXI, também imersos em novos escândalos públicos, como o caso do “Mensalão”. A prática, o registro é necessário, se deu, sobremaneira, a partir de uma espécie de troca de sinal, sendo que tais brados ficaram evidenciados preponderantemente pela fala e escrita de políticos e outras personalidades mais alinhados com campos progressistas ou à esquerda, não mais no campo liberal ou conservador.

Mas, e aí reside o ponto mais relevante para a pesquisa, não bastou. No âmbito do dogmatismo jurídico, considerado com tal um pensamento jurídico dominante, ainda que de ocasião, e munido, não raramente, de uma postura acrítica e não reflexiva, passou-se a defender que, do preceito constitucional em questão, exsurgiria o princípio da moralidade eleitoral, segundo o qual os candidatos, os partidos políticos, as coligações e as federações, isto é, os atores passivos do processo eleitoral<sup>19</sup>, deveriam zelar pelos valores morais da sociedade, vedando-se, pois bem, figuras incompatíveis com tais pressupostos no decorrer das contendas político-eleitorais.

Em 2008, quedou-se lançada a rumorosa “Campanha Ficha-Limpa”, movimento que visou atrair assinaturas junto à população para que, por intermédio de iniciativa popular, fosse submetido à votação do Congresso Nacional um projeto de lei visando a retificação do diploma de inelegibilidades então vigente. Basicamente, os pontos fulcrais da iniciativa foram: **a)** atração de causas de inelegibilidade mesmo sem o trânsito em julgado de eventuais condenações judiciais; **b)** aumento dos prazos de inelegibilidade, de três para oito anos, em regra e; **c)** criação de novas causas de inelegibilidade não contempladas no texto legal da época.

A iniciativa, que contou com apoio de parcela da população, bem assim com a contundente achega dos órgãos de imprensa e de entidades da sociedade civil (OAB, CNBB, AMB, alguns partidos e sindicatos)<sup>20</sup>, resultou na confecção, por iniciativa popular, do Projeto de Lei Complementar nº 518/2009.

O mesmo que, após tramitação em tempo recorde no Parlamento, sem debates reais, críticos e aprofundados, e sob forte pressão midiática<sup>21</sup>, foi aprovado

---

<sup>19</sup> O termo “passivo” designa os entes destinatários do voto do eleitorado, isto é, partidos, coligações e candidatos. Em sentido contrário, o eleitor se manifesta como sendo o ator ativo do processo eleitoral.

<sup>20</sup> No mesmo sentido: DOMINGUES, Hermano Martins. Direitos Humanos, **Ficha Limpa e jurisdição constitucional**: o entendimento do STF. 25 anos depois da Constituição Cidadã. Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica – RIHJ, Belo Horizonte, ano 11, n. 13, jan./jun. 2013.

<sup>21</sup> No mesmo sentido: “[...]. Em apenas 248 dias de tramitação, o projeto teve seu conteúdo transformado em lei, por acatamento de emenda substitutiva global ao PLP no 168/1993. [...]. Considerando o estudo de

congressualmente, dando azo, após, em idos de junho de 2010, à sanção presidencial e, a partir daí, a Lei Complementar nº 135/2010, a “Lei da Ficha-Limpa”. Desdeentão, incontáveis discussões políticas e jurídicas tomaram a cena, carregadas, especialmente no último campo, de pesadas – corajosas e oportunas, digo – críticas.

Críticas houve, a começar pelo texto apresentado pelo legislador e sancionado pelo então Presidente da República, seja pela imprecisão técnico-legislativa, o que pode ter sido ocasionado pelos aceleramentos havidos no âmago do Parlamento, seja pelo caráter expansionista das causas de inelegibilidade consignadas e pelo matiz “maquiavélico” quanto aos marcos temporais de contagem dos prazos de algumas das restrições, como no caso de condenações criminais, cuja inelegibilidade poderia, a depender do caso, ser semi-perpétua<sup>22</sup>.

Antes delas, as críticas vieram até mesmo em face de como foram colhidas as assinaturas para subsidiar o projeto de lei de iniciativa popular, considerado o caráter apelativo e desinformativo acerca da pergunta direcionada ao cidadão – “*você é a favor ou contra...?*”. E não sem razão: a mesma estratégia foi vista recentemente quando do famigerado “pacote anticorrupção”, capitaneado por agentes do Judiciário e do Ministério Público em pleno curso da “operação lava-jato” – “*você é a favor ou contra as dez medidas contra a corrupção?*”. E o conteúdo do projeto? Sem explicações às claras.

O próprio fato de a lei ter sido de iniciativa popular não deveria ter nenhum peso jurídico-judicial, afinal, desinteressa, para fins de controle, o *locus* do diploma legislativo, considerando, por oportuno, que a Constituição Federal, de uma forma ou de outra, segue sendo, notadamente na proteção dos direitos fundamentais, um remédio

---

José Álvaro Moisés, segundo o qual um projeto de lei subscrito por parlamentar leva em média 964,8 dias para ser aprovado, conclui-se que o trâmite da Lei da Ficha Limpa foi mais célere que o padrão. [...]”. (PECCININ, Luiz Eduardo; COPI, Lygia Maria. **A Lei da Ficha-Limpa entre o discurso de moralidade e os interesses dos Congressistas**: uma análise da aprovação da Lei Complementar nº 135/2010 a partir da teoria da escolha racional. Resenha Eleitoral (Florianópolis), v. 23, n. 2, p. 101-120, 2019).

<sup>22</sup> Isso, aliás, foi referido pelo Ministro Gilmar Mendes, no bojo das ADC nº 29 e 30 e ADI 4578, a partir do banco judicial ocupado perante o STF, *verbis*: “[...].Tendo trabalhado muito tempo com processo legislativo, com trabalho legislativo e questões legislativas, e tendo vivenciado essa realidade; vejo que essa redação foi extremamente maquiavélica, para permitir esse resultado. Desde o segundo grau – vamos admitir, na melhor das hipóteses, se a gente não admitiu o júri –, o sujeito começa a recorrer, e ele já está em condição de inelegibilidade; vem a condenação, seja na ação de improbidade, seja no processo criminal, portanto ali se impõe uma pena: suspensão dos direitos políticos, dez anos; e depois do trânsito em julgado – o Ministro Fux chamou a atenção para isso – e do cumprimento da pena é que começa a contar esse segundo. Faltou “espírito santo” jurídico para nos valermos da presença dos prelados aqui, aos que fizeram essa lei. É um somatório que, dependendo do exercício, pode chegar a cinquenta anos. Aos militares não ocorreu fazer uma lei desta. [...]”.

contra maiorias, cabendo, à jurisdição, o papel contramajoritário na tutela dos mesmos direitos. O contrário não passaria de uma postura instrumentalista, calcada em visão consequencialista (para não dizer salvacionista ou mesmo populista), pelo insuflar de discursos “[...] manifestados em questões como ‘necessidade imediata de solução’ (e) ‘clamor popular’”<sup>23</sup>, como se as decisões acerca da constitucionalidade ou não de determinado marco legal estivessem subordinadas – ou pudessem estar – àquilo que o intérprete, em fundamento de moral subjetiva, pensa ser melhor para a sociedade ou para parcela dela, ou, diga-se, em uma espécie de “postura-satélite”, considerada como tal aquele viés interpretativo alegadamente capaz de captar o sinal das massas, os clamores do povo, os ímpetos desejosos da maioria (ocasional, não raro), a vontade popular<sup>24</sup>.

Já no âmbito jurídico-constitucional em sentido estrito, poderíamos citar os questionamentos quanto ao direito fundamental à presunção de inocência, ao direito fundamental ao devido processo legal, ao direito fundamental de acesso à justiça, à irretroatividade das leis restritivas de direitos, ao princípio da anualidade eleitoral (quanto ao pleito de 2010), à vedação ao excesso, à proibição do retrocesso e, ainda, ao artigo 23 da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San Jose da Costa Rica)<sup>25</sup>.

Perante o Tribunal Superior Eleitoral, duas Consultas foram submetidas às pressas ao crivo da Corte. Os questionamentos recaíram sobre a (in) aplicação dos termos da reforma legislativa no processo eleitoral de 2010 (Consulta TSE n° 112.026) e sobre a incidência dos novos termos legais eleitorais a fatos pretéritos ao advento da lei (Consulta TSE n° 114.709). A primeira consulta, quanto à aplicabilidade do arcabouço

---

<sup>23</sup>STRECK, Lenio Luiz; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **O que é isto – as garantias processuais penais?** Ob. Cit., p. 85.

<sup>24</sup> Como se a jurisdição constitucional-eleitoral fosse o “superego” da sociedade brasileira.

<sup>25</sup> A esse respeito, p. ex.: “[...]. Com efeito, a Lei Complementar n° 135/2010, conhecida como ‘lei da ficha-limpa’, instituiu novas regras para o processo eleitoral, que retiravam dos cidadãos brasileiros a possibilidade de serem eleitos, caso houvesse contra eles decisão de órgão colegiado (de segunda instância), mesmo que ainda lhes restasse recurso para os tribunais superiores. De se notar que, conforme foi assinalado anteriormente, pela sistemática do direito brasileiro, mesmo com condenação em um órgão colegiado de segunda instância, ainda será possível interpor recurso dessa decisão – desde que atenda a uma série de requisitos previstos pela lei processual – a tribunais superiores [...]. Portanto, como a Constituição exige, para efeitos de presunção de inocência, que só pode ser considerado culpado aquele que teve sua condenação determinada por decisão da qual não caiba mais recurso, os candidatos que, atendidos os requisitos, consignam levar seus processos até esses tribunais superiores, ainda não podem ser considerados condenados, não seria possível aplicar-lhes todos os efeitos da decisão condenatória. Desse modo, não poderiam ser considerados inelegíveis”. (STRECK, Lenio Luiz; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **O que é isto – as garantias processuais penais?** Ob. Cit., p. 82).

legal no pleito geral de 2010, foi respondida afirmativamente<sup>26</sup>. E a segunda, quanto à aplicabilidade das novas regras aos fatos pretéritos à sua vigência, não foi conhecida.

A resposta do TSE à referida Consulta gerou um altíssimo grau de insegurança jurídica no âmago do processo eleitoral de 2010, tendo feito soçobrar uma das mais importantes garantias do Direito Eleitoral, o artigo 16 da CF e a anualidade eleitoral. No entanto, eis o ponto alto, ao abordar a temática relativa ao confronto da LC 135/2010 diante do princípio da anualidade da lei eleitoral, a resposta da Corte acabou eivada de argumentos de moral, como se o direito estivesse subordinado às mesmas compreensões de moral ou de política individual ou coletiva presentes nos casos anteriormente apresentados (REspe 58.937/RJ e ADPF 144)<sup>27</sup>.

A constitucionalidade da lei seria levada ao STF por duas vezes naquela assentada histórica. Na primeira, pela via concreta (controle difuso de constitucionalidade). Na segunda, pela via concentrada (controle abstrato de constitucionalidade). A esperada chegada da Lei da Ficha Limpa ao STF deu-se por via de controle difuso (de constitucionalidade), nos RE 630.147/DF (caso Joaquim Roriz) e RE n° 631.102/PA (caso Jader Barbalho). O primeiro restou prejudicado pela desistência do candidato do recurso extraordinário. Já no segundo, a controvérsia sobre a aplicabilidade da LC n° 135/2010 às eleições de 2010 foi tão grande que injustificadamente dividiu o STF. A Corte possuía, à época, dez membros, pela aposentadoria do Ministro Eros Grau. Ao final da votação, foram apurados cinco votos favoráveis ao provimento do recurso, e cinco votos contrários. O Supremo, após longa

---

<sup>26</sup>Ocorre que o artigo 16 da CF é categórico ao estabelecer a anualidade eleitoral, no sentido de que a lei que altera o processo eleitoral deve estar posta no prazo de até um ano antes da eleição vinda. E a Lei Complementar n° 135/2010, a mesma que interferiu profundamente nas causas de inelegibilidade e, portanto, no direito (fundamental) de candidatura, foi sancionada apenas em junho do ano da eleição, menos de um mês antes do início do período crítico da campanha, a partir do registro das candidaturas.

<sup>27</sup>O acórdão da Consulta transparece isso, tudo ao ter se referido a valores e, a partir daí, ter adentrado a uma espécie de “ponderação de valores”, vulgata da teoria da argumentação jurídica, que serviu para fazer inserir no oriente do Direito Eleitoral uma visão moralista da jurisdição eleitoral, de modo a subordiná-lo a esses “valores”: “[...]. Tem-se, *primus ictus oculi*, que concorrem valores fundamentais diversos que se entrecruzam na consideração necessária, como preceitua a norma política, da vida pregressa do candidato. [...]. A discussão, nesta Corte, sobre o tema afeto à ponderação dos valores constitucionais não é recente. [...]. A regra política visa acima de tudo ao futuro, função eminentemente protetiva ou, em melhor termo, cautelar, alcançando restritivamente também a meu ver, por isso mesmo, a garantia da presunção da não culpabilidade, impondo-se a ponderação de valores para o estabelecimento dos limites resultantes à norma de inelegibilidade. Fê-lo o legislador, ao editar a Lei Complementar n° 135/2010, com o menor sacrifício possível da presunção de não culpabilidade, ao ponderar os valores protegidos, dando eficácia apenas aos antecedentes já consolidados em julgamento colegiado, sujeitando-os, ainda, à suspensão cautelar, quanto à inelegibilidade. Tratando-se efetivamente de norma eleitoral material como exsurge de todo o exposto, não há falar na incidência do princípio da anualidade, insculpido no artigo 16 da Constituição Federal. Pelo exposto, respondo afirmativamente a consulta, no sentido de que a Lei Complementar n° 135/2010 tem aplicação imediata” (p. 12-15).

discussão, "decidiu não decidir", aplicando o art. 205, parágrafo único, II, do Regimento Interno, para manter a decisão do TSE, postergando a resolução da lide e em prejuízo do recorrente e da elegibilidade dele<sup>28</sup>.

A decisão sobre a aplicabilidade ou não da Lei da Ficha Limpa às eleições de 2010 só foi tomada no RE nº 633.703/MG (caso Leonídio Bouças). Neste, como esperado, inicialmente houve novo empate de cinco votos contra cinco. A disputa só seria resolvida com a nomeação do Ministro Luiz Fux, que tomou posse em 03 de março de 2011. O STF retomou o julgamento do RE nº 633.703/MG e o ministro, recém empossado, votou pelo provimento do recurso, favorável a não aplicabilidade da lei às eleições de 2010, face ao art. 16 da Constituição Federal, cessando a discussão<sup>29</sup>.

Porém, novamente uma concepção abstrata de moralidade quase fez soçobrar a densidade normativa do artigo 16 da CF, tudo a partir dos votos vencidos. Estes fizeram incessantes referências à máxima de que “princípios são valores”, para, a partir daí, sustentarem que o “princípio” da moralidade eleitoral deveria se sobrepor aos interesses individuais dos candidatos, de modo a fazer valer a legislação neófito naquele certame (2010) – com aplicação retroativa e a casos não transitados em julgado. Como mote da fundamentação o combate à corrupção eleitoral. Os votos, dito de outro modo, acabaram cercados de valorações de ordem moral e consequentialistas. E não se ignorem, também, as reiteradas menções ao fato de a lei complementar ter sido fruto de iniciativa popular, o que viria a legitimá-la constitucionalmente ou reforçaria a sua compatibilidade para com o texto constitucional<sup>30</sup>.

Até que chegaríamos ao ápice do debate acerca da nova lei das inelegibilidades perante o STF, isto é, ao exame da constitucionalidade do diploma em seu âmago, seja quanto à previsão de atração de causas de inelegibilidade a partir de uma simples decisão colegiada, seja quanto à aplicabilidade dos novos termos legais a fatos pretéritos à sua entrada em vigência no ordenamento jurídico-eleitoral.

---

<sup>28</sup>DOMINGUES, Hermano Martins. Direitos Humanos, **Ficha Limpa e jurisdição constitucional**: o entendimento do STF. 25 anos depois da Constituição Cidadã. Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica – RIHJ, Belo Horizonte, ano 11, n. 13, jan./jun. 2013.

<sup>29</sup>Ibid.

<sup>30</sup> O que foi fortemente combatido pelo Ministro Gilmar Mendes, *verbis*: “[...].Fosse à lei aprovada por unanimidade pelo Congresso Nacional, ainda assim estaria submetida à Constituição. O STF não existe para mimetizar decisões de palanques. Se fosse para ser decalque do Congresso, poderíamos fechar o Supremo. Se lei de iniciativa popular escapar ao controle constitucional, é melhor fechar o tribunal. [...]”.

Foram três as demandas de controle abstrato de constitucionalidade a esse respeito: as Ações Declaratórias de Constitucionalidade n.º 29 e 30/DF, propostas pelo Partido Popular Socialista (PPS) e pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), respectivamente, e a Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 4578/DF, proposta pela Confederação Nacional das Profissões Liberais (CNPL).

Sobre o julgamento dessas ações Lenio Streck e Rafael Tomaz de Oliveira afirmaram que “[...] o Supremo Tribunal Federal apontou para outra direção no tratamento da questão (contrariando, assim, a principiologia decisória que vinha sendo – corretamente – cumprida pela Corte”<sup>31</sup>. Com efeito, sustentam os autores, “[...] no julgamento conjunto das ADCs 29 e 30 e da ADI 4578, o STF parece ter inaugurado uma nova – e perigosa – orientação sobre a questão colocada”<sup>32</sup>.

O que efetivamente ocorreu, todavia, discordamos pontualmente dos dois, não foi o apontamento para outra direção em si, mas o agigantamento de uma direção que já se encontrava apontada no horizonte pelo mesmo STF. Era questão de tempo, apenas. De tempo e de ocasião/oportunidade. O tempo, então, foi preenchido pelo advento da LC n.º 135/2010. E, com ela mesma, materializou-se a oportunidade que o STF esperava, notadamente pela considerável minoria que havia se formado nos julgamentos anteriores, observados os seus fundamentos decisórios. A minoria de então, cujos votos haviam vindo à tona a partir de concepções morais e consequencialistas, passou a ser maioria, uma maioria sustentando os “apelos de uma maioria de ocasião” pelo combate à corrupção, mesmo que à qualquer custo ou através de um texto legal demasiado controverso sob à ótica constitucional e jurisprudencial, considerada a história institucional – recente até - do próprio STF ao se defrontar com matérias semelhantes (lembremos da ADPF 144<sup>33</sup>), enunciando aqui, agora vem a plena concordância, o fenômeno que Lenio Streck chama de “pamprincipiologismo”.

Essa “nova orientação” criou uma situação interessante para quem reflete sobre o problema dos princípios no contexto do chamado constitucionalismo Contemporâneo.

---

<sup>31</sup>STRECK, Lenio Luiz; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **O que é isto – as garantias processuais penais?** Ob. Cit., p. 90

<sup>32</sup> Ibid., p. 91.

<sup>33</sup> “[...]. Por uma questão de integridade ‘horizontal’, o STF não pode(ria) deixar de considerar como relevante esse precedente em futuros julgamentos. [...] a afirmação da presunção de inocência deveria prevalecer no julgamento da constitucionalidade da lei complementar n.º 135/2010.” (STRECK, Lenio Luiz; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **O que é isto – as garantias processuais penais?** Ob. Cit., p. 90). Mas deixou, superando-o sem tê-lo superado (sem justificar a superação aparente), e a presunção de inocência cedeu, assim tendo cedido com lastro em fundamentos de maioria de ocasião e metajurídicos, ignorando-se, no mais, que a Constituição é justamente um trunfo contra essas maiorias.

O direito brasileiro, como sustenta a doutrina de Streck, desde há muito “[...] tem sido vítima de um estigma teórico chamado pamprincipiologismo: espécie de patologia especialmente ligada às práticas jurídicas brasileiras e que leva a um uso desmedido de standards argumentativos [...]”<sup>34</sup>. É como se ocorresse uma espécie de “hiperrestesia” nos juristas que os levassem a descobrir por meio da sensibilidade (o senso de justiça, no mais das vezes, sempre é um álibi teórico da realização dos “valores” que subjazem o “Direito”), à melhor solução para os casos jurisdicionalizados<sup>35</sup>.

O julgamento pela constitucionalidade da lei – no todo, aliás - se deu por apertada maioria, é bem verdade (seis votos a cinco). Porém, os votos vencedores, no caminho para o cravar da constitucionalidade, fizeram instaurar, posso dizer e o alvo é este, uma espécie de “estado de exceção hermenêutico”, promovendo o soçobrar da autonomia do Direito em prol de fundamentos como “preponderância da voz das ruas”, “anseio popular”, “vontade da maioria”, “combate à corrupção eleitoral”, “moralidade”<sup>36</sup>.

Em primeiro lugar, o motivo determinante para restringir a presunção de inocência foi baseado em um típico argumento de exceção que atenta frontalmente contra os princípios de um Estado de Direito. Ora, um problema circunstancial de funcionamento do sistema político é apontado como um caso que coloca em xeque toda a ordem pública e que, por isso, precisa de uma resposta legislativa que estabeleça a ordem perdida. A questão é que o restabelecimento da ordem, no caso, acarreta a suspensão do Direito<sup>37</sup>. Fica muito claro, portanto, o paradoxo apontado por Giorgio Agambem em sua obra, de leitura obrigatória, “Estado de Exceção”: sob o pretexto de fazer cumprir uma lei, suspende-se o cumprimento do Direito<sup>38</sup>.

---

<sup>34</sup> Ibid., p. 91.

<sup>35</sup> Ibid., p. 91.

<sup>36</sup> Note-se, e o Brasil é pródigo nestes exemplos, que muitos dos fundamentos legitimadores da constitucionalidade da Lei da Ficha-Limpa foram utilizados também no âmbito da Operação Lava-Jato, tudo para legitimar, inclusive, a (nova) quebra da presunção de inocência, quando dos debates acerca da “prisão em segunda instância” (*sic*). A Lei da Ficha-Limpa é filha dos movimentos de sanha moralizadora e antijurídica que despontaram no Brasil nas últimas décadas. E a Lava-Jato é a neta. E, como o Brasil não é para amadores, muitos dos setores que apoiaram fervorosamente aquela lei, como o PT e a sua bancada congressual, foram vítimas desta operação. Talvez tenham apreendido – ao menos assim eu espero – que não se negocia o inegociável – a densidade normativa da Constituição e dos direitos fundamentais, no caso.

<sup>37</sup> STRECK, Lenio Luiz; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **O que é isto – as garantias processuais penais?** Ob. Cit., p. 88.

<sup>38</sup> AGAMBEM, Giorgio. **Estado de Exceção**. São Paulo: Boitempo, 2003, p. 65 ss.

Por outro lado, também o argumento de que o direito social à moralidade administrativa (ou eleitoral) deve sobrepor-se ao direito individual à presunção de inocência (e à irretroatividade das leis restritivas de direito) pode ser afastado por não ser o que melhor se adequa à nossa prática político-jurídica. Ora, além de estar assentado na – falsa – ideia de colisão entre princípios, esse argumento repristina a perigosa tese de que o coletivo é mais importante que o individual, que era moda nas primeiras décadas do século XX<sup>39</sup>. Despiciendo lembrar que esse tipo de argumento estava presente em muitos elementos das “visões de mundo” totalitárias que compuseram os anos de chumbo da primeira metade do século passado<sup>40-41</sup>. Por que repeti-lo na era do constitucionalismo do pós-Segunda Guerra? Seria adequado isso? Se não, qual a razão de promove-lo?

A questão é que o Direito Eleitoral, a partir desse caminho que desembocou na Lei Complementar nº 135/10 e na sua chancela constitucional pelo STF, se tornou lugar pródigo no que se refere a “exemplos de degeneração”, notadamente quando fazem soçobrar a autonomia do Direito.

A história eleitoral brasileira, pode-se dizer, é a história da restrição dos direitos políticos, valendo lembrar que, apenas com a Constituição de 1988, foi finalmente consagrada a máxima do sufrágio universal.

Temos uma Constituição que, nesse caminho, consagra o sufrágio universal, o pluripartidarismo, poucas condições constitucionais de elegibilidade e a Justiça Eleitoral como instituição imparcial e distante das forças políticas, e que, ao mesmo tempo,

---

<sup>39</sup> Georges Abboud é certeiro na crítica do “fundamento” em voga, a saber: “[...]. A fórmula que postula a necessária e incontestável primazia do interesse público sobre o particular é uma simplificação errônea e frequente do problema que existe entre interesse público e os direitos fundamentais. Os direitos fundamentais são essencialmente direitos contra o Poder Público (Estado). A própria existência dos direitos fundamentais seria colocada em risco, caso fosse admitida qualquer restrição contra eles, sob o argumento de que tal restrição traria benefício geral para a maioria da sociedade ou então para o próprio governo, ou ainda à preservação do interesse público. A primazia dos direitos fundamentais sobre o interesse público configura a premissa fundamental para a caracterização do Estado Constitucional. [...]” (ABBOUD, Georges. **O Mito da Supremacia do Interesse Público sobre o Privado: a dimensão constitucional dos Direitos Fundamentais e os requisitos necessários para autorizar restrição a Direitos Fundamentais**. Revista dos Tribunais: RT, v. 100, n. 907, p. 61-119, maio 2011).

<sup>40</sup>STRECK, Lenio Luiz; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **O que é isto – as garantias processuais penais?** Ob. Cit., p. 89.

<sup>41</sup> Ocorreu, como também sustenta Georges Abboud, uma escancarada “fuga do Direito em direção à moral”, o que também restou verificado nos movimentos totalitários da primeira metade do século passado. A esse respeito, como bem ilustra Abboud, e sem nenhum exagero, “[...] a fuga do direito em direção à moral foi um estratagema exitoso na legitimação do direito alemão do período nazista porque impedia qualquer avaliação qualitativa ou de veracidade das determinações à época” (ABBOUD, Georges. **Direito Constitucional Pós-Moderno**. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2021, p. 46).

prevê, no referido artigo 14, §9º, comandos normativos ao legislador, tudo com o fim de proteger a normalidade e a legitimidade dos processos eleitorais – o legislador deveria estabelecer um regime de inelegibilidades e fatos tipificadores de desvios no curso das campanhas (abuso de poder econômico, político, uso indevido de meio de comunicação social, corrupção eleitoral e fraude). E até aí tudo bem, tudo bem mesmo.

Ocorre que, a par de tutelar a legitimidade dos processos eleitorais e um viés abstrato de moralidade, tem havido, e não é de hoje, verdadeira escalada moralista no espaço público nacional. E tal escalada, é bom que se diga, afeta vários espaços da institucionalidade brasileira (sociedade civil, imprensa, parlamento, ministério público, a própria OAB e, não seria diferente, o judiciário eleitoral). A Lei da Ficha-Limpa, e o seu julgamento de constitucionalidade, foi o último portal para tanto, no sentido de ter aberto a porteira para um cenário que poderíamos chamar de “institucionalização do moralismo” ou “institucionalização da moral subjetiva” – a lei foi chancelada como constitucional pelo STF com lastro em fundamentos vazios de sentido e arbitrários (a mesma observância da voz das ruas, a preponderância de um “constitucionalismo popular” - a lei foi de iniciativa popular, logo, deve ser respeitada, a moral subjetiva e afins).

Interpretações que, em regra, ignoram que direitos políticos ativos e passivos são direitos fundamentais. E que, invertendo a ordem do sistema jurídico-constitucional, deixam de dar concretude máxima aos direitos fundamentais, lançando mão de afirmações que tem como fim restringir mais e mais o exercício destes direitos. Os exemplos, como visto, são vários: combate à corrupção fazendo soçobrar direitos fundamentais, desrespeito ao princípio acusatório, argumentos morais ou políticos que fazem quebrar a autonomia do direito (voz das ruas, moralidade eleitoral etc.). Omitindo, de mais a mais, a própria natureza contramajoritária da jurisdição constitucional – e, no Brasil, considerado o modelo dúplice de controle, todo juiz é juiz constitucional.

Seriam os tribunais eleitorais representantes da sociedade? Não. Seriam “superegos” da sociedade brasileira (o termo é de Ingeborg Maus<sup>42</sup>)? Não deveriam ser. Como falar em função representativa na ou da jurisdição, como propõe um dos

---

<sup>42</sup> MAUS, Ingeborg. **Judiciário como superego da sociedade**: o papel da atividade jurisprudencial na “sociedade órfã”. Trad.: Martonio Lima e Paulo Albuquerque. Novos Estudos CEBRAP N.º 58, novembro 2000, pp. 183-202.

Ministros do STF em texto publicado? E o caráter contramajoritário da jurisdição constitucional (e, no Brasil, todo juiz é juiz constitucional), como fica? Estaríamos diante de uma clara subversão constitucional? E o pior: erguida por dentro, como se o Direito (Eleitoral) fosse uma espécie de filosofia moral? Deve, pois, o juiz, fazer política eleitoral<sup>43</sup>?

Logo, por mais paradoxal que possa parecer, pode-se dizer que o Direito Eleitoral e, frise-se, a jurisdição eleitoral, carece de um robusto ideário democrático. Isto, por sua vez, poderia restar verificado em situações cuja aposta no protagonismo/discrecionabilidade judicial é demasiado marcante. Atrelado a isso, poderíamos citar, também e novamente, os incessantes discursos calcados numa espécie de cruzada pela moralização da política, que, por consequência, dão azo a posturas apegadas a uma espécie de pragmatismo ou consequencialismo, pois que calcadas em pretensos clamores populares ou com fins alheios à jurisdição-eleitoral (combate à corrupção). O Direito Eleitoral brasileiro é um ambiente pautado por sintomas de degeneração. E essa degeneração, que é epistêmica, institucional e instrumentalizadora, perpassa por vários (todos, quiçá) ramos da sociedade civil, no público e no privado.

Geralmente travestidos de pretensas tentativas de combater a corrupção, o Direito Eleitoral é manipulado por vozes moralistas que, cada qual ao seu modo, só fazem soçobrar a autonomia do Direito, direta ou indiretamente (voz das ruas, supremo é o povo, proteção da moralidade, políticos são todos corruptos, juiz herói do povo etc.). Desde os debates inerentes à famigerada lei da ficha-limpa isso se intensificou, como que a concretizar uma espécie de “autoritarismo líquido”, na dicção de Pedro Serrano<sup>44</sup>.

A esse respeito, uma pergunta, tal como o faz Georges Abboud: “para que o direito serve? Qual o fundamento do direito?”<sup>45</sup>. Dito de outra forma, ainda com Abboud: “[...] se o texto jurídico nunca é temporal, vamos retrabalhar a pergunta clássica (fundamental) na compreensão do direito: por que é importante a preservação

---

<sup>43</sup> Digo “política eleitoral” não em um sentido estrito, mas em sintonia com o termo “política criminal”.

<sup>44</sup> “[...]. Autoritarismo líquido significa exatamente um modelo de autoritarismo que não se dá pela via de um governo de exceção, ou seja, de uma ditadura [...]. Trata-se de governos eleitos, democraticamente em geral, mas cujo mecanismo de autoritarismo é a produção intensa de medidas de exceção no interior da democracia. [...]” (SERRANO, Pedro. **A era do autoritarismo líquido**. Disponível em: <https://www.extraclasse.org.br/politica/2019/11/a-era-do-autoritarismo-liquido/>. Acesso em: 04 jul. 2023).

<sup>45</sup> ABOUD, Georges. **Direito Constitucional Pós-Moderno**. São Paulo: Thompson Reuters, 2021, p. 21.

do direito?”<sup>46</sup>. E qual a importância da pergunta? Ora, “[...] perguntar pela preservação do direito é, antes de tudo, uma tentativa de evitar a sua morte”<sup>47</sup>. E attem bem: não se corrói a autonomia do Direito Eleitoral (e Processual Eleitoral) impunemente (!). Consequências haverá.

Vivemos hoje sob o risco de ver a autonomia do direito subordinada a um sem número de padrões metajurídicos, tais como o fetiche pela estatística e pela análise de dados, ou a obsessão inconsequente pelas consequências práticas das decisões judiciais<sup>48</sup>. De um lado vimos e seguimos vendo decisões judiciais eleitorais pautadas em critérios pretensamente estatísticos, apresentados por instituições que se dizem de transparência, mas que sequer apresentam, transparentemente, os métodos através dos quais foi possível alcançar os dados apresentados (a transparência eleitoral é um grande exemplo). De outro, uma tara pelo adotar de matizes consequencialistas nas decisões judiciais eleitorais, como se coubesse ao juiz eleitoral o papel de combater a criminalidade ou a corrupção eleitoral. E, no meio disso, concepções metajurídicas que, a despeito de almejar fins supostamente elevados, quebram por completo a autonomia do Direito – como os efeitos moralizantes ou de defesa moralizadora que algumas decisões buscam assentar.

Ocorre que nós lidamos, no fim das contas, e em última instância, com a democracia aqui. E com o exercício dos direitos políticos, condições de possibilidade que são para o regime democrático. E sofremos por isso, tal como Ulrich, tudo para buscar preservar este que, pode-se dizer, junto a outras qualidades, é o verdadeiro “quarto do pânico” da instituição da democracia representativa e constitucional<sup>49</sup>.

Lembremo-nos de Shakespeare, em sua magistral peça “Macbeth”. Qual é o preço pela quebra da legitimidade no exercício do poder político? Pode um Rei, como Duncan, governar em prol de todos? Já o fato de Macbeth ser mais apto politicamente

---

<sup>46</sup> Ibid., p. 24.

<sup>47</sup> Ibid., p. 25.

<sup>48</sup> Ibid., p. 37.

<sup>49</sup> “[...]. No monumental ‘O homem sem qualidades’, de Robert Musil, Ulrich tenta ser oficial, engenheiro e matemático, no intuito de se tornar alguém relevante e encontrar sua razão de ser no novo mundo que se avizinhava. Em uma era da tecnicidade, eficiência, produtividade, como refundar o direito contemporâneo para além do fundamento da força normativa da Constituição? Ulrich sofria porque o mundo atual não reconhecia nos seus valores de humanismo a importância necessária. O centro de referência era a própria matéria e produtividade. O direito embasado em sua autonomia e na força normativa da Constituição é algo em busca de qualidades? E, em seguida, se resguardar o direito é algo relevante pelo qual a sociedade deveria se mobilizar, por que deveríamos tolerar que – a pretexto de fazer o bem - juízes decidam sem preservá-lo?” (ABBOUD, Georges. **Direito Constitucional Pós-Moderno**. Ob., cit., p. 29).

legitimaria o regicídio, verdadeiro golpe de Estado? Não, não justificaria. E a peça traz de modo muito contundente a sanção pela usurpação: Macbeth, tornado um tirano, depara-se com o “Bosque de Birnam” se erguendo contra si. E com o Reino em chamas, que o consomem, transformando-o em ruínas.

E não é distinto com relação à jurisdição eleitoral. Tratando-se, enfim, de uma atividade jurisdicional que lida diretamente com o processo de composição da representação popular, não há como descurar que a sua má prestação (considerada como tal aquela calcada em posturas voluntaristas, axiologistas, realistas, pragmati(c)istas, convencionalistas, teleológicas/finalísticas, e afins) acabará por interferir no regime democrático a ponto de macular a própria representação, direta ou indiretamente.

Direito é ciência<sup>50</sup>. Direito não é moral. E não é política. Um Direito não constrangido degenera, lembrou bem Lenio Streck, inspirado em Michael Stolleis, perante a tribuna do STF, no julgamento das ADC 43 e 44<sup>51</sup>. E o direito fragilizado é um direito que caminha para a morte. O direito fragilizado é um direito que não reúne as condições de autodefesa, logo, é facilmente degenerável<sup>52</sup>. Por isso compreender os limites do direito eleitoral e teorizar um freio possível para os ímpetus - de lobos não raramente vestidos em peles de cordeiros ou em carapuças de limpidez moral - que buscam transpor arbitrariamente esses limites, “[...] é crucial para preservarmos a autonomia do direito e impedir a sua degeneração”<sup>53</sup>.

Nesse contexto, o trabalho pretende alcançar três desideratos centrais, quais sejam: o primeiro é resgatar, a partir da história brasileira, os perigos dos discursos moralistas na cena pública; o segundo é demonstrar como esses discursos, da política em sentido estrito, passaram a inundar o Direito Eleitoral e Processual Eleitoral brasileiros, promovendo uma degeneração justamente no ramo do Direito que lida com a formação da representação política e; o terceiro é propor um modelo decisório aos encarregados de exercer a jurisdição eleitoral, com vistas a assegurar a autonomia deste

---

<sup>50</sup> “[...]. De uma árvore fatal comer não podem. E essa... Árvore da Ciência se intitula. Vedar a ciência? Absurdo suspeito! E Deus, por que lhe veda? É culpada a ciência? Da ciência pode germinar a morte? Só na ignorância lhes é dada a vida?” (MILTON, John. **Paraíso Perdido**. Trad.: Antônio José de Lima Leitão. Vol. XIII. Rio de Janeiro: Clássicos Jackson, 1956, p. 129).

<sup>51</sup> Coincidentemente ou não, e com a bênção estúpida de “cidadãos de bem”, os fundamentos utilizados para tentar-se legitimar a constitucionalidade da prisão, com tons de definitividade, antes do trânsito em julgado de uma sentença penal condenatória, foram os mesmos que legitimaram a constitucionalidade da Lei da Ficha-Limpa, fundamentos não de princípio, mas de moral e de política (os mesmos voz das ruas, anseios populares, combate a corrupção etc.). Voluntarismo puro. Ou oportunismo mesmo...

<sup>52</sup> ABBOUD, Georges. **Direito Constitucional Pós-Moderno**. Ob., cit., p. 27.

<sup>53</sup> *Ibid.*, p. 27.

ramo do conhecimento, a partir de blindagens epistemológicas contra os seus predadores.

Considerando a escalada moralizadora verificada nos julgamentos em matéria eleitoral, cujo ápice se deu no bojo das discussões acerca da constitucionalidade da chamada “Lei da Ficha-Limpa” e daí em diante, poderíamos falar de um “Direito Eleitoral degenerado”?

A hipótese é: o Direito Eleitoral e Processual Eleitoral brasileiro é um ambiente degenerado, pautado por uma baixa densidade democrática, filosófica e constitucional – na perspectiva do constitucionalismo contemporâneo.

Por mais paradoxal que possa parecer, ao menos superficialmente, pode-se dizer que o Direito Eleitoral e, frise-se, a jurisdição eleitoral, carece de um robusto ideário democrático. Isto, por sua vez, poderia restar verificado em situações cuja aposta no protagonismo/discrecionabilidade judicial é demasiado marcante. Atrelado a isso, poderíamos citar também os incessantes discursos calcados numa espécie de cruzada pela moralização da política, que, por consequência, dão azo a posturas apegadas a uma espécie de pragmatismo ou consequencialismo, pois que calcadas em pretensos clamores populares e, como tais, assentadas à margem da ordem constitucional e legal.

A importância teórica do trabalho reside no salutar casamento da atividade jurisdicional eleitoral com o constitucionalismo contemporâneo, com toda a carga de significados que este paradigma civilizatório carrega, de modo a evitar que a atividade judicante advinda desta justiça especializada, por meio de posturas absolutamente descompassadas e atentatórias à autonomia do Direito, avance, a partir daí, contra os preceitos inatos à democracia.

Já a importância social recai sobre a tentativa de possibilitar ao cidadão que não haja interferências equivocadas no resultado sufragado nas urnas, por decisões em desacordo com a Constituição Federal, vez que essas ocorrências representam uma ingerência na consolidação do resultado do pleito e, portanto, na soberania popular, sob o véu da coibição de ilícitos nas campanhas, mas em desacordo com o ordenamento jurídico brasileiro, causando uma instabilidade em todas as instituições democráticas pelo fato do povo, detentor do poder, não saber quem é o seu legítimo representante.

O projeto se enquadrará na linha de pesquisa proposta (Direito do Estado, Direitos Fundamentais e Teoria do Direito), vez que busca contrapor o “senso comum

teórico” e visa questionar a “vontade de poder” com assento em um ideário de controle hermenêutico das decisões judiciais eleitorais. Esse estudo se concentrará em uma lacuna a ser preenchida, sobretudo na seara eleitoral ou processual eleitoral: o Estado Democrático Direito não só requer, como impõe, uma necessária e adequada interpretação/aplicação do direito.

E a justificativa do tema escolhido pela pesquisa, seja no plano individual, social ou acadêmico, poderia, talvez, ser aquilatada por meio de uma afirmativa derradeira: não podemos, enquanto cidadãos, sociedade e academia, contribuir, por ação ou omissão, para a submissão da democracia brasileira a uma espécie de autocracia materializada pelo governo dos juízes eleitorais. Ao mesmo tempo, não podemos, por ação ou omissão, dar trânsito a discursos que visam enfraquecer a Justiça Eleitoral como instituição, considerada a sua importância salutar para a manutenção dos alicerces democráticos.

Qual a relação entre os movimentos de moralização da política, o advento e a aplicação judicial da Lei da Ficha-Limpa e a queda da autonomia do Direito Eleitoral em prol de concepções morais e consequenciais e, portanto, metajurídicas?

O objetivo geral da pesquisa reside na construção de um novo horizonte decisório para o Direito Eleitoral e Processual Eleitoral brasileiro, a partir de uma tríade epistemológica, calcada no princípio democrático, na hermenêutica filosófica e no devido processo legal. Já os objetivos específicos são: Resgatar a história institucional brasileira no uso de concepções moralistas no e do espaço público e democrático, da política ao Direito Eleitoral, de modo a demonstrar que tais visões sempre serviram para fazer soçobrar regimes e, portanto, para a promoção da exceção; Analisar, à luz da metodologia proposta, os efeitos de uma escalada moralização do Direito Eleitoral brasileiro, perquirindo os seus exemplos, seus atores e os seus fenômenos, da construção à consolidação; Reconstruir a epistemologia do Direito Eleitoral e Processual brasileiro, a partir de três parâmetros decisórios a serem observados: democracia, filosofia e devido processo legal.

A pesquisa se insere na Crítica Hermenêutica de Lenio Streck<sup>54</sup>, vez que busca contrapor o “senso comum teórico” e visa questionar a “vontade de poder” com assento em um ideário de controle hermenêutico das decisões judiciais eleitorais. Esse estudo se

---

<sup>54</sup>STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise:** uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

concentrará em uma lacuna a ser preenchida, sobretudo na seara eleitoral ou processual eleitoral: o Estado Democrático Direito não só requer como impõe uma necessária e adequada interpretação/aplicação do direito eleitoral e processual eleitoral.

Quanto aos aspectos de história institucional, política e eleitoral, não há um marco teórico específico, sendo que a abordagem será multidisciplinar, visando aproximar da tese livros de história, história política e história eleitoral.

Já quanto ao aspecto da degeneração jurídica, o marco teórico-referencial é a obra *Direito Constitucional Pós-Moderno*, de Georges Abboud, especialmente em sua primeira parte, ocasião na qual é desenvolvido aquilo que o autor chama de “paradigma da degeneração”<sup>55</sup>. E aqui também teremos as achegas de Michael Stolleis, com o seu “The law under the swastika”<sup>56</sup>, e de Bernd Ruters, com o seu “Derecho Degenerado”<sup>57</sup>.

E, para além dos marcos teóricos aqui sinalizados, outros referenciais subsidiarão o desenvolvimento da pesquisa e serão devidamente levantados e inseridos no rol das fontes secundárias a serem utilizadas, não se esgotando os marcos aqui assinalados como prioritários desta proposta de pesquisa.

A pesquisa, no mais, caminha pelo método fenomenológico hermenêutico.

E se encontra inserida na linha de pesquisa – Estado, Constituição e Democracia, visando desenvolver aproximações entre democracias, Constituição, Filosofia e Devido Processual Legal no âmago do Direito Eleitoral. Trata-se, portanto, de pesquisa que se encontra em plena sintonia para com a linha de pesquisa relativa ao Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* do Doutorado em Direito do IDP.

A originalidade está na segunda parte da tese, sobretudo. E reside na aproximação do paradigma da degeneração ao Direito Eleitoral, cuja execução do trabalho virá apresentar fenômenos degenerativos e afins, como os modelos da degeneração, os efeitos e os exemplos dela.

Assim, o trabalho será dividido em três partes: a primeira parte da tese fará o resgate de um caminho – que chamamos de “caminhos de uma degeneração anunciada”

---

<sup>55</sup>ABBOUD, Georges. **Direito Constitucional Pós-Moderno**. São Paulo: Thompson Reuters, 2021.

<sup>56</sup> STOLLEIS, Michael. **The law under the swastika: studies on legal history in Nazy Germany**. 1st ed., Chicago Press, 1998.

<sup>57</sup> RHUTERS, Bernd. **Derecho degenerado: teoria jurídica y juristas de cámara en el Tercer Reich**. 1ª ed. Madrid: Marcial Pons, 2016.

– marcado por uma crescente tentativa de moralização da política à força, que se iniciou, no mínimo, desde a Proclamação da República, passando por vários acontecimentos que fizeram a história brasileira, como a queda de Vargas e o golpe de 1964. A questão é: se esses intuitos moralizadores fizeram degradar a institucionalidade brasileira ao longo da história, cercada que é de golpes e contragolpes, os mesmos discursos foram além da esfera política, adentrando ao Direito e à sua interpretação-aplicação. A absorção dessas práticas especificamente no âmago do Direito Eleitoral, assim sendo, promoveu uma degeneração deste ramo jurídico, sendo que a autonomia do Direito cedeu em prol de concepções moralistas, como se o Direito Eleitoral fosse um instrumento tendente ao combate à corrupção ou à promoção de uma purga social. Desse fenômeno, então, a lei da ficha-limpa, especialmente quanto aos discursos jurídico-judiciais legitimadores da constitucionalidade dela, é o exemplo *mor*.

A segunda parte da tese fará desenvolver o que chamamos de paradigma da degeneração. Dos caminhos, portanto, iremos à consolidação de um movimento degenerativo no seio do Direito Eleitoral brasileiro. O que é isto, o Direito Eleitoral degenerado? Eis a pergunta que notabiliza a parte dois do trabalho.

Já a terceira parte visará reconstruir aquilo que chamamos de Direito Eleitoral degenerado, um Direito Eleitoral cuja autonomia é deixada de lado. A reconstrução, por sua vez, com o foco permanente e incansável na preservação da autonomia do Direito Eleitoral, terá como horizonte a democracia, a filosofia e a constitucionalidade, com assento em uma perspectiva de devido processo legal.

Portanto, a tese que ora apresentamos, dividida em três partes, procurará desnudar esse fenômeno, perquirindo as suas raízes, a sua consolidação e os efeitos dela e, por fim, buscando propor uma reconstrução, que se dará através de três pilares, quais sejam: democracia, filosofia e devido processo legal eleitoral. Noutras palavras, falaremos do “paradigma da (des)construção”, do “paradigma da degeneração” e, finalmente, do “paradigma da reconstrução”.

## PARTE I – PARADIGMA DA (DES)CONSTRUÇÃO: OS CAMINHOS DE UMA DEGENERÇÃO ANUNCIADA

*“Nossas compreensões se ativam quando algo nos interpela”<sup>58</sup>.*

*“Bem pobres são aqueles que têm necessidade de mitos!”<sup>59</sup>.*

O Brasil é pródigo em eventos promovedores de rupturas e de períodos de exceção na arena pública e política ao longo da sua história, do fechamento da Assembleia Constituinte, de 1823, passando pela Proclamação da República, de 1889, e pelos sucessivos golpes ou tentativas de derrubadas de governos vislumbrados na sequência. Não raro, aliás, tais momentos de inflexão foram proporcionados com lastro em uma semântica – vaga/abstrata - de defesa da legalidade, da democracia e do país. Houve mais, todavia: como argamassa linguística para tais intentos, a moralidade (ou um discurso de moral) esteve muito presente, quase que arraigada de maneira simbiótica com várias e variadas investidas disruptivas, a partir de tribunas e palanques, ou, até mesmo, trincheiras e vielas, no âmago de uma epidérmica dinâmica política.

---

<sup>58</sup>GADAMER, Hans-Georg. **O problema da consciência histórica**. Trad. Paulo César Duque Estrada. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2003, p. 69.

<sup>59</sup>CAMUS, Albert. **Núpcias, o verão**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1979, p. 12.

Se pretendermos aprender sobre esse passo histórico e institucional construído aos solavancos, deveremos perceber, antes de qualquer coisa, que os brasileiros, a partir de determinados agrupamentos momentâneos, agiram convencidos de que estariam promovendo *o bem, o belo, o justo, o correto*<sup>60</sup>. Deodoro, tão logo derrubado o Império por meio de um golpe militar, falou em uma missão de garantir “a liberdade e os direitos dos cidadãos”, valendo lembrar que ele próprio determinou ali adiante o fechamento do Congresso. Floriano sucedeu aquele na Presidência mediante nova quebra da constitucionalidade, que previa a realização de novas eleições. O mesmo golpe militar que enxotou Pedro II foi dado em prol da “moral” e do “patriotismo”. Getúlio fez instaurar a ditadura do Estado Novo para assegurar a “unidade da Nação”, o “respeito à sua honra”, “à sua independência” e ao “povo brasileiro”. A UDN, partido político também conhecido como “sindicato do golpe”, agia no suposto “combate à corrupção política”. E a própria ditadura civil-militar, de 1964 em diante, proclamou o golpe de Estado denominando-o de “revolução”, no alegado “interesse” e pela “vontade da Nação”.

Seriam, pois, os atores desses períodos de exceção, uns tresloucados? Todos enlouqueceram ou estavam temporariamente endoidecidos, sob o domínio de uma força inconsciente? É o torpor permanente. Na estrutura, é a erupção da exceção que se perpetua normalizando a degeneração. Mas, contentar-se com isso não é permitido sob a jurisdição da história<sup>61</sup>. Não, não estavam doidos, os respectivos atores. Sabiam muito bem o que estavam fazendo. Quem promove golpe sabe que está promovendo... golpe. Equem sustenta a exceção tem, certamente, plena consciência disso<sup>62</sup>. Portanto, considera-los irracionais “é um privilégio ilusório, do qual não podemos usufruir”<sup>63</sup>.

O processo civilizatório é marcado por constantes eclosões disruptivas incivilizatórias<sup>64</sup>. Como dizia um revolucionário francês “a tirania é como um bambu, que se dobra frente ao vento e depois se ergue novamente”<sup>65</sup>. Se mirarmos estes eventos

---

<sup>60</sup> No mesmo sentido, ver: ABOUD, Georges. **Direito Constitucional Pós-Moderno**. Ob., cit., p. 41.

<sup>61</sup> ABOUD, Georges. **Direito Constitucional Pós-Moderno**. Ob., cit., p. 41.

<sup>62</sup> Uma espécie de estupidez com método, movida por pretensões salvacionistas, a serem alcançadas pela investida disruptiva. A esse respeito, vale citar Robert Musil em seu “Sobre a estupidez”, a saber: “[...]. Por isso, prefiro admitir de saída minha fraqueza em relação à estupidez: não sei o que ela é. Não descobri nenhuma teoria sobre a estupidez pela qual eu pudesse me aventurar a salvar o mundo [...]” (MUSIL, Robert. **Sobre a estupidez**. Belo Horizonte: Editora Ayiné, 2016, p. 09-10).

<sup>63</sup> ABOUD, Georges. **Direito Constitucional Pós-Moderno**. Ob., cit., p. 42.

<sup>64</sup> *Ibid.*, p. 42.

<sup>65</sup> SAINT-JUST. **Théorie politique**: textes établis et commentés par Alain Liénard. Alain Liénard (Org.). Paris: Seuil, 1976, p. 189.

rupturais, tantos e tantos havidos no curso da trajetória política brasileira, promovedores de profundas quebras de institucionalidade, veremos que em todos houve sistematicidade intelectual a respaldá-los. Política e, inclusive, jurídica, como que a descrever aquilo que Robert Musil intitulou de “estupidez astuta”, aquela mesma que “faz a desconfiança adormecer”, a que “desarma” e que se revela com vitalidade “quando o ser humano fala como massa” ou em caráter massificado, com pitadas de emotivismo<sup>66</sup>.

Manifestos, discursos, preâmbulos, colunas, artigos, livros, leis e, até mesmo, decisões judiciais, estiveram imersos nesses cenários, cada qual com as suas peculiaridades e preponderâncias. Em muitos aspectos, houve grande influência da doutrina jurídica, cristalizada em pensadores de época, como o caso de Francisco Campos, o “Chico ciência”, responsável pela Constituição do Estado Novo e, décadas após, pelo preâmbulo do Ato Institucional nº 01, que veio para legitimar o golpe de 64. No caso das ditaduras, houve, pode-se dizer, um agir tendente a fazer consolidar medidas antijurídicas por meio do Direito, como que a promover o “não-Direito” por dentro da ordem jurídica. E, para tanto, não há como ignorar que houve, por trás desses intentos, o acionar de inteligências capazes de dar esse verniz aos novos regimes que estavam em seus alvoreceres, inclusive com ares de ciência<sup>67</sup>.

Assim foi com a Proclamação da República, o Tenentismo, a Revolução de 1930, a Intentona Comunista, o Movimento Integralista, com o Golpe de 1937, com o Udenismo, as tentativas de derruba de JK, com a imposição do parlamentarismo em 1961 que limitou, inconstitucionalmente, os poderes de Jango, o golpe de 1964 e com o recrudescimento do regime militar com o AI-5, ápice da exceção daqueles tempos. E o que houve de comum no âmbito desses acontecimentos tão separados em si no tempo e no contexto de cada um? Uma linguagem muito própria: a semântica de moralização das instituições ou do país, isto é, discursos de moral. Dito de outro modo convivemos aí com uma marca acentuada, qual seja: a chaga do moralismo na esfera pública, rotineiramente a proporcionar – ou a almejar proporcionar – quedas institucionais, democráticas ou eleitorais. Vez mais os exemplos são ou foram muitos, até mesmo recentemente.

---

<sup>66</sup>MUSIL, Robert. **Sobre a estupidez**. Ob., cit., p. 11-13.

<sup>67</sup> Carl Schmitt e o regime de Hitler, por todos, é a materialização *mor* do que estamos frisando.

Ocorre que não se destrói uma ordem jurídica impunemente. Ao mesmo tempo toda degeneração da democracia é uma degeneração do direito e vice-versa. A destruição pode se dar pela degeneração das leis, das instituições e por meio das decisões judiciais<sup>68-69</sup>. E, para além dos efeitos imediatos, há, pois, sempre uma herança deixada para os pósteros, para o futuro. Um gene de exceção, que passa não mais a se manifestar ostensivamente, mas em pequenos eventos, a conta-gotas, de maneira diluída, por mecanismos sub-reptícios ou pílulas degenerativas, que vão paulatinamente corroendo a legalidade. Essas ocorrências, apesar de discretas, não deixam de existir ou de estarem postas, sobretudo em momentos mais espinhosos, ainda que ocorridas sob a égide da democracia constitucional e sob uma aparência de normalidade no estado das coisas e na dinâmica da vida. Já as consequências, como escreveu Eça de Queirós, através da fala do Conselheiro Acácio, são aquilo que vêm depois<sup>70</sup>.

A utilização de padrões morais, voluntaristas, casuísticos e utópicos serviu para arrefecer a consolidação do Estado de Direito brasileiro, na medida em que atinge os pilares das garantias constitucionais clássicas. E não se pode, em nome de moralismos, estorvar a ordem jurídica estabelecida, fazendo com que supostos preceitos que são considerados panaceias maculem direitos que secularmente foram concretizados no imaginário coletivo da sociedade. Se houver a retirada de prerrogativas constitucionais de um cidadão dito corrupto, nenhum integrante da sociedade estará resguardado de tiranias perpetradas em nome da “virtude” e dos “bons costumes”<sup>71</sup>.

Vistas as coisas com maior atenção, perceberemos que a convivência com pretensos delegados de costumes permeou a história brasileira em vários acontecimentos, como que a promover momentos de embate político e, em certas circunstâncias, quebras de legalidade e de constitucionalidade, cada qual a seu modo, por meio de diferentes maneiras e através de atores distintos.

Nessa escalada, a semântica de moralização das instituições foi insuflada, em muito, por intermédio do palanque. Do palanque, essa mesma semântica começou a invadir a prática legislativa, consubstanciada em casuísmos que vieram para consagrar

---

<sup>68</sup>ABBOUD, Georges. **Direito Constitucional Pós-Moderno**. Ob., cit., p. 27.

<sup>69</sup> O que aconteceu com a República de Weimar é o grande exemplo disso.

<sup>70</sup>QUEIRÓS, José Maria Eça de. **O primo Basílio**. São Paulo: Penguin, 2015, 480 p.

<sup>71</sup> AGRA, Walber de Moura. **Temas Polêmicos do Direito Eleitoral**. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 14.

hipóteses de inelegibilidade tendentes a derrubar alegados “inimigos do regime”, a partir do simples recebimento de uma denúncia ou pela prolação de uma sentença condenatória não transitada em julgado, por exemplo, tudo sob o véu da proteção da “moralidade” e da “probidade”. Contraditoriamente, vencida a exceção, esses mesmos critérios acabariam constitucionalizados pelo regime de reconstrução democrática, de modo a determinar o estabelecimento de uma lei de inelegibilidades observados esses parâmetros. Daí, da legislação, foi um passo para a mesma criteriologia, de moral ou moralista, avançar para a interpretação do Direito (Eleitoral). Portanto: do palanque para a legislação, e, desta, para a aplicação do Direito Eleitoral e Processual Eleitoral via sistema judicial.

Faremos, a partir de agora, o resgate desse caminho – que chamaremos de “caminhos de uma degeneração anunciada” – marcado por uma crescente tentativa de moralização da política *à fórceps*. A questão é: se esses intuitos moralizadores fizeram degradar a institucionalidade brasileira ao longo da história, cercada que é de golpes e contragolpes, os mesmos discursos foram além da esfera política, adentrando ao Direito e à sua interpretação-aplicação. A absorção dessas práticas especificamente no âmago do Direito Eleitoral e Processual Eleitoral promoveu – e segue promovendo - uma degeneração deste ramo jurídico, sendo que a autonomia do Direito cedeu em prol de concepções moralistas, como se o Direito Eleitoral fosse um instrumento tendente a moralizar à sociedade ou ao combate à corrupção (discurso abstrato). Desse fenômeno, então, a última lei de inelegibilidades nossa, notadamente quanto aos discursos legitimadores da sua constitucionalidade, é o exemplo concreto.

Desse modo, a primeira parte do trabalho vem para desenvolver o “paradigma da (des)construção”, a começar pela ditadura militar de 1964/1985, através da qual o discurso moralista foi abrigado pela legislação eleitoral. Daí em diante, procuraremos lançar luzes para esse caminho, de modo a demonstrar como, onde e por quem essas escaladas moralistas vieram à cena pública, dando conta dos perigos e das consequências disso, dentre as quais a pior foi ou tem sido a fuga do Direito em direção à moral. No cerne da questão, por sua vez, um alerta, que apresentamos desde já: a moral não corrige o Direito. Preservar o Direito e a sua autonomia contra a invasão de códigos linguísticos de outros campos é gênero de primeira necessidade no Brasil, sendo que a nossa história acidentada é pródiga a consignar exemplos do quão nocivo é o abandono desta ideia – ocorrido, muitas vezes, sob os auspícios de uma aparente

normalidade e com a benção estúpida de “cidadãos de bem”, “paladinos da moralidade” ou “ideólogos da pureza”.

### **1.1. A ditadura civil-militar, de 1964-1985, e o manejo dos atos institucionais: a “moralização da política” e o casuísmo na consagração de hipóteses de inelegibilidade**

*"O que resta do país? O povo inerte, os partidos extintos, o Parlamento decaído!"*  
(José de Alencar, 1870)<sup>72</sup>

Carlos Lacerda sempre se julgou como se fosse uma espécie de Brutustropical<sup>73</sup>. Se sacrificaria para “salvar a República” do mal que ele via em seus adversários – a lógica schmittiana amigo/inimigo, típica de regimes de exceção, estava muito presente em sua verve. Ele conseguiria atingir o seu intento. Apoiador ferrenho do golpe de 1964<sup>74</sup>, veria as prometidas eleições de 1965 serem canceladas pelo regime militar, a ascensão da “linha-dura” no Governo Federal<sup>75</sup> e, com o AI-5, de 1968, teria os seus direitos políticos cassados pelo regime que administraria o Brasil por vinte e um anos à fio. A palavra tem poder. E é preciso ter muito cuidado com o que se pede...<sup>76</sup>

Esse caminho, é bem verdade, já estava em marcha desde a eleição de Vargas, em 1950. Passando pela tentativa de impedir a posse de Juscelino. E, diga-se, pela célebre “Campanha da Legalidade”, em 1961, quando o Governador Leonel Brizola, após a renúncia de Jânio Quadros<sup>77</sup>, procurou, a partir do Palácio Piratini, em Porto

---

<sup>72</sup> Manifesto Republicano.

<sup>73</sup> Brutus, depois de ter liderado o assassinato do Imperador Julio César, foi perseguido. Diante do quadro que se impunha sobre ele, o personagem da história acabaria se suicidando com uma espada. Quem vive pela espada...

<sup>74</sup> Veja-se a nota da UDN, tão logo consumada a deposição de Jango: “Louvando mais uma vez o patriotismo, a bravura e a desambição pessoal das Forças Armadas, (a UDN) coloca-se inteiramente ao lado delas para todas as medidas necessárias à salvaguarda da democracia, com o fito de evitar que os esforços tão arduamente despendidos sejam desviados para finalidades estranhas aos propósitos que animaram o grande movimento de recuperação nacional’. Nota Oficial da UDN, a 3 de abril de 1964” (BENEVIDES, Maria Victoria de Mesquita. **A UDN e o Udenismo**: Ob. Cit., p. 92).

<sup>75</sup> “[...]. Em 1965, as alianças civis e militares, que criaram e tomaram vitorioso o golpe de março, sofreram fortes abalos. Constitui-se entre as Forças Armadas um grupo de oficiais, genericamente denominado de linha dura, que não considerava oportuna a realização das eleições de outubro, quando deveriam ser eleitos 11 novos governadores” (MAIOR, Armando Souto. **História do Brasil**. Ob., cit., p. 351).

<sup>76</sup> “[...]. Não se toma o poder com um crime ou com uma conspiração sem sujar o trono de sangue. Essa é uma lição extraída da obra Macbeth, de Shakespeare, que não devemos esquecer. Macbeth é muito incômodo, porque ele revela o caráter da maldade humana, aquela maldade oculta que, de repente, surge de uma ambição desenfreada de poder” (AIETA, Vânia Siciliano. **Criminalização da Política**: a falácia da “judicialização da política” como instrumento democrático. Ob., cit., p. 108).

<sup>77</sup> Trecho da carta de renúncia de Jânio: “[...]. Desejei um Brasil para os brasileiros, afrontando, nesse sonho, a corrupção, a mentira e a covardia que subordinam os interesses gerais aos apetites e às ambições

Alegre, mediante cadeia de rádio e mobilização popular e militar, garantir a posse do sucessor, o Vice-Presidente João Goulart, que estava em missão oficial na China<sup>78</sup>. Jango não poderia assumir, consideradas as suas “tendências comunistas”. Era apenas um pretexto para subverter a ordem constitucional e impor um – mais um – golpe de Estado<sup>79</sup>.

Se nos tempos de outrora o moralismo e o alegado discurso de ataque à corrupção foi utilizado pelo palanque, pura e simplesmente, aqui a legislação começa a ganhar esses contornos, consubstanciando prática institucionalizadora de um crescente movimento salvacionista, com feições nitidamente casuístas e direcionadas contra alegados “inimigos do regime” – políticos progressistas, ex-presidentes, jornalistas, magistrados e afins.

Com o golpe de 1964, toma o poder um comando militar (dito revolucionário), “que efetua prisões políticas de todos quantos seguiram o Presidente deposto (o gaúcho João Goulart) ou simplesmente com ele simpatizavam, ou com as ideias de esquerda, ou

---

de grupos e indivíduos, inclusive do Exterior. Sinto-me, porém, esmagado. Forças terríveis levantam-se contra mim e me intrigam ou infamam, até com a desculpa de colaboração. Se permanecesse, não manteria confiança e tranquilidade, ora quebradas, indispensáveis ao exercício da minha autoridade. Creio mesmo que não manteria a própria paz pública” (KUHN, Dione. **Brizola**: da Legalidade ao exílio. Porto Alegre: RBS Publicações, 2004, p. 38).

<sup>78</sup> “[...] as rádios divulgaram uma entrevista de Brizola dizendo que se fosse preciso reagiria à bala contra o golpe: Ninguém dará o golpe pelo telefone. O Rio Grande não aceita o golpe e a ele não se submeterá. [...]. Constituição ou guerra civil. Estava lançada a Campanha da Legalidade. [...]. Trechos do manifesto de Leonel Brizola em repúdio ao voto dos ministros militares à posse de João Goulart (27 de agosto de 1961: ‘Não compactuaremos com golpes ou violências contra a ordem constitucional e contra a liberdade pública. Se a Constituição não satisfaz em muitos dos seus aspectos, desejamos é o seu aprimoramento e não sua supressão, o que significa uma regressão e obscurantismo. [...]. O povo gaúcho tem imorredouras tradições de amor à pátria comum e de defesa dos direitos humanos. E seu governo, instituído pelo voto popular – confiem os rio-grandenses e os nossos irmãos de todo o Brasil -, não desmentirá essas tradições e saberá cumprir o seu dever’. População amedrontada por tensas transmissões radiofônicas, lojas e bancos fechados, êxodo para o interior e o litoral do Rio Grande do Sul, racionamento de combustível, reservas financeiras no limite. Porto Alegre estava em estado de beligerância. Na iminência de uma luta armada contra o resto do país, o III Exército armou um plano de defesa do Estado. [...]. Ao longo de 11 dias, o Rio Grande esteve sintonizado na mesma frequência, acompanhando durante manhã, tarde e noite a evolução de uma crise que beirou a guerra civil. Transformado pela primeira vez no Estado em alavanca popular, o rádio foi o trunfo de Leonel Brizola. Sem o poder do microfone, o governador não teria aflorado da forma como aflorou, levando grande parte dos Generais do III Exército a se colocar ao lado da Constituição. [...]” (KUHN, Dione. **Brizola**: da Legalidade ao exílio. Ob. Cit., p. 46-47/66-68).

<sup>79</sup> Veja-se, aliás, o discurso do deputado Amaral Netto, da UDN do Estado da Guanabara, justamente na sessão, realizada às pressas e na calada da madrugada, que, consumando o golpe, declarou vaga a Presidência da República: “E Deus queira que nesta sessão extraordinária aqui estejamos para reconduzir o Poder Executivo àquilo que a Constituição determina, quer dizer, decretando o impedimento de quem moralmente está impedido há muito tempo de governar este país” (BRASIL, TV. Senado. **Uma semana em 64**. Disponível em: [https://www.youtube.com/watch?v=8t87VL\\_CWY8](https://www.youtube.com/watch?v=8t87VL_CWY8). Acesso em: 29 jul. 2023). Isto é: um suposto impedimento moral, assim decretado, serviria para fazer cumprir a Constituição. Na verdade, todavia, o discurso moral do parlamentar faria suplantado – como, de fato, ocorreu – a legalidade constitucional. A “moralidade”, vaga, abstrata, vazia de sentido, que subverte a ordem legal.

apenas protestavam contra o autoritarismo implantado”<sup>80</sup>. Juscelino Kubitschek de Oliveira, Jânio Quadros e João Goulart, tiveram suspensos os seus direitos políticos, “[...] acusados – sem julgamento! – de corrupção e subversão durante seus mandatos”<sup>81</sup>.

Segundo José Afonso da Silva, expediu-se, em 09 de abril de 1964, um Ato Institucional (o AI-1), “mantendo a ordem constitucional vigente, mas impondo várias cassações de mandatos e suspensões de direitos políticos”<sup>82</sup>. Nova crise culminou com o AI 2, de 27.10.65, e outros atos complementares. Vieram ainda o AI 3 e 4. Este regulando o procedimento a ser obedecido pelo Congresso Nacional, para votar nova Constituição, cujo projeto o governo apresentou. A 24.1.67, fora ela promulgada, o que veio a resumir as alterações institucionais operadas na Constituição de 1946, que findava após sofrer vinte e uma emendas regularmente aprovadas pelo Congresso Nacional com base em seu art. 217, e o impacto de quatro atos institucionais e trinta e sete atos complementares<sup>83</sup>.

Por sua vez, o AI 5, de 13.12.68, instalou o que poderíamos chamar de “golpe dentro do golpe”, rompendo com a “ordem constitucional” então vigente e autorizando o Presidente a fechar o Congresso, cassar mandatos e (mais uma gama de) direitos políticos, além de sustar o Habeas Corpus. O ato seguiu-se de diversos atos complementares, até a promulgação da EC n.º. 1 de 30.10.69. Esta manteve a Justiça Eleitoral dentro dos órgãos do Poder Judiciário e dispôs sobre direitos políticos e partidos políticos (arts. 130 a 140 e 147 a 152), vigorando até 1985, com a convocação da Assembleia Nacional Constituinte através da EC n. 26, de 27.11.85. Os direitos políticos, nesse triste interregno, desde o Ato Institucional número um, foram apenas fachada, restando submetidos ao bel-prazer dos militares ou do poder exercido por eles na chefia do país. E uma suposta superioridade moral propagada por eles, os autoproclamados cavaleiros contra apocalípticos. A referência à “reconstrução moral da Nação” já ficaria posta no preâmbulo do AI-1, cuja redação coube a Francisco Campos, o mesmo da Constituição de 37<sup>84</sup>, a saber:

---

<sup>80</sup> SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 14ª ed. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 87.

<sup>81</sup> MAIOR, Armando Souto. **História do Brasil**. Ob., cit., p. 350.

<sup>82</sup> SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. Ob. Cit., p. 87

<sup>83</sup> Ibid., p. 88.

<sup>84</sup> “[...]. É surpreendente, mas bastante significativo, que tenha sido Francisco Campos, o artífice da Constituição de 1937, em parceria com Carlos Medeiros Silva, quem convenceu os militares a avançar, elaborando o primeiro ato institucional, o qual, é importante destacar, não era numerado” (BARBOSA,

“[...] A revolução vitoriosa se investe no exercício do Poder Constituinte. Este se manifesta pela eleição popular ou pela revolução. Esta é a forma mais expressiva e mais radical do Poder Constituinte. Assim, a revolução vitoriosa, como Poder Constituinte, se legitima por si mesma. Ela destitui o governo anterior e tem a capacidade de constituir o novo governo. Nela se contém a força normativa, inerente ao Poder Constituinte. Ela edita normas jurídicas sem que nisto seja limitada pela normatividade anterior à sua vitória. Os Chefes da revolução vitoriosa, graças à ação das Forças Armadas e ao apoio inequívoco da Nação, representam o Povo e em seu nome exercem o Poder Constituinte, de que o Povo é o único titular. O Ato Institucional que é hoje editado pelos Comandantes-em-Chefe do Exército, da Marinha e da Aeronáutica, em nome da revolução que se tornou vitoriosa com o apoio da Nação na sua quase totalidade, se destina a assegurar ao novo governo a ser instituído, os meios indispensáveis à obra de reconstrução econômica, financeira, política e moral do Brasil, de maneira a poder enfrentar, de modo direto e imediato, os graves e urgentes problemas de que depende a restauração da ordem interna e do prestígio internacional da nossa Pátria. A revolução vitoriosa necessita de se institucionalizar e se apressa pela sua institucionalização a limitar os plenos poderes de que efetivamente dispõe. [...]”.

A “Revolução” – golpe de Estado às escâncaras – foi imposta (o) para salvar a Nação, com pretensões de “restaurar a sua moralidade”. E essa “restauração” começou com o ato e, a partir dele, com o expurgo das forças políticas que fariam oposição ao novo governo – ex-Presidentes, Congresso, Administração Pública e até nas Forças Armadas. Daí em diante, com fins de garantir essa “missão”, cassações e suspensões de direitos políticos foram arbitradas sumariamente, exílios consumados e mais além. Antes do AI-1, aliás, Castello Branco já havia prometido trazer à luz a corrupção dos governos nacionais-desenvolvimentistas (Getúlio, JK e Jango) e do “governo” de Jânio, naquilo que chamou de “livro-branco da corrupção”. Nunca cumpriu a promessa<sup>85</sup>. Acusados de corruptos, nenhum deles foi submetido a julgamento. E nenhum elemento

---

Leonardo Augusto de Andrade. **História Constitucional Brasileira**: mudança constitucional, autoritarismo e democracia no Brasil pós-64. Brasília: Câmara dos Deputados, 2018, p. 53).

<sup>85</sup> “Animado por essa lógica, tão logo iniciou seu governo, o marechal Castello Branco (1964-1967) prometeu dar ampla divulgação às provas de corrupção do regime anterior por meio de um livro branco da corrupção – promessa nunca cumprida, certamente porque seria preciso admitir o envolvimento de militares nos episódios relatados. Desde o início o regime militar fracassou no combate à corrupção, o que se deve em grande parte a uma visão estritamente moral da corrupção. Essa redução do político ao que ele não é – a moral individual, a alternativa salvacionista – definiu o desastre da estratégia de combate à corrupção do regime militar brasileiro, ao mesmo tempo em que determinou o comportamento público de boa parte de seus principais líderes, preocupados em valorizar ao extremo algo chamado de decência pessoal. [...]”(STARLING, Heloisa Maria Murgel. **Moralismo capenga**. Disponível em: <https://amarribo.org.br/moralismo-capenga/>. Acesso em: 29 jul. 2023).

direto surgiu que viesse compromete-los, mesmo e, talvez, sobretudo, no caso primeiro, ainda que *post-mortem*. Medida de feição demagógica e midiática, apenas e tão só<sup>86</sup>.

Para além dos Atos Institucionais, que não foram poucos, assim como não foram as respectivas consequências, o regime militar fez desencadear várias Emendas Constitucionais, inclusive para disciplinar o exercício dos direitos políticos, prevendo causas de inelegibilidade das mais diversas, com um fino matiz de casuísmo<sup>87</sup>, a partir daquele movimento que Anthony Pereira denominou de “legalidade autoritária”<sup>88</sup>. Uma legalidade direcionada, calcada no pressuposto de um inimigo a ser afastado da vida política, violadora da presunção de não culpabilidade, pós-fato e retroativa<sup>89</sup>.

Com o advento do regime militar, foram promulgadas as Emendas Constitucionais n.º 9, publicada em 23 de julho de 1964, e 14, publicada em 4 de junho de 1965, relacionadas ao tema das inelegibilidades. A primeira ampliou e fixou as condições de elegibilidade dos militares. A segunda não só aumentou o rol das inelegibilidades enumeradas no art. 139 da Constituição (art. 1º), como admitiu que lei

---

<sup>86</sup> “[...]. A utilização repetida e continuada das Forças Armadas, em nosso país, para a conquista do poder, impossível, para as forças do atraso, pela via eleitoral, é responsável por tal deterioração e, consequentemente, pelo declínio da disciplina que lhes é necessária, e que constitui mesmo a sua razão de ser. Quando tais forças, assim, acusam a indisciplina como motivo de seus pronunciamentos e golpes, que se sucedem a prazos cada vez mais curtos, estão mentindo, na essência, porque são elas responsáveis, sem qualquer engano, pela quebra desse princípio. Quantos golpes foram realizados, no Brasil, desde o movimento de 1930! Para mencionar apenas os que afetaram a composição do poder, é possível citar: o de 1957, que estabeleceu o Estado Novo; o de 1945 que impediu a retomada da norma democrática, impondo a continuação do estadonovismo sob outra forma; o de 1954, que levou ao suicídio de Vargas; a tentativa de 1955, gorada pelo ministro Teixeira Lott em 11 de novembro; o de 1961, para impedir a posse do vice-presidente eleito; o de 1964, que resultou vitorioso e radical. Basta verificar a galeria de personagens envolvidas em tais golpes para comprovar como constituem filão único, sempre com o mesmo sentido: intervir pela força militar contra o processo democrático normal, a serviço de componentes políticas a que a decisão popular, mesmo nas condições eleitorais precárias do Brasil, jamais deram assentimento” (SODRÉ, Nelson Werneck. **História Militar do Brasil**. 2ª ed. São Paulo: Expressão Popular, 2010, p. 482).

<sup>87</sup> A prática se encaixa muito bem na definição de “estado de exceção” proporcionada pela pena de Giorgio Agambem, a saber: “Na verdade, o estado de exceção não é nem exterior nem interior ao ordenamento jurídico e o problema de sua definição diz respeito a um patamar, ou a uma zona de indiferença, em que dentro e fora não se excluem, mas se indeterminam. A suspensão da norma não significa sua abolição e a zona de anomia por ela instaurada não é (ou, pelo menos, não pretende ser) destituída de relação com a ordem jurídica” (AGAMBEN, Giorgio. **Estado de Exceção**. São Paulo: Editora Boitempo, 2004, p. 26).

<sup>88</sup> “[...]. faltava aos juízes independência, imparcialidade e inamovibilidade; as leis eram vagas, a ponto de permitir a punição de, praticamente, qualquer tipo de comportamento; leis eram aprovadas e, então, aplicadas de maneira retroativa aos acusados; pessoas eram processadas mais de uma vez pelo mesmo crime; réus eram condenados com base apenas em confissões extraídas sob tortura ou em suas próprias declarações sobre suas convicções políticas; os juízes, repetidamente, faziam vista grossa ao sistemático descumprimento da lei pelas forças de segurança. Nessas condições, embora as regras e os procedimentos não fossem mera fachada, faltava a esses sistemas um ou mais dos elementos de um sistema judicial equânime” (PEREIRA, Anthony. **Ditadura e repressão: o autoritarismo e o estado de direito no Brasil, no Chile e na Argentina**. 1ª ed. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2010, p. 54).

<sup>89</sup> Lembra alguma lei da contemporaneidade brasileira? Falo da Lei Complementar n° 135/2010...

especial estabelecesse novos impedimentos, fundada na necessidade de preservação do regime democrático, da exação e probidade administrativa, e da lisura e normalidade das eleições contra o abuso do poder econômico e o uso indevido da influência de função pública (art. 2º)<sup>90</sup>. Ambas as Emendas tiveram origem no Poder Executivo, com base em prerrogativa conferida pelo Ato Institucional nº 1, de 9 de abril de 1964, e contaram, para a sua aprovação, com a redução do quórum de dois terços dos votos para maioria absoluta, outra inovação do Ato Institucional<sup>91</sup>.

Curioso – para dizer o mínimo – é que a linguagem utilizada pelo regime militar para a criação de causas de inelegibilidade e para a delegação dessa prerrogativa também ao legislador ordinário é praticamente idêntica à linguagem utilizada hoje em dia, inclusive no texto constitucional, observado o §9º do art. 14 da CF/88, e na Lei das Inelegibilidades (LC nº 64/90), mesmo quanto às hipóteses de atração – probidade administrativa, lisura e normalidade das eleições etc. E as similitudes só aumentarão.

A Emenda nº 14/65 foi a que trouxe as novidades mais relevantes, notadamente quanto à previsão de causas de inelegibilidade e autorização ao legislador ordinário para legislar acerca da mesma temática. E é daí que provém o Código Eleitoral (Lei nº 4737/65), até hoje vigente em parte. Neste ponto, é fundamental destacar que todas as emendas à Constituição de 1946 aprovadas até a promulgação da Constituição de 1967, como frisado por Leonardo Barbosa, “[...] tiveram origem no Poder Executivo, portanto, a partir de uma prerrogativa atribuída ao presidente da República pelo Ato Institucional de 9 de abril de 1964”<sup>92</sup>. Além disso, nenhuma das medidas centrais de reforma adotadas pelo Congresso teria sido aprovada sem a redução do quórum de dois terços dos votos para maioria absoluta. Isso inclui a prorrogação do mandato de Castello Branco por um ano, a exigência de quatro anos de domicílio eleitoral para os candidatos

---

<sup>90</sup> “Art. 2º Além dos casos previstos nos arts. 138, 139 e 140 da Constituição, lei especial poderá estabelecer novas inelegibilidades, desde que fundadas na necessidade de preservação; I - do regime democrático (art. 141, § 13); II - da exação e probidade administrativas; III - da lisura e normalidade das eleições contra o abuso do poder econômico e uso indevido da influência de exercício de cargos ou funções públicas”. (BRASIL, **Emenda Constitucional nº 14/65**. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/emendas/emc\\_anterior1988/emc14-65.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc_anterior1988/emc14-65.htm). Acesso em: 29 jul. 2023).

<sup>91</sup> MAGALHÃES, Flavia Cristina M. **Vida progressa e inelegibilidade no Estado Democrático de Direito**. In: Constituição de 1988: o Brasil 20 anos depois. Vol. II. Bruno Dantas, Eliane Cruxén, Fernando Santos e Gustavo Ponce de Leon Lago (Org.). Brasília: Senado Federal. 2008, p. 03.

<sup>92</sup> BARBOSA, Leonardo Augusto de Andrade. **História Constitucional Brasileira: mudança constitucional, autoritarismo e democracia no Brasil pós-64**. Ob., cit., p. 66.

ao governo estadual, a possibilidade de criação de novos casos de inelegibilidade por lei, a Reforma do Judiciário e a Reforma do Legislativo<sup>93</sup>.

Não demorou para vir a primeira Lei de Inelegibilidades da ditadura. A iniciativa era - nada discretamente - articulada. Uma das inovações propostas era a possibilidade de reconhecer a inelegibilidade antes mesmo das eleições, conforme registram André Luiz Batista Neves e João Glicério de Oliveira em oportuno artigo acadêmico. Segundo eles, a investida teria sido “fruto de estudos do Ministério da Justiça e da liderança do governo na Câmara, em um trabalho que contou com o empenho direto dos respectivos titulares, Milton Campos e Pedro Aleixo”<sup>94</sup>. A cama, eis a verdade, já estava arrumada. Era só deitar. A transferência da competência para regulamentar a matéria, do legislador constitucional para o legislador ordinário, garantiu o quórum necessário para a aprovação. O primeiro diploma legislativo de inelegibilidades desde 1934 recebeu o número imediatamente posterior ao do Código Eleitoral, a lei nº 4.738, de 14 de julho de 1965. E veio para estabelecer inelegibilidades permanentes, observada a *vida progressa* do candidato potencial, conceito que, a nós outros, os contemporâneos, é bem conhecido.

Na exposição de motivos do projeto de lei – que se tornaria ali adiante o novo diploma de inelegibilidades do regime de exceção – se encontra posto, a partir da pena do então Ministro da Justiça, um inteligente jogo de palavras, que condensa, no fim das contas, um paradoxo considerável. O drama das democracias modernas é que elas precisam defender-se, dizia o documento. Há citação da lei italiana, de 1952, que reprime o neofascismo. Consta também o artigo 18 da Constituição alemã, quanto ao neonazismo. E menções a lei e decisões judiciais norte-americanas, que, em conjunto, permitiram, diga-se, a consolidação do macarthismo<sup>95</sup>. Os contextos, portanto, não tinham muito a ver com o caso brasileiro. Mas o ponto alto da peça era o seguinte: segundo constou, a nova lei de inelegibilidades buscaria resguardar a “proibidade administrativa” e a “democracia liberal” contra a “subversão” e a influência dos “abusos de poder econômico e estatal” – novamente desponta curiosa a similitude com a linguagem utilizada hoje pelo legislador complementar e, não bastasse, pelo constituinte

---

<sup>93</sup> Ibid., p. 66.

<sup>94</sup> NEVES, André Luiz Batista; OLIVEIRA, João Glicério de. **Breve história da chamada Teoria “Clássica” das Inelegibilidades**: por que a doutrina brasileira as separa das condições de elegibilidade? Revista Jurídica Unicuritiba, Vol.1, n.73, p.692-722, janeiro/março 2023.

<sup>95</sup> Falo aqui dos seguintes marcos legais, todos visando conter “atividades subversivas”: Smith Act, de 1940; o Internal Security Act, de 1950; e o Communist Control Act, de 1954.

derivado. Note-se, entretanto: o regime era ditatorial; mas a lei visaria proteger a “democracia liberal”. A contradição era evidente, não obstante a perspicácia dos motivos expostos.

Ocorre que a mesma exposição de motivos traz a verdade que esteve por trás da investida – ela possui caráter confessional: a tendência do projeto, segundo consta, nada mais era do que o pretense intuito de promover, sem as distorções da influência estatal e do poder econômico que o têm perturbado, o surgimento das urnas de minorias valiosas e atuantes, capazes de serem o contraste necessário das decisões majoritárias e de virem a constituir, elas próprias, maioria amanhã. Nesse sentido, segundo ainda consta, o projeto se relacionaria com outras providências que o Governo tem tido a iniciativa de encaminhar ao Congresso, representando, o projeto, inevitável tributo para que a “Revolução” se implante, como movimento irreversível. A finalidade, então, era evitar aquilo que se chamou de “distorções e desvios que vinham comprometendo a democracia brasileira”. Tratava-se, logo, de um projeto direcionado, casuísta, *expost-factum* e de feição retroativa. Direcionado aos denominados “inimigos do regime”, de modo a extirpá-los da vida política pela via legal e judiciária. Noutras palavras, a lei nada mais era do que um verniz destinado a encobrir a perseguição dos adversários. Uma medida aparentemente “mais civilizada”, que não deixava de ter alvos pré-definidos, todavia.

O texto legal previu um rol extenso de causas de inelegibilidade, direcionando a perseguição estatal, por exemplo, contra aqueles que: participem da organização ou do funcionamento de qualquer partido político ou associação, cujo programa ou ação contrarie o regime democrático, baseado na pluralidade dos partidos e na garantia dos direitos fundamentais do Homem; os que, pública ou ostensivamente, façam parte, ou sejam adeptos de partido político cujo registro tenha sido cassado; os que integram partidos políticos vinculados, por subordinação, a partido ou governo estrangeiro; os que hajam atentado, em detrimento do regime democrático, contra os direitos individuais, concernentes à vida, à liberdade e à propriedade; os que, por atos do Comando Supremo da Revolução, ou por aplicação do art. 10 do Ato Institucional 01, perderam seus mandatos eletivos, ou foram impedidos de exercê-los; os Presidentes e Vice-Presidentes da República, os Governadores e Vice-Governadores, os Prefeitos e Vice-Prefeitos declarados impedidos para o exercício dos respectivos cargos, por deliberação do Congresso Nacional, das Assembleias Legislativas ou das Câmaras Municipais; e os

membros do Poder Legislativo que perderem os mandatos, desde que o motivo que deu causa à punição os incompatibilize para o exercício de mandato eletivo.

É possível depreender do texto legal o caráter vago (aberto) de várias das causas de restrição à capacidade eleitoral passiva, para muito aquém do que se exige de uma regra restritiva de direitos fundamentais, observada a tipicidade, a taxatividade e a legalidade estrita. Há, de igual maneira, um conteúdo bem direcionado em várias das suas hipóteses, como as referências aos políticos sumária e arbitrariamente cassados pelo AI-1, aos membros de partidos com registros cassados (todos eles...<sup>96</sup>), ou aos componentes de partidos que tenham programas contrários aos preceitos democráticos, como se o governo militar não tivesse rebentado, ele próprio, o regime que vigorava desde 1945/46. Sem ignorar o nítido caráter retroativo da lei, representando diploma normativo que contraria pilar histórico do constitucionalismo<sup>97</sup>.

Apesar destes tantos pesares, contudo, as hipóteses de inelegibilidade provenientes de condenações trouxeram texto mais condizente com outro princípio constitucional de valor inegociável: a presunção de inocência – isso mesmo, a presunção de inocência. Sobre o tema, foram duas as hipóteses, quais sejam: **a)**os que, por ato de subversão ou de improbidade na administração pública ou privada, tenham sido condenados à destituição do cargo, função ou emprego, *em virtude de sentença judiciária transitada em julgado*, ou mediante inquérito administrativo processado regularmente, em que se lhes tenha assegurado ampla defesa e; **b)**os que, nos casos determinados em lei, venham a ser privados, *por sentença judiciária irrecorrível*, proferida no curso do processo eleitoral, do direito a elegibilidade, por haver atentado contra o regime democrático, a exação e a probidade administrativas ou a lisura e a normalidade das eleições. Isto é: sob a ótica do direito eleitoral sancionador, especificamente quanto eventuais reprimendas judiciais, a normativa do regime militar foi mais “leve” do que a normativa atual, assentada em pleno período democrático, ainda que não tivessem sido estabelecidos por lá prazos de duração.

---

<sup>96</sup> Os partidos foram extintos, do PTB a UDN.

<sup>97</sup> É acerca da inconstitucionalidade das leis pós-fato, notadamente em matéria de restrição de direitos. Tanto é histórica a premissa, que ela permeou os debates da Convenção da Filadélfia, que precederam a Constituição de 1787 nos Estados Unidos. A esse respeito, a basilar lição de James Madison, o pai da Constituição norte-americana: “[...]. Madison disse também, quanto à proibição das leis *ex post facto*, que a vedação abrangia tanto a esfera civil quanto à criminal, e que incumbiria aos juízes a obrigação (o dever) de declararem tal interferência do legislativo nula e inválida (*null and void*). [...]”. (BARCELOS, Guilherme. **Revisitando as Origens da Judicial Review**: o nascedouro do controle judicial de constitucionalidade, de Sir Edward Coke a John Marshall. Florianópolis: Habitus, 2018, p. 171).

Tanto o artigo 148 da Constituição de 1967 quanto o artigo 151 da Constituição outorgada de 1969 encomendavam à lei complementar a fixação de casos de inelegibilidade. Esta última o fazia com o objeto de preservar “o regime democrático”, “a probidade administrativa”, “a moralidade para o exercício do mandato, levada em consideração a vida progressiva do candidato”, “a normalidade e legitimidade das eleições contra a influência ou o abuso do exercício de função, cargo ou empregos públicos da administração direta ou indireta” – que passara a ser expressamente incluída – “ou do poder econômico”. Os ministros militares editaram, porém, um Decreto-Lei (DL), que recebeu o número de 1.063, nove dias antes da entrada em vigor da Carta de 1969<sup>98</sup>.

Perceba-se a ênfase dada pelo texto das “Constituições” ditatoriais à proteção da “probidade” e da “moralidade para o exercício do cargo eletivo”, além da “normalidade e da legitimidade das eleições contra o abuso”. Registre-se para que não se perca a informação: notadamente quanto à última, a normativa se deu ou foi imposta em plena vigência do Ato Institucional nº 05 (!). Causa espécie, assim sendo, que sigamos atualmente mantendo esse tipo de modelo calcado em abstratas referências à probidade e à moralidade, cada vez mais expansionista quanto às restrições aos direitos políticos passivos, reproduzindo, para tanto, agir legislativo não apenas de um tempo de exceção, mas de uma exceção alicerçada em um ato institucional que fechou o Parlamento, cassou direitos políticos e mandatos eletivos, suspendeu o Habeas Corpus e por aí em diante.

Já quanto às causas de inelegibilidade previstas no Decreto Lei precitado, foram incluídas novas hipóteses, não menos direcionadas, tal como a textualística inserida na alínea ‘b’ do inciso I do artigo 1º, prevendo a restrição do direito de ser votado aos que haviam sido atingidos por qualquer das sanções previstas no § 1º do artigo 7º e no artigo 10 do Ato Institucional nº 1, de 9 de abril de 1964, no parágrafo único do artigo 14 e no artigo 15 do Ato Institucional nº 2, de 27 de outubro de 1965; no artigo 4º e nos parágrafos 1º e 2º do artigo 6º do Ato Institucional nº 5, de 13 de dezembro de 1968; nos artigos 1º, e nos seus parágrafos 2º, 3º do Ato Institucional nº 10, de 16 de maio de 1969; no artigo 1º do Ato Institucional nº 13, de 5 de setembro de 1969, assim como no Decreto-lei número 477, de 26 de fevereiro de 1969, estendendo-se estas inelegibilidades, quando casado o punido, ao respectivo cônjuge. Ou seja: cassações

---

<sup>98</sup>NEVES, André Luiz Batista; OLIVEIRA, João Glicério de. **Breve história da chamada Teoria “Clássica” das Inelegibilidades:** por que a doutrina brasileira as separa das condições de elegibilidade? Revista Jurídica Unicuritiba, Vol.1, n.73, p.692-722, janeiro/março 2023.

sumárias como passíveis de atrair causa de inelegibilidade, não apenas ao “cassado” em si, mas, sendo o “cassado” um sujeito “casado”, ao cônjuge dele. Novamente, entretanto, manteve-se a ótica consignada na lei 4738/65 naquilo que se referia à atração de hipótese de inelegibilidade em virtude de condenação judicial – sentença judiciária irrecorrível ou transitada em julgado.

Haveria novas eleições em 1970 e a inconstitucionalidade da lei de inelegibilidades também foi questionada incidentalmente no TSE e depois perante o STF em sede de Recurso Extraordinário, consoante registram André Batista e João Glicério em belo texto já citado<sup>99</sup>. Provavelmente em razão dessas resistências, o Presidente Médici encaminhou ao Congresso Nacional, em 1º de abril de 1970, primeiro dia da sessão legislativa de 1970, o projeto de lei complementar n. 1/1970<sup>100</sup>. O projeto, aprovado em ritmo de maratona, daria ensejo a LC n° 05/70.

Na exposição de motivos redigida por Alfredo Buzaid, Ministro da Justiça, dizia-se que eram almejados o esclarecimento de algumas obscuridades do DL n. 1.063/69 e o ajuste da inelegibilidade de cônjuges e demais parentes de detentores de mandatos eletivos. Não era verdade. O projeto previa figuras novas, destinadas a tolher inimigos do regime, a exemplo da inelegibilidade por abuso no exercício de cargo de direção em entidade sindical. A tramitação daquela que seria a lei de inelegibilidades vigente até 1990 foi extremamente rápida. O projeto foi lido em sessão conjunta do Congresso Nacional no dia 2 de abril de 1967, compôs-se uma comissão mista para

---

<sup>99</sup>[...]. Em voto proferido no Recurso Extraordinário Eleitoral n. 71.293 – São Paulo, julgado pelo STF no dia 11 de novembro de 1970, o Ministro Amaral Santos, após qualificar o art. 151 como ‘norma programática’, asseverou que ela ‘não estabeleceu casos de inelegibilidade, mas, expressamente, atribuiu a Lei Complementar que os estabelecesse, orientando-se por princípios que indica, entre os quais que visa ‘a preservar o regime democrático’, objetivo da Revolução de 1964’ (STF, Recurso Extraordinário Eleitoral n. 71.293 – São Paulo, j. 11 de novembro de 1970). Esse caso foi detalhadamente estudado por Maria Celina Monteiro Gordilho (2015), em sua dissertação de mestrado. O recurso n. 3.205 – classe IV – Paraná (49ª Zona – Colombo), decidido em 13 de fevereiro de 1969, obrigou a Corte a enfrentar a compatibilidade da Lei n. 4.768/65 com o art. 148 da Constituição de 1967. Relator, o Min. Xavier de Albuquerque laconicamente afirmou não ver ‘como o fetichismo da nomenclatura – especial, ao invés de complementar – possa comprometer a vigência de lei que se conforma ao novo ordenamento constitucional’, e o Min. Temístocles Cavalcanti sustentou que a Lei n. 4.738 não fora revogada pela Constituição: ‘A exigência da lei complementar não quer dizer que a matéria ficou em branco. Enquanto não vier essa lei complementar, tanto mais quando se trata de legislação específica e que não pode deixar de existir dentro do nosso sistema eleitoral, não se pode admitir que, por uma questão de forma, deixe de se aplicar um dispositivo extremamente salutar para a verificação da idoneidade dos candidatos a cargos eletivos’” (NEVES, André Luiz Batista; OLIVEIRA, João Glicério de. **Breve história da chamada Teoria “Clássica” das Inelegibilidades:** por que a doutrina brasileira as separa das condições de elegibilidade? Revista Jurídica Unicuritiba, Vol.1, n.73, p.692-722, janeiro/março 2023).

<sup>100</sup> NEVES, André Luiz Batista; OLIVEIRA, João Glicério de. **Breve história da chamada Teoria “Clássica” das Inelegibilidades:** por que a doutrina brasileira as separa das condições de elegibilidade? Revista Jurídica Unicuritiba, Vol.1, n.73, p.692-722, janeiro/março 2023.

examiná-lo, produziu-se um substitutivo e as discussões em plenário tiveram lugar em duas sessões, ambas realizadas no dia 23 daquele mesmo mês<sup>101</sup>.

A possibilidade de levar em consideração a vida pregressa do candidato deu azo ao estabelecimento de hipóteses de inelegibilidade que se baseavam na existência, contra o candidato, de processos pendentes de decisão definitiva<sup>102</sup>. Inseriam-se entre suas medidas a declaração de inelegibilidade independentemente do trânsito em julgado de ações em que se apurasse enriquecimento ilícito ou crimes contra a segurança nacional, ordem política e social, economia popular, fé pública, administração pública, patrimônio, entre outros, bastando a condenação em primeira instância ou mesmo a instauração de processo em face do candidato por denúncia do Ministério Público recebida pelo juiz competente. O referido projeto foi aprovado, não obstante as manifestações de Membros da Comissão Mista filiados ao MDB, como o Deputado Ulysses Guimarães e o Senador Josaphat Marinho, em sentido contrário à previsão de inelegibilidade daqueles que respondessem a processo judicial ou houvessem sido condenados por determinados crimes sem sentença transitada em julgado<sup>103-104</sup>.

Registro honroso deve ser feito em prol do Tribunal Superior Eleitoral (TSE) que, em pleno AI-5, peitou o regime militar e a nova previsão legislativa, declarando, por maioria de votos, a sua inconstitucionalidade em prol do direito fundamental à presunção de inocência (!). Tratou-se, a esse respeito, do Recurso Eleitoral (hoje seria Recurso Especial Eleitoral) n° 4466, originário do Município de Igarapu do Tietê-SP, Redator para o acórdão o Ministro Leitão de Abreu<sup>105</sup>.

O Relator, Ministro Rodrigues Alckmin, votava pelo desprovimento do apelo do candidato, tudo ao referir, em sua fundamentação, que “[...] *não é de considerar que uma presunção legal de inocência, decorrente de princípio de ordem constitucional,*

---

<sup>101</sup> Ibid.

<sup>102</sup> MAGALHÃES, Flavia Cristina M. **Vida pregressa e inelegibilidade no Estado Democrático de Direito**. Ob., cit., p. 05.

<sup>103</sup> Ibid., p. 05-06.

<sup>104</sup> “O Deputado Ulysses Guimarães apresentou a Emenda 7, que suprimia o art. 1º, I, n, do projeto, a fim de que apenas a condenação criminal, enquanto durassem seus efeitos, acarretasse a inelegibilidade, nos termos do art. 149, § 2º, da Constituição vigente. O Senador Josaphat Marinho ofereceu a Emenda 10, que alterava o citado dispositivo para condicionar a declaração de inelegibilidade à condenação judicial transitada em julgado. Os dados foram obtidos mediante obtenção de cópia do processado disponibilizada pela Seção de Arquivo do Senado Federal” (MAGALHÃES, Flavia Cristina M. **Vida pregressa e inelegibilidade no Estado Democrático de Direito**. Ob., cit., p. 06).

<sup>105</sup> EMENTA: Inelegibilidade: Inconstitucional, em parte, art. 19, inciso I, letra E, da Lei Complementar n° 5, de 29 de abril de 1970, visto ofender art. 151, IV, da Constituição Federal, Emenda n° 1. Recurso conhecido e provido.

*exista no direito brasileiro. E que assim, o "status" de imputado – a que estranha qualquer presunção de inocência ou de culpabilidade - pode determinar efeitos jurídicos, mediante previsão legal*". Ou seja: ainda que inexistente condenação transitada em julgado, nada obstaría que a lei previsse a atração de causa de inelegibilidade, considerando que eventual decisão poderia gerar efeitos jurídicos. O relator cita, para tanto, a hipótese da prisão preventiva, ignorando, entretanto, que ela sempre foi de natureza excepcional, observados requisitos legais, jamais representando título condenatório ou antecipação de pena. E conclui, para afirmar que *"texto constitucional algum impede, meu ver, que se atribua ao 'status' de imputado pela prática de determinados crimes, incompatibilidade com qualidade de candidato a cargo eletivo"*. O "status de imputado" referido se devia por eventual condenação mediante sentença ou, até mesmo, em razão do recebimento de denúncia por crimes específicos – peculato, por exemplo, tal como era o caso. E o fato é que o voto não era nada discreto no sentido de inverter completamente a lógica das coisas, ao defender a ideia segundo a qual *"é fato que a lei atribui e pode atribuir consequências jurídicas, tendo vista até mesmo provável futura condenação do réu (Cód. Proc. Penal, art. 312, prisão preventiva)"*. A presunção de culpa estabelecida na lei e corroborada no voto são evidentes. O voto seria acompanhado pelos Ministros José Neri da Silveira e Décio Miranda, que comporiam a minoria de três votos.

A divergência seria instaurada pelo Ministro Leitão de Abreu, que acabaria proferindo o voto condutor do julgado superior. E foi um oportuno pronunciamento judicial, com densidade teórica agigantada. O Ministro começa o voto rememorando os gregos, para dizer que no período antigo a liberdade se intensificava com a participação no poder. Ser livre, está no pronunciamento, residia, por conseguinte, unicamente, no fato de poder o indivíduo aspirar a todas as funções e participar na formação da lei. Ser livre entre os antigos é participar no governo. Ser livre entre os modernos consiste em ser livre em relação ao poder estatal e possuir o direito, não de ser soberano, mas de exercer uma influência sobre o poder no interesse do indivíduo. A referência à influência sobre o poder é demasiado oportuna, afinal, trata-se de uma fala em defesa e na proteção dos direitos individuais em detrimento da prerrogativa estatal, pilar do constitucionalismo moderno. Assim começaria o voto, tudo para acentuar suma importância, que se atribuía à participação no poder, à aptidão para manifestar, no exercício de função política, a vontade estatal, em velhos tempos, nos quais o indivíduo

se desconhecia, do ponto de vista estritamente jurídico, direito que pudesse, de modo eficaz, opor ao Estado, teoricamente onipotente. E seguiria.

Quando, depois de longa evolução, se reconheceu aos indivíduos esfera de liberdade em relação ao Estado, garantindo-se juridicamente essa liberdade, disciplinou-se, também, em termos de direito positivo, sua participação no poder, ou seja, sua admissão ao exercício da atividade política, sua capacidade de ser órgão. De duas maneiras pode regular-se participação do cidadão na formação da vontade estatal: ou impondo-se-lhe obrigação, para que assim proceda, ou conferindo-se-lhe direito. O direito de elegibilidade era estabelecido. Mas as vedações, ainda que pudessem previstas na legislação, não estariam em consonância com o caráter universal dos direitos humanos.

A “Constituição” de 1969 previa, é bem verdade, em seu artigo 151, item IV, que ao legislador caberia prever hipóteses de inelegibilidade, observada a moralidade para o exercício do mandato, levada em consideração a vida pregressa do candidato - espanta, permita-se o parêntese vez mais aberto aqui, a similitude de redações de um diploma normativo erigido em pleno AI-5 com as redações de hoje, assentadas sob a égide da Constituição de 1988, em pleno Estado Democrático de Direito. Todavia, a questão, segundo o Ministro Leitão de Abreu, residia em torno da interpretação do preceito constitucional, observado a partir daí o espaço de conformação do legislador. Isto é: até onde o legislador ordinário poderia ir? O voto consigna o seguinte pressuposto, *verbis*:

“[...] Nada mais legítimo, por certo, do que exigência de moralidade para exercício do mandato eletivo, não havendo senão aplaudir o se ter tornado explícita essa exigência no preceito constitucional já mencionado. Em face dessa cláusula constitucional está legislador, por via de norma de caráter complementar, habilitado, seguramente, a definir casos em que, por não concorrer em favor do candidato capacidade moral, incorrer este em inelegibilidade. Não é isto, entretanto, que se discute na espécie, porquanto que se cuida de saber se lei complementar, com apoio nessa regra constitucional, pode pronunciar inelegibilidade de quem responda processo judicial instaurado por denúncia do Ministério Público, recebida pela autoridade judiciária competente, enquanto não absolvidos. [...]”.

Daí em diante, para afirmar que não, o voto citaria manifestação judicial de lavra do Ministro Xavier de Albuquerque, consignada no bojo do Recurso nº 4189 – Classe IV – originário do Rio de Janeiro, a saber:

“[...] De modo lapidar respondeu negativamente a questão o eminente Ministro Xavier de Albuquerque, em opinião emitida por ocasião do julgamento do Recurso nº 4.189 - Classe IV - Rio de Janeiro, quando, entre outros argumentos, todos, meu ver, convincentes, discorre com incisiva eloquência: ‘Por que admitir que simples fato de pendência de um processo, com denúncia oferecida recebida, pese indelevelmente sobre moralidade de alguém, a ponto de lhe acarretar ônus brutal da inelegibilidade? Não posso admitir. Não posso admitir, porque estou lidando com princípios eternos, universais, imanes, que não precisam estar inscritos em Constituição nenhuma. Mas, por acaso, esse princípio, se não está expresso na Constituição da República Federativa do Brasil, está inscrito, de modo mais veemente e peremptório, na famosa "Declaração Universal dos Direitos do Homem", que é capítulo de uma inexistente, mas evidente Constituição de todos os povos. O Brasil contribuiu, com sua participação e voto, para que Terceira Assembleia Geral das Nações Unidas, há mais de 25 anos, aprovasse uma "Declaração Universal dos Direitos do Homem": essa declaração insculpiu, no primeiro inciso do seu artigo 11, esta regra de verdadeira moral do mais límpido Direito: ‘Todo homem acusado de um ato delituoso, tem direito de ser presumido inocente até que sua culpabilidade tenha sido provada, de acordo com lei, em julgamento público, no qual lhe tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias sua defesa’. Este princípio é inerente ao nosso regime, pois está compreendido entre aqueles que Constituição adota. Não precisa ele estar explicitado, em letra de forma. [...]. O Brasil proclamou, num documento internacional e no regime que adotou, essa verdade universal, que, insisto, não precisa estar inscrita em lei nenhuma, porque é princípio ético e jurídico, imanes. O fato de alguém responder processo criminal adere, objetivamente, sua vida. Ninguém, que respondeu um processo criminal, retira jamais esse episódio da sua história pessoal. Mas não pode ele, por si só, comprometer moralidade do cidadão, que deve ser presumido inocente enquanto não for julgado culpado”.

Diante disso, em virtude de denúncia, cujo recebimento não confere certeza quanto autoria ou quanto aos fatos, o cidadão é tratado, pela Lei Complementar nº 5, art. 19 I, n, como despojado, por esse ato judicial, de moralidade para exercício do mandato, sem embargo da possibilidade de poder vir ser absolvido e de se concluir, por conseguinte, pela improcedência da pretensão punitiva do Estado. Inadmissível é, no entanto, que ato judicial dessa natureza, em que se traduz juízo assertórico, problemático, duvidoso, sujeito a rejeição, sirva de fundamento para que se declare despojado de moralidade candidato cargo eletivo. Cumpre se tome em conta a importância de que se reveste capacidade eleitoral passiva do cidadão, da qual resulta sua aptidão para participar no governo. Importa se considere, além disso, que, segundo ordem constitucional vigente, essa capacidade de ser votado constitui direito político, de

que o cidadão, no caso do artigo 151, IV, somente pode ser privado se convencido de falta de moralidade, que não pode acontecer senão em face de elementos objetivos, certos, seguros, não de circunstâncias incertas, inseguras, problemáticas, precárias, como magistralmente afirmou o Ministro Leitão de Abreu a partir do banco judicial ocupado no TSE.

Recebimentos de denúncia ou mesmo sentenças ou acórdãos condenatórios recorríveis são circunstâncias incertas, precárias. Enquanto não houver um título condenatório definitivo, a verdade é que o cidadão poderá ser absolvido. Por que, então, deixamos isso lado, mesmo na contemporaneidade, sob à regência de uma Carta cognominada de “Cidadã”? Note-se a coragem do Ministro que, mesmo sob a batuta do ato mais violento do regime ditatorial, afirmou a inconstitucionalidade da hipótese de inelegibilidade em debate, justamente porquanto violadora da presunção de inocência. O voto foi acompanhado pela maioria, mediante desempate do Presidente<sup>106</sup>. E a hipótese de restrição da capacidade eleitoral passiva foi declarada inconstitucional. Voltaremos a isso em seguida. E com ênfase assim faremos.

O STF, ato contínuo, infelizmente reformaria o acórdão do TSE, assim o fazendo, nos autos do RE 86297, Rel. Min. Thompson Flores, DJ de 26/11/1976, por maioria de 6 votos 4, a partir do voto do Ministro Moreira Alves, que chancelaria a possibilidade de atração de causa de inelegibilidade mesmo sem a existência de um decreto condenatório de caráter definitivo, a saber:

“[...]Nesse sentido – sem o qual a inconstitucionalidade em causa perderia sua base de sustentação – não posso considerar a presunção de inocência como daqueles princípios eternos, universais, imanentes, que não precisam estar inscritos nas Constituições, e que, na nossa, teriam guarida na norma residual do § 36 do art. 153. O ataque que sua literalidade tem sofrido pelos adeptos mais conspícuos dos princípios que florescem à sua sombra contra a pessoa ou os bens do réu (prisão, sequestro, arresto, apreensão de bens). Os fatos – admissão universal das providências admitidas contra a pessoa ou os bens do réu (prisão, sequestro, arresto, apreensão de bens) – o evidenciam. Se é indisputável que a presunção de inocência não impede o cerceamento do bem maior, que é a liberdade, como pretender-se que possa cercear a atuação do legislador no terreno das

---

<sup>106</sup> Merece registro o voto prolatado pelo Ministro Xavier de Albuquerque, então Presidente do TSE, encarregado do desempate, *literis*: “[...]. Ao contrário, aliás, de preservar moralidade para exercício do mandato, essa norma está produzindo, em todos os recantos do Brasil, enorme lesão moralidade dos costumes políticos brasileiros. Contam-se, por dezenas, vindos de todos os Estados, casos óbvios de processos criminais concebidos com um só propósito, o de se produzir inelegibilidade. Ela, portanto, ao meu ver, dolorosamente digo, além de inconstitucional, tem-se revelado, na prática política na vida brasileira, inquietantemente amoral”.

inelegibilidades, em que, por previsão constitucional expressa, até fatos de ordem moral podem retirar a capacidade eleitoral passiva? Não tenho, portanto, dúvida alguma sobre a constitucionalidade da letra “n” do inciso I do art. 1º da Lei Complementar nº 5/70. [...]”.

O fato é que, da década de 1970 em diante, no Brasil os obstáculos à elegibilidade foram convertidos em figuras independentes, dignas de nomes particularizados (inelegibilidade, incompatibilidade), mas antitéticos aos dos direitos ou situações jurídicas cuja incidência impedião. O curioso é que, no final, tudo se encaminhou exatamente no sentido pretendido no início da ditadura civil-militar. Do tratamento da questão exclusivamente por normas constitucionais, como preconizava toda a doutrina construída sob a égide da Constituição de 1946, passou-se a pacificamente admitir a criação e a disposição de inelegibilidades por lei complementar e das condições de elegibilidade mediante lei ordinária. Isso era o que queriam os detentores do poder daquela época<sup>107</sup>. E o intento foi atingido, a partir do estabelecimento – essa é a sua origem! - do critério da “vida progressa” do potencial candidato, observada a “moralidade” para o exercício do cargo eletivo e a “probidade administrativa”. Não à toa Edwin Lieuwen afirmou, em pertinente obra literária, que “[...] as forças armadas, em suma, consideravam-se acima da lei”<sup>108-109</sup>.

A Lei Complementar nº 5/70 sofreu alterações, é verdade. Porém, tal como consigna Flavia Cristina Guimarães, a mais relevante foi realizada pela Lei Complementar nº 42, de 1º de fevereiro de 1982, “de iniciativa do Poder Executivo, então chefiado pelo General João Figueiredo, que assumiu o governo em período em que o país caminhava para a redemocratização”<sup>110</sup>. Entre outras medidas, a LC nº 42, de 1982, extinguiu a hipótese de inelegibilidade dos que respondessem a processo pelos

---

<sup>107</sup>NEVES, André Luiz Batista; OLIVEIRA, João Glicério de. **Breve história da chamada Teoria “Clássica” das Inelegibilidades**: por que a doutrina brasileira as separa das condições de elegibilidade? Revista Jurídica Unicuritiba, Vol.1, n.73, p.692-722, janeiro/março 2023.

<sup>108</sup> LIUWEN, Edwin. **Militarismo e política na América Latina**. Rio de Janeiro: Zahar, 1964, p. 26.

<sup>109</sup> O fenômeno, segundo Skidmore, se iniciou já com Castelo Branco: “[...]. Na esperança de aumentar as possibilidades de vitória da UDN, Castelo Branco apertou o controle do seu governo sobre o sistema eleitoral. 79 Primeiro ele conseguiu que o Congresso aprovasse uma emenda constitucional, supostamente para reduzir a “corrupção eleitoral”, a qual exigia que os candidatos comprovassem quatro anos de domicílio eleitoral nos estados por onde pretendessem concorrer. A segunda medida foi uma “lei de inelegibilidade”, aprovada pelo Congresso sob forte pressão governamental em julho de 1965, que, entre outras coisas, vetava a candidatura de quem quer que houvesse servido como ministro do governo Goulart depois de janeiro de 1963. Esta medida, como a precedente, visava os políticos opositores que o Planalto achava que dificilmente poderiam ser derrotados nas eleições que se aproximavam” (SKIDMORE, Thomas. **Brasil: de Castelo a Tancredo (1964-1985)**. São Paulo: Paz e Terra, 1994, p. 76).

<sup>110</sup> MAGALHÃES, Flavia Cristina M. **Vida progressa e inelegibilidade no Estado Democrático de Direito**. Ob., cit., p. 07.

crimes acima mencionados. Cabe notar que o substitutivo aprovado no Senado Federal ao referido diploma exigia que a inelegibilidade só poderia ser aplicada se houvesse declaração expressa nesse sentido na sentença condenatória, exigência que sofreu veto presidencial. Outro fato relevante diz respeito à formação de uma corrente, da qual faziam parte os Deputados Federais Odacir Klein, Aírton Soares e Waldir Walter, que considerava inadmissível a declaração de inelegibilidade com base em condenação não transitada em julgado<sup>111</sup>. Ainda sob a égide do regime de exceção, portanto, foi imposta a modificação legislativa, para prever a atração de causa de inelegibilidade apenas com o advento de sentença condenatória transitada em julgado, sendo que o próprio Presidente Figueiredo vetou a investida congressional em sentido contrário. A lei vigoraria até 1990.

O modelo inaugurado no período militar, como visto, partiu, e isto, infelizmente, é pouquíssimo falado, para o arbitramento da “moral que subverte” por intermédio da legislação, especialmente em matéria de inelegibilidades. A competência para o estabelecimento de condições de elegibilidade e de causas de inelegibilidade, que era exclusividade do legislador constitucional, passou ao legislador ordinário (complementar e ordinário em sentido estrito). De mais a mais, foram introduzidos, via emendas, critérios balizadores de uma indisfarçável pretensão de “moralizar a sociedade brasileira” a partir do afastamento de incontáveis pessoas da possibilidade de disputar cargos políticos pela via eletiva, notadamente a “vida pregressa” do candidato, observada a “moralidade eleitoral” e a “probidade administrativa”. A partir daí várias hipóteses restritivas do direito fundamental de ser votado passaram a ser previstas, algo que serviu para retirar de cidadãos a possibilidade de eleição e, com isso, na ótica dos militares, garantir o regime.

Não podemos, reside aí o ponto, fazer ouvidos moucos, de marcador, para tal realidade. Sendo demasiado temerário que, ainda hoje, cultuemos tais resíduos autoritários em nossa legislação de inelegibilidades, consagrando os mesmos critérios e, não bastasse, indo ainda além na previsão de causas restritivas da capacidade eleitoral passiva da cidadania. Precisamos virar a página. E apontar. Quem não sabe virar a página, no fim das contas, não merece ler o livro. E essa ideia de promoção de uma espécie de “estatuto de moralidade”, observados, para tanto, critérios vagos, abstratos, pós-fato, retroativos e de meras possibilidades, não apenas é temerária, considerando

---

<sup>111</sup> Ibid., p. 07.

que o direito de ser votado é um direito fundamental e que o pilar democrático é a soberania popular, como possui uma raiz fincada na exceção, havendo uma condenável confluência de linguística e de alvo: a irretroatividade das leis restritivas de direitos e a presunção de inocência ou de não culpabilidade. Só não vê quem não quiser...

## **1.2. A redemocratização, a Constituição de 1988 e a primeira lei a tratar das inelegibilidades - a Lei Complementar nº 64/90**

Em 05 de outubro de 1988 seria promulgada a Constituição Federal, o marco definitivo de reinstitucionalização da democracia e do Estado de Direito no Brasil. O evento foi marcado pelo histórico discurso de Ulysses Guimarães (MDB), Presidente da Assembleia Nacional Constituinte (1987-1988) naquela quadra dos acontecimentos. Ecoavam no Plenário da Câmara dos Deputados as reivindicações democratizantes das ruas, pois a Nação desejava mudar, a Nação deveria mudar, a Nação iria mudar. E o Dr. Ulysses, como era chamado, assim pronunciou:

“[...] A Constituição, certamente, não é perfeita. Ela própria o confessa ao admitir reforma. Quanto a ela, discordar, sim. Divergir, sim. Descumprir, jamais. Afrontá-la, nunca. Traidor da Constituição é traidor da pátria. Conhecemos o caminho maldito: rasgar a Constituição, trancar as portas do Parlamento, garrotear a liberdade, mandar os patriotas para a cadeia, o exílio, o cemitério. [...] Nosso desejo é o da Nação: que este plenário não abrigue outra Assembleia Nacional Constituinte. Porque, antes da Constituinte, a ditadura já teria trancado as portas desta Casa. [...] O Estado autoritário prendeu e exilou. A sociedade, com Teotônio Vilela, pela anistia, libertou e repatriou. A sociedade foi Rubens Paiva, não os facínoras que o mataram. Foi a sociedade, mobilizada nos colossais comícios das Diretas Já, que, pela transição e pela mudança, derrotou o Estado usurpador. Termine com as palavras com que comecei esta fala: a Nação quer mudar. A Nação deve mudar. A Nação vai mudar. A Constituição pretende ser a voz, a letra, a vontade política da sociedade rumo à mudança. Que a promulgação seja nosso grito: Mudar para vencer! Muda Brasil!”<sup>112</sup>.

A Constituição previu a dignidade da pessoa humana<sup>113</sup> e o pluralismo político como fundamentos da República Federativa do Brasil (CF, art. 1º, inc. III e V).

---

<sup>112</sup> VILLA, Marco Antônio. **História em discursos**: 50 discursos que mudaram o Brasil e o Mundo. Ob., cit., p. 295/301-302.

<sup>113</sup> Segundo Ingo Sarlet “[...] o princípio da dignidade da pessoa humana acaba por justificar (e até mesmo exigir) a imposição de restrições a outros bens constitucionalmente protegidos”. Isso, porque, conforme explica o autor, existe uma inegável primazia da dignidade da pessoa humana no âmbito da arquitetura constitucional” (SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 10ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2021, p. 74).

Consagrou objetivos fundamentais da mesma República (CF, art. 3º). Trouxe um extenso rol de direitos fundamentais (CF, art. 5º ss.)<sup>114</sup>. E fincou o princípio democrático e a soberania popular. Esta, por sua vez, como que a representar o vínculo jurídico-político mantido entre Estado e sociedade, que acaba por pregar a participação política dos cidadãos nos rumos políticos da Nação, preceito intimamente relacionado à noção de cidadania. Por sua vez, este princípio basilar, à luz do arcabouço normativo posto, resta concretizado, na forma ativa, pelo sufrágio universal, pelo voto direto e secreto, plebiscito, referendo e iniciativa popular (CF, art. 1º, §único c/c art. 14, *caput*); e, na forma passiva, pelo direito de elegibilidade, ou seja, pelo direito de ser votado, de modo a possibilitar a ocupação dos Cargos Eletivos do país. Tal participação se dá, portanto, por meio do exercício dos direitos políticos, seja ativa, seja passivamente.

“A praça é do povo, como o céu é do condor”, Castro Alves registrou em seu famoso poema “O povo ao poder”<sup>115</sup>. E esses mecanismos multiformes, previstos no e a partir do texto constitucional, são, na dicção de Friedrich Muller, a tentativa de realizar o *quantum possible* de democracia, afinal, “[...] não existe democracia viva sem espaço público. Ela é o espaço do povo, quer dizer, da população”<sup>116</sup>.

Com relação à temática das inelegibilidades em sentido amplo, o texto constitucional apresentou condições de elegibilidade, tais como a nacionalidade brasileira, o pleno exercício dos direitos políticos, a filiação partidária, o alistamento eleitoral, o domicílio eleitoral na circunscrição do pleito e a idade mínima (CF, art. 14). Trouxe também, nos parágrafos do mesmo dispositivo constitucional, algumas causas de inelegibilidade, quais sejam: os inalistáveis e os analfabetos; a vedação à reeleição (que depois passou a ser autorizada), incluindo a sucessão e substituição nos seis meses anteriores ao pleito; a necessidade de renúncia até seis meses antes do pleito para mandatários concorrerem a outros cargos; a inelegibilidade por parentesco e; a inelegibilidade dos militares, observadas as condições previstas (CF, art. 14, §§ 4º ss.).

Mas não parou por aí. A redação original do §9º do artigo 14 da Constituição previu, de igual maneira, incumbência ao legislador complementar, afirmando que ele,

---

<sup>114</sup>Para Canotilho "Tal como são elemento constitutivo do Estado de Direito, os direitos fundamentais são um elemento básico para a realização do princípio democrático" (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 5ª Ed. Coimbra: Almedina, 2002, p. 280).

<sup>115</sup>CASTRO, Alves. **Obras Completas de Castro Alves**. Afrânio Peixoto (Comp.). Francisco Alves: Rio de Janeiro, 1921.

<sup>116</sup>MULLER, Friedrich. **Quem é o povo?** A questão fundamental da democracia. Trad. Peter Naumann. Rev. Paulo Bonavides. Ed. Max Limonad – São Paulo, 3ª ed., 2003, p. 132.

mediante lei, deveria estabelecer “outros casos de inelegibilidade e os prazos de sua cessação, a fim de proteger 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”.

Sobre a temática, José Afonso da Silva afirmou que a explicitação do objeto pela Constituição Federal, quanto às inelegibilidades a serem criadas pela via de lei complementar, era necessária, porque “configurando restrições a direitos políticos, importa sejam delimitadas aos objetos e fundamentos claros e expressamente indicados”<sup>117</sup>. Por serem restritivas de direitos fundamentais (direitos à elegibilidade), é que a técnica sempre recomendou que fossem disciplinadas inteiramente em dispositivos constitucionais<sup>118</sup>. O grande maestro acerta em parte, ousou dizer. E acerta em parte, pois o constituinte fez perpetuar o modelo pós Constituição de 1946, ou seja, autorizando a previsão de causas de inelegibilidade *lato sensu* pelo legislador ordinário – penso que a matéria deveria ser disciplinada apenas no texto constitucional, como era na Carta que foi o marco da redemocratização pós-Estado Novo. Entretanto, nem tudo esteve perdido.

Vejam bem: considerada a redemocratização e a reconstitucionalização do país, o constituinte originário fez abandonar aqueles conceitos de moralidade e vida pregressa fincados que estiveram na legislação do regime militar, passando a determinar a previsão de hipóteses de inelegibilidade com fins de proteger a normalidade e a legitimidade dos processos eleitorais e, portanto, em sentido macro e geral. Dito de outro modo, o viés de “moralização do espaço público”, não raro exercido de forma casuísta e direcionada, foi abandonado. E o recado foi muito claro: hipóteses de inelegibilidade deveriam ser estabelecidas de maneira abstrata (sem alvos pré-definidos) e com parcimônia, para tutelar as eleições contra a influência do abuso de poder econômico ou público e político, sem as investidas de outrora, calcadas que eram em ídolos salvacionistas, com feições messiânicas e pretensamente purificadoras, afinal, dever-se-ia respeitar a soberania popular e a fundamentalidade dos direitos políticos passivos (direito fundamental de ser votado). E isso possui, a mais não poder, uma carga de significados de natureza amazônica.

---

<sup>117</sup> SILVA, José Afonso da. Curso de direito constitucional positivo. Ob., cit., p. 389.

<sup>118</sup> Ibid., p. 389.

A Lei Complementar nº 5/70, proveniente do regime militar em pleno AI-5, ainda que tenham sido as suas modificações no curso da reabertura política, seria suplantada de vez em 1990, com o advento da Lei Complementar nº 64, respeitosa que foi, em seu texto inaugural, à presunção de inocência, e aplicável apenas pró-futuro, observada, inclusive, a anualidade eleitoral, tal como posto no artigo 16 da Carta de 88.

A referida lei privou do direito à candidatura, pelos prazos nela estabelecidos, entre outros, parlamentares que tenham perdido o mandato por conduta incompatível com o decoro, condenados criminalmente com sentença transitada em julgado, ocupantes de cargos e funções públicas cuja prestação de contas públicas tenha sido rejeitada, condenados por prática de abuso de poder político ou econômico, mediante sentença transitada em julgado, ocupantes de cargo público que não se tenham desincompatibilizado no prazo fixado<sup>119</sup>.

Nem tudo foram flores, é preciso consignar. Foram muitas as causas de inelegibilidade previstas, para muito além, inclusive, do que prevê o Pacto de San Jose da Costa Rica em seu artigo 23, item 2, que sustenta a possibilidade de a lei regular a restrição dos direitos políticos ativos e passivos “exclusivamente por motivo de idade, nacionalidade, residência, idioma, instrução, capacidade civil ou mental, ou condenação, por juiz competente, em processo penal”. Quanto ao processo penal, até poderíamos pensar em processos acusatórios em sentido geral, mas quanto ao mais não. Foram muitas as hipóteses, muitas delas importadas do regime de antanho. Respeitou-se, porém, e eu reitero, “para não dizer que não falei das flores”, a presunção de inocência e a irretroatividade das leis restritivas de direitos fundamentais, ainda que pudéssemos, sim, tecer eventuais críticas quanto à proteção insuficiente do mandamento constitucional, naquilo que se referiu a previsão de prazo de inelegibilidade por apenas três anos quase em sua integralidade – uma gradação mais especificada poderia ter havido, observadas as hipóteses fáticas previstas como atrativas do preceito inibitório do direito de ser votado.

O diploma legal vigoraria até 2010/2012. Mas, no entremeio, haveria uma modificação constitucional que mexeria com os parâmetros, e que desaguardaria no repriminir de conceitos estabelecimentos no período de exceção pós-64, importados, agora, para a contemporaneidade, mesmo sob a égide da Carta Cidadã.

---

<sup>119</sup>MAGALHÃES, Flavia Cristina M. **Vida progressa e inelegibilidade no Estado Democrático de Direito**. Ob., cit., p. 07-08.

### 1.3. O artigo 14, §9º, da CF: o *background* deste dispositivo constitucional, fruto do poder constituinte derivado, e o inaugurar de uma prática discursiva de feição degenerativa no âmbito da Nova República

Fernando Collor de Mello foi o primeiro Presidente eleito pelo voto direto no período pós-ditadura militar, em 1989. Diplomado e empossado, assumiu a chefia da Nação a 01 de janeiro de 1990 com um discurso de modernização, abertura econômica e moralização das instituições brasileiras, tanto que ficou conhecido pela alcunha de “caçador de marajás”, pelas investidas que havia realizado contra os altos salários do funcionalismo público no Estado das Alagoas, onde foi Governador, o que foi também transportado para o plano nacional. Não durou muito o mandato do Presidente Collor. Veio a “CPI PC Farias” e os acontecimentos culminaram no *impeachment*, a partir, aliás, de um processo abarrotado de atropelos<sup>120</sup>. Começaríamos muito mal a Nova República. E, de certa forma, os efeitos de uma enxurrada de fatos desestabilizadores, na política e no Direito, digo, reverberam, quiçá, até os dias de hoje<sup>121</sup>.

Collor, consumado o julgamento pelo Senado, inobstante a sua renúncia, discursou, pela televisão, durante quase meia hora. A fala ocorreu a 30 de dezembro. Tratava-se de um manifesto ao povo brasileiro. Atacou o Congresso Nacional, chamado de “verdugo e algoz do Presidente”, o processo de impeachment, onde alegou ter sido

---

<sup>120</sup> “[...]. De acordo com Gilmar Mendes, ‘é uma denúncia em aberto. Qualquer denúncia tem que descrever os fatos, provar a prática do delito. Nada disso existe neste caso’. Sydney Sanches, presidente do STF e do processo de impeachment, manteve, a 20 de outubro, o calendário proposto para o julgamento. Foi pressionado pelos senadores, temerosos de que o prazo de 180 dias se esgotasse antes da definição da sorte do presidente afastado. Neste caso, Collor retomaria a Presidência e aguardaria, no cargo, a decisão dos senadores. A 22 de outubro, seus advogados encaminharam ao STF a defesa, que seria apreciada pelo procurador-geral da República, Aristides Junqueira. A Corte decidiria se processaria Collor por crime comum. Em 49 páginas, os advogados inicialmente protestavam contra o que consideravam um cerceamento da defesa. Definiram a admissibilidade do impeachment pela Câmara como um ‘procedimento inquisitorial’. O prazo para defesa, ‘um simulacro’, e ‘sobrevieio a sentença, prolatada sob as luzes ofuscantes, que desceram sobre a ribalta eletrônica, em que foi transformado o respeitável plenário da Câmara dos Deputados’. Insistiram na origem legal dos recursos utilizados por Collor: ‘O defendente não se beneficiou, indevidamente, de um só centil arrancado dos cofres públicos, nem usufruiu, conscientemente, de valores de origem espúria, frutos de corrupção ou do tráfico de influência nos negócios do Estado, praticados por terceiros’. [...]”. (VILLA, Marco Antônio. **Collor Presidente**: trinta meses de turbulências, reformas, intrigas e corrupção. 1ª ed. Rio de Janeiro: Record, 2016, p. 238).

<sup>121</sup> “[...]. A renúncia de Fernando Collor — o impeachment nunca ocorreu — deu a ilusão de que as instituições forjadas pela Constituição de 1988 tinham passado no teste. Ledo engano. Acontecimentos posteriores — e mais graves — demonstraram que a consolidação do estado democrático de direito é um longo processo, tarefa de várias gerações. A crise de 1992 não passou de um momento de ampla e complexa rearticulação das elites política e econômica no interior do Estado, posicionando-se para embates que acabaram sendo travados, ainda na última década do século XX e no início do século seguinte, por aqueles que tinham quadros — mais do que programas — para gerir a coisa pública” (VILLA, Marco Antônio. **Collor Presidente**: trinta meses de turbulências, reformas, intrigas e corrupção. Ob., cit., p. 260).

“punido, antes mesmo de ser julgado”, as “velhas oligarquias” e proclamou-se como “vítima de uma campanha difamatória sem precedentes na história do país”. Defendeu, no mais, “[...] seu governo, a política de modernização e a probidade administrativa. O discurso cairia no vazio”<sup>122</sup>. A Presidência Fernando Collor era página virada na política nacional. Governou por 932 dias. Renunciou exatamente — mais uma ironia da história — três anos após a diplomação oficial pelo Tribunal Superior Eleitoral, em 1989<sup>123</sup>. Os algozes, todavia, não teriam vida fácil. E logo a seguir alguns escândalos começariam a pipocar no âmago do Parlamento nacional.

Com as mesmas redemocratização e constitucionalização, veio também a primeira Lei de Inelegibilidades pós-regime de exceção, a já referida Lei Complementar nº 64, de 1990. E em 1994 a Emenda Constitucional de Revisão nº 4, fruto do poder constituinte derivado (!), introduziu a atual redação do artigo 14, §9º, da CF, para estabelecer que “Lei complementar estabelecerá outros casos de inelegibilidade e os prazos de sua cessação, a fim de proteger a probidade administrativa, a moralidade para o exercício do mandato, considerada a vida pregressa do candidato”.

Acerca do processo de revisão constitucional, é oportuno assinalar que as emendas oferecidas ao art. 14, § 9º, da Constituição, de autoria dos Senadores Jutahy Magalhães, Pedro Simon e Pedro Teixeira, pretendiam tão-somente determinar que a lei complementar de inelegibilidades protegesse a normalidade e legitimidade das eleições contra a improbidade dos candidatos. Não obstante, a redação aprovada, que também tratou da vida pregressa do candidato, teve a iniciativa do próprio Relator da Revisão Constitucional, Deputado Federal Nelson Jobim<sup>124</sup>.

O que o constituinte derivado fez aqui foi reintroduzir, agora no texto da “Constituição Cidadã”, os conceitos de “vida pregressa”, “probidade” e “moralidade para o exercício do cargo eletivo” construídos ao longo dos proclames normativos do regime ditatorial de 1964 em diante, notadamente quanto à “Constituição de 67”, a Emenda Constitucional nº 01/69 e, sobretudo, quanto aos termos da LC nº 05/70, feita, reitere-se novamente, sob a batuta do AI-5 e em pleno governo de Emílio Garrastazu Médici.

---

<sup>122</sup> VILLA, Marco Antônio. **Collor Presidente**: trinta meses de turbulências, reformas, intrigas e corrupção. Ob., cit., p. 239.

<sup>123</sup> Ibid., p. 239.

<sup>124</sup> MAGALHÃES, Flavia Cristina M. **Vida pregressa e inelegibilidade no Estado Democrático de Direito**. Ob., cit., p. 08

A afirmativa supra é corroborada pela pena de Flávia Magalhães, para quem a inserção do termo vida pregressa na Constituição Federal de 1988 fundamentou-se no fato de haver previsão nesse sentido no combo normativo de antanho, ou seja, “na Constituição de 1967 e na Emenda Constitucional nº 1, de 1969, vigentes durante o regime militar, em que foram estabelecidas várias restrições aos direitos fundamentais e criadas hipóteses de inelegibilidade contrárias ao regime democrático”<sup>125</sup>.

Importante referir o bastidor fático desta revisão constitucional, notadamente quanto à redação precitada: o escândalo dos “anões do orçamento”. O Congresso Nacional instala Comissão Parlamentar de Inquérito (CPI) para apurar o desvio de verbas públicas. O escândalo envolveu diversos políticos acusados de manipular emendas apresentadas à Comissão do Orçamento. A CPI do Orçamento inaugurou, na Nova República, a investigação dos parlamentares por seus próprios pares. O suposto esquema, alegava-se, desviava recursos do Orçamento da União destinados a obras de assistência social para entidades fantasmas que seriam controladas por parlamentares. Dos dezoito parlamentares acusados de participar do escândalo, seis foram cassados, oito foram absolvidos (e o detalhe é importante) e quatro renunciaram. O funcionamento da CPI tumultuou a vida parlamentar, paralisando a atividade legislativa e contribuindo para o fracasso da revisão constitucional prevista pela Constituinte para atualizar alguns artigos da Constituição de 1988<sup>126</sup>. Mas o fracasso frutificou, como sói ocorrer no Brasil.

E frutificou aos atropelos, o que também não é nada novo em nossa trajetória histórico-institucional, agir replicado já nos alvoreceres do pós-88. Como resultado dos trabalhos da CPI, algumas medidas foram adotadas para garantir mais transparência à tramitação da lei orçamentária. Entre elas, “[...] o rodizio dos integrantes da Comissão do Orçamento para evitar a formação de feudos como o que teria sido mantido pelos ‘anões’”<sup>127</sup>, o que, evidentemente, não surtiu efeitos concretos, considerada a coalizão governamental formada posteriormente<sup>128</sup>. Não apenas, entretanto.

---

<sup>125</sup>Ibid., p. 09.

<sup>126</sup> BRASIL, **Memorial da Democracia**. Disponível em: <http://memorialdademocracia.com.br/card/cpi-investiga-anoes-do-orcamento>. Acesso em: 07 jun. 2023.

<sup>127</sup> Ibid.

<sup>128</sup> A esse respeito, ver: ABRANCHES, Sérgio. **Presidencialismo de Coalização: raízes e evolução do modelo político brasileiro**. São Paulo: Companhia das Letras, 2018.

Sorratamente foi também introduzido, reitere-se que pela via do constituinte derivado<sup>129</sup>, o texto do §9º do artigo 14 da Constituição, com um apelo muito grande à moralidade e à probidade, não passou de uma tentativa de dar alguma satisfação, ainda que meramente simbólica, à população em geral. O fato, aliás, é confessado pelo próprio *autointitulado* “pai da ficha-limpa”, quando afirmou, em texto de opinião publicado no Correio Braziliense, que a gênese da atual redação do dispositivo constitucional havia se dado efetivamente “[...] em virtude do escândalo dos Anões do Orçamento [...]”<sup>130</sup>. Para que fique mais claro: estivemos diante, eis aí a raiz do atual texto constitucional, de um simbolismo<sup>131</sup> legislativo de feição demagógica ou mesmo populista/apelativa/midiática.

O dispositivo alocado no texto constitucional fez inaugurar uma prática discursiva de feição degenerativa no âmbito da Nova República, pautada por um ideário de submissão do Direito critérios morais abstratos e subjetivos, como que através de uma apreensão subjetiva de sentidos. O atual texto fez, então, com que se passasse a promover uma cruzada pela modificação da Lei das Inelegibilidades (LC nº 64/90), de modo a aumentar hipóteses e prazos de duração das restrições à capacidade eleitoral passiva, contrariando aquilo de Josaphat Marinho já dizia em 1965, isto é, de que seria preferível “confiar mais na educação e no povo do que nas virtudes das leis punitivas”<sup>132</sup>.

A partir daí se deu um movimento de pretensão expansiva da legislação perante o Congresso, justamente para tentar-se adequar a legislação de inelegibilidades aos novos critérios estabelecidos pelo constituinte derivado, os mesmos que, de novos, nada possuíam, sendo meras cópias da legislação da ditadura militar. Foram assim submetidas à discussão na Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania do Senado Federal (CCJ) diversos projetos de lei complementar que alteram a Lei de

---

<sup>129</sup> E isso autorizaria o controle de constitucionalidade, concentrado ou incidental, nem que fosse para excluir das hipóteses de abrangência do dispositivo constitucional o afã de derrubar registros, diplomas ou mandatos a qualquer custo, mediante o uso de argumentos ou fundamentos vazios de sentido – como a moralidade em si mesma, o estabelecimento de “novas fontes” do Direito – como o “apelo popular” e a “voz das ruas” - e o atropelo de direitos fundamentais vários e variados.

<sup>130</sup> REIS, Marlon Jacinto. **A constitucionalidade do projeto de lei Ficha Limpa**. Brasília: Correio Braziliense, 12/10/2009, Opinião, p. 11.

<sup>131</sup> Fala-se aqui de um “Direito Eleitoral Simbólico”, como que a materializar um movimento de expansão legislativa, de matiz moralista, abarcado por uma prática semântica – e institucional – sustentada em um ideário segundo o qual o aperto de restrições, em prol de valores abstratos, como que a partir de um estalar de dedos, faria instalar no Brasil uma espécie de “Reino da Justiça e da Igualdade” ou promoveria a transformação do país em uma espécie de “Éden dos trópicos”. Esperança vã, nada além.

<sup>132</sup> MARINHO, Josaphat. **Inelegibilidades no Direito Brasileiro**. Revista de Informação Legislativa, vol. 2, nº 6, 1965, p. 3-12.

Inelegibilidades. Na reunião de 8 de julho de 2008, foi aprovado o Substitutivo oferecido pelo Relator, Senador Demóstenes Torres, ao PLS nº 390, de 2005 – Complementar, e aos projetos a ele apensados, que pretendem aprimorar a LC nº 64, de 1990, bem como adequá-la aos requisitos constitucionais consagrados pela ECR nº 4, de 1994<sup>133</sup>.

Sustentados num forte apelo midiático contra a política, não foram e não são poucos os que festejam qualquer espécie de inovação legislativa tendente a restringir o número de candidatos, como adverte Neviton Guedes. Ocorre, todavia, que não se pode restringir o direito político de ser candidato sem comprometer o direito político de votar, de modo que “aqueles que tomam a sério o direito fundamental de participação política do cidadão, facilmente, compreenderão que, ainda que uma ou outra restrição se mostre necessária, ela apenas se justificará em situações e diante de motivos de considerável relevância constitucional”<sup>134</sup>. Em resumo qualquer restrição ao sufrágio, seja no que diga respeito à capacidade política ativa, seja no que respeite à capacidade política passiva, deve submeter-se ao que a teoria constitucional, contemporaneamente, designa como “limites dos limites”, entre os quais sobressaem o princípio da proporcionalidade e a garantia do conteúdo essencial do direito fundamental<sup>135</sup>. No caso do sufrágio, tal como Neviton, temos “séria e honesta dúvida se a legislação do chamado “fichalimpismo” no Brasil alcançou respeitar esses limites”<sup>136</sup>, o que será desenvolvido no curso do texto.

Ignoram, quiçá, tais movimentos, que o poder emana do povo. Subtraem do eleitorado, ou ao menos objetivam subtrair, o que mais lhe vale, isto é, a liberdade de escolher os seus representantes, e assim agem, o que é mais grave, sob o alibi de defesa democracia. Pois o paradoxo é amazônico: a despeito de defender a democracia a atacam, tudo a partir de argumentos que, não raro, flertam com visões de cariz autoritárias e de exceção, como a negação da política em sentido geral e abstrato. Dentre eles, principalmente, se encontra na linha de frente o fichalimpismo de hoje, que, a despeito de objetivar moralizar a política e as instituições, afasta ou objetiva descaradamente afastar dos cidadãos a possibilidade de engrandecer a democracia

---

<sup>133</sup>MAGALHÃES, Flavia Cristina M. **Vida progressa e inelegibilidade no Estado Democrático de Direito**. Ob., cit., p. 10.

<sup>134</sup> GUEDES, Neviton. **O poder de limitar a cidadania também encontra limites**. Revista Consultor Jurídico. Conjur. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-abr-16/constituicao-poder-poder-limitar-cidadania-tambem-encontra-limites>>. Acesso em 07 jul. 2023.

<sup>135</sup> Ibid.

<sup>136</sup> Id; Ibid.

brasileira a partir dos erros e dos acertos inerentes a um processo eleitoral e ao regime democrático<sup>137</sup>.

Não podemos esquecer, no entanto, que, no Brasil, golpes de Estado foram dados com os mesmos argumentos de moralidade (ou moralismo), em um passo, aliás, não muito distante. Há não muito tempo, igualmente, direitos políticos eram cassados ou suspensos por meio de atos “institucionais”, tudo sob o véu de defesa da pátria contra os “inimigos do Estado” (*sic*). As bandeiras de moralização do país, todavia, por mais incrível que pareça, são as mesmas, apenas com outra carapuça<sup>138</sup>. E tentam, insistentemente, mesmo em pleno século XXI, e sob a égide da democracia constitucional, atentar contra preceitos inatos ao Estado Democrático de Direito. Pois há limites, contudo. E o breque a tais levantes é a Constituição da República. Tempos estranhos estes tempos hodiernos, todavia. A penumbra paira no ar. E a democracia balança. O terreno é movediço. E estamos, nós todos, nele já imersos até os joelhos.

Na dicção de Neviton Guedes, vivemos tempos bastante interessantes (ênfase na ironia do autor...). Segundo ele, “quanto mais o voto popular é exaltado por todos – imprensa, tribunais, intelectualidade e grupos de interesses – mais vão lhe subtraindo a substância”<sup>139</sup>. Nesse temerário quadro, vale sempre a lembrança – hoje já bem diluída entre nós – da importância e natureza dos direitos políticos dos cidadãos e dos seus representantes – o que, no atual contexto, tenho que admitir, pode parecer impertinente<sup>140</sup>.

Ocorre que os direitos políticos, ativos ou passivos, são direitos fundamentais de importância salutar para a democracia. Gostem ou não, trata-se de prerrogativas que não podem ser sacrificadas. Limitadas sim, mas em situações demasiado excepcionais e legitimadas pelo todo da principiologia constitucional. Não se pode, porém, tomar-lhes

---

<sup>137</sup> Calha rememorar o pai da Justiça Eleitoral, Joaquim Francisco de Assis Brasil, para quem: “[...]. Muito mais científica, muito mais filha da observação e da experiência é a concepção democrática [...]. O resultado pôde não ser bom, em relação ao bem ideal, mas elle será o unico definitivamente possível e, pois, o único bem, em vista do bem relativo. [...]. O povo será mais ou menos feliz, mas em todo caso será um povo livre, porque o que elle tiver, a situação em que se encontrar será legitimo resultado do seu modo de ser, da sua capacidade, da sua evolução operada sem constrangimento. [...]”. (ASSIS BRASIL, José Francisco de. **Democracia Representativa: do voto e do modo de votar**. 3ª ed., Rio de Janeiro: Guillard Aillaud & Co. Rio de Janeiro, 1895, p. 45).

<sup>138</sup> A própria “Lei da Ficha Limpa” tem por inspiração messiânica a Lei Complementar n.º 05/70, ou seja, a principal Lei das Inelegibilidades do regime militar, tal como já demonstrado anteriormente.

<sup>139</sup> GUEDES, Neviton. **Para que servem os direitos políticos de participação?** Os Constitucionalistas. Disponível em: <<http://www.osconstitucionalistas.com.br/para-que-servem-os-direitos-politicos-de-participacao>>. Acesso em 07 jul. 2023.

<sup>140</sup> Ibid.

de assalto, seja na esfera ativa, seja na esfera passiva, por meio de acrílicas e descriteriosas manipulações discursivas calcadas em nuances demagógicas e, por vezes, populistas, e por álibis retóricos assentados em moralismos irracionais que ignoram que o cerceio da participação política não contribui em nada para a consolidação do ideário democrático, pelo contrário, podendo alcançar, inclusive, o extremo de infantilizar/alienar a sociedade, impondo um grave retrocesso ao curso de evolução democrática brasileira.

Vários projetos esparsos e emendados ou aglutinados. Substitutivos. E afins. Todos vieram um atrás do outro, sucessivamente. Até que chegaríamos ao TSE, a uma tentativa de “investida moralizadora” pela via judicial, pela negativa dela e aos desdobramentos todos, que desembocariam, finalmente, a partir do dinamismo das novas configurações, e a reboque do escândalo do “Mensalão”, na rumorosa “Lei da Ficha-Limpa”, que não passou de uma resposta ao sistema judicial, consagrada por uma espécie de catarse coletiva, cristalizada em uma campanha moralista e, o registro é relevante, com feições salvacionistas, para não dizer simbólicas, como se essa lei fosse resolver o problema visado (a corrupção) ou, mais grave ainda, como se ela fosse fazer criar, como que por meros estalares de dedos, neste chão tropical, o “reino dos Céus”. Não deu muito certo, e todos hoje sabemos disso...alguém tinha dúvidas? Eis o ponto.

#### **1.4. O “Caso Eurico Miranda”: a atuação do Tribunal Superior Eleitoral (TSE) na abertura dos portões para o uso judicial do discurso de “moralização da política” como vetor de interpretação do e no Direito Eleitoral – o concretizar, pela tentativa de imposição de uma “cartilha de moralidade”, de um largo passo a caminho da degeneração jurídico-eleitoral**

Nos autos do Recurso Ordinário n°. 1069/RJ, julgado em 20 de setembro de 2006, o Tribunal Superior Eleitoral, por apertada maioria de quatro votos a três, acabou por reformar decisão do Tribunal Regional Eleitoral do Rio de Janeiro que, por sua vez, havia indeferido o registro de candidatura de Eurico Ângelo de Oliveira Miranda, então candidato ao Cargo de Deputado Federal por aquele Estado-membro. Ao indeferir o registro de candidatura, assim agiu o Regional pautado no argumento de que o candidato não carregaria “predicados morais” tidos como “indispensáveis” à disputa ou ao exercício futuro de um mandato eletivo. A conclusão restou calcada, pois, no contido no art. 14, §9º, da CF, notadamente com relação às menções à moralidade e à vida

pregressa compatível com o exercício da função pública, ambas insertas no preceito constitucional.

Na espécie, ao se defrontar com o apelo do então candidato, a Corte Superior Eleitoral acabou por assentar entendimento segundo o qual o artigo 14, §9º, da CF, com a nova redação atribuída pela antes mencionada Emenda de Revisão nº 04/94, não seria “autoaplicável”. Ou seja: quis dizer, com isso, o TSE, que o Judiciário Eleitoral não estaria habilitado a interpretar as referências à “vida pregressa” e à “moralidade” como um campo aberto para o agir subjetivista do aplicador, que, a partir daí, poderia vir assentar o que bem entendesse. Dito de outro modo, se assim fosse, causas de inelegibilidade estariam sendo criadas por meio de decisões judiciais, violando o princípio democrático, bem assim o princípio republicano, na perspectiva da separação de poderes – causas de inelegibilidade representam matéria afeta ao legislador, apenas. Sendo que a garantia da legalidade e, também, da igualdade, corolários indispensáveis do princípio democrático e constitucional, estariam sendo vilipendiadas.

Com isso, em defesa do regime democrático e da República tripartite, o TSE decidiu, enfim, que, na ausência de lei complementar a estabelecer, constitucional e democraticamente, de maneira taxativa, os casos em que a vida pregressa do candidato implicaria em restrições ao direito fundamental de elegibilidade, não poderia o intérprete, sem se substituir ao legislador, defini-los.

Assim, se as disposições da Lei Complementar nº 64/90, nos moldes de então, exigiam o trânsito em julgado de eventual condenação para justificar a atração de alguma pecha de inelegibilidade, esse critério legal, a toda evidência, deveria ser respeitado. A decisão, porém, apesar de representar, sobremaneira, a resposta correta (constitucionalmente adequada), não foi nada pacífica.

Com efeito, o julgamento acabou tomado por maioria mínima (4 votos a 3). E, dos votos vencidos, por sua vez, despontaram equivocadas conclusões calcadas em fundamentos evidentemente metajurídicos, notadamente em razão do cunho axiológico que os norteou. Tudo isso, como se, à luz da combativa ideia que estamos a construir, o direito restasse a cabresto da moral, ou, de outro modo, como se argumentos de política ou de moral pudessem se apresentados, pela via da interpretação, com fins de corrigi-lo.

Foi um prenúncio do que estaria por vir nos anos seguintes. A semente do *fichalimpismo*<sup>141</sup> ficou-se plantada.

Segundo a tônica que permeou os votos vencidos, caberia ao Poder Judiciário, a partir de um “crivo de idoneidade moral” (*sic*), a criação de verdadeiras causas de inelegibilidade *ad hoc* (ou *à la carte*, como queiram), verificando a natureza e a quantidade de processos criminais *lato sensu* contra o requerente do registro de candidatura, aliadamente a outros fatos “públicos e notórios” eventualmente desabonadores (?). Isso, ainda que, mesmo vigente e eficaz, a lei (complementar) disciplinadora da temática das inelegibilidades não trouxesse previsão suficiente a incursionar, de maneira típica, eventual candidato como inelegível. Moral 1x0 Direito. Moralismo 1x0 Juridicidade<sup>142</sup>. Voluntarismo 1x0 Autonomia do Direito. Etc.

---

<sup>141</sup> Expressão cunhada por Adriano Soares da Costa.

<sup>142</sup> Veja-se excerto do voto prolatado pelo Min. Ayres Britto: “[...]. 21. Bem vistas as coisas, é nesse contexto mais abrangente da interpretação sistemática que se pode entender o tema do exercício dos direitos políticos como uma necessária via de legitimação dos que se investem em cargo político-eletivo. Um mecanismo que se define como elemento conceitual da soberania popular e da democracia representativa, essas duas irmãs siamesas do Estado Liberal de Direito. 22. Pois bem, como falar de exercício dos direitos políticos é falar da parêntese temática elegibilidade/inelegibilidade, cada uma destas duas categorias não pode comportar interpretação que, a pretexto de homenagear este ou aquele dispositivo isolado, force a Constituição a cumprir finalidades opostas àquelas para as quais se preordenou. Onde afirmar a ministra Carmem Lúcia, do Supremo Tribunal Federal, que “eventualmente, há que se sacrificar a interpretação literal e isolada de uma regra para se assegurar a aplicação e o respeito de todo o sistema constitucional”: (voto condutor do acórdão proferido no habeas corpus nº 89.417-8, Rondônia, em 22.8.06). E, na lição do ministro César Asfor Rocha, o que se deve é “evitar menoscabo aos superiores comandos e valores constitucionais, autênticos princípios, que devem iluminar qualquer exegese das normas da Carta Magna, atendendo às suas sugestões, ainda que eventualmente uma norma inferior lhe contravenha o rumo” (voto condutor do acórdão proferido no RO nº 912/RR). 23. Assim é que, ao arrolar as condições de elegibilidade (§ 3º do art. 14), a Constituição nem precisou dizer que a idoneidade moral era uma delas; pois o fato é que a presença de tal requisito perpassa os poros todos dos numerosos dispositivos aqui citados. O que por certo inspirou o legislador ordinário a embutir nas condições de registro de candidatura a cargo eletivo a juntada de “certidões criminais fornecidas pelos órgãos de distribuição da Justiça Eleitoral” (inciso VI do art. 11 da Lei nº 9.504/97). Cabendo aos órgãos desse ramo do Poder Judiciário, também por certo, dizer se em face da natureza e da quantidade de eventuais processos criminais contra o requerente, aliadamente a outros desabonadores fatos públicos e notórios, fica suficientemente revelada uma “vida pregressa” incompatível com a dignidade do cargo em disputa. Função integrativo-secundária perfeitamente rimada com a índole da Justiça Eleitoral, de que serve como ilustração este dispositivo da Lei Complementar nº 64/90: “O Tribunal formará sua convicção pela livre apreciação dos fatos públicos e notórios, dos indícios e presunções e prova produzida, atentando para circunstâncias ou fatos, ainda que não indicados ou alegados pelas partes, **mas que preservem o interesse público e a lisura eleitoral**” (art. 23, sem os caracteres em negrito). 24. O mesmo raciocínio é de se aplicar, em tema de perda ou suspensão dos próprios direitos políticos, à exigência constitucional de trânsito em julgado de condenação criminal (inciso III do art. 15 da CF). É que esse trânsito em julgado somente foi exigido na lógica pressuposição de estar o candidato a responder por um ou outro processo penal. Por uma ou outra situação de eventual percalço jurisdicional-penal, de que ninguém em sociedade está livre. Jamais pretendeu a Lei das Leis imunizar ou blindar candidatos sob contínua e numerosa *persecutio criminis*, como é o caso dos autos. Pois isto equivaleria a fazer do seu tão criterioso sistema de comandos um castelo de areia. Um dar com uma das mãos e tomar com a outra, para evocar a sempre referida metáfora de Ruy Barbosa sobre como não se deve interpretar os enunciados jurídico-positivos, a partir da Constituição mesma. 25. Deveras, pelo que se vê dos autos e de consulta ao site da

Seguir a tese em comento representaria, é preciso dizer, submeter o exercício de um direito fundamental – a elegibilidade – ao decisionismo, retroagindo-se, aliás, aos períodos nem tão distantes do regime militar, oportunidade na qual o simples recebimento de uma denúncia faria com que um candidato estivesse inelegível<sup>143-144</sup>.

Na espécie, poder-se-ia indagar, inclusive, acerca de quantos processos criminais o candidato teria que “estar respondendo” para receber o “sinal vermelho” da Justiça Eleitoral? Quais processos criminais? Será que uma condenação em primeira instância seria suficiente para barrar um candidato? Uma denúncia apenas formulada ou mesmo recebida? Se sim, por qual conduta criminosa? Ou o trâmite de um inquérito policial ou procedimento investigatório assemelhado valeria já? O que são os tais “fatos públicos e notórios desabonadores”? Desabonadores, pois, aos olhos de quem? Ou do que? Todas essas perguntas, evidentemente, não encontram consistente resposta frente ao arcabouço normativo – constitucional e infraconstitucional. Simplesmente porque não há resposta mesmo, a não ser aquela a ser atribuída, de maneira absolutamente solipsista, pelo intérprete. Logo, os juízes e Tribunais Eleitorais estariam se transformando em

---

Justiça Federal de 1ª Instância do Rio de Janeiro e da Justiça Federal de Brasília, também da 1ª Instância, o recorrente está a responder por nada menos que 8 (oito) ações penais, além de 1 (uma) ação civil pública por improbidade administrativa, a saber: **1) 2003.51.01.505442-0** :: Crime de Falsificação de Documento Público, 8ª Vara Federal Criminal do RJ :: Há condenação sem trânsito, pendência de Recurso ao TRF 2ª Região; **2) 96.0067579-1** :: Crime Contra o Sistema Financeiro Nacional, Evasão de D divisas, 5ª Vara Federal Criminal do RJ :: Sem condenação **3) 2003.51.01.505658-1** :: Crime Tributário, Ausência de Recolhimento de Contribuição Previdenciária :: Sem condenação **4) 2004.51.01.530476-3** :: Crime Tributário, Ausência de Recolhimento de Contribuição Previdenciária :: Sem condenação **5) 2006.001.055165-7** :: 31ª Vara Criminal da Comarca da Capital/SP :: Crime de Furto (artigo 155, caput, CP). **6) 1999.001.026858-4**: 38ª Vara Criminal Injúria e Difamação (artigo 139 e 147 do CP). **7) 2004.800.050044-5**: 8º JECRIM. **8) 2005.700.059525-4**: 1ª Turma Recursal Criminal: Lesão Corporal: Condenação em 24.3.2006. 6 meses de detenção. Substituição por prestação pecuniária em favor da vítima. **9) 2004.34.00.048357-0**: Ação Civil Pública por Improbidade Administrativa: 13ª Vara Federal da Justiça Federal de Brasília. 25. Foi precisamente essa incomum folha corrida, associada a outros fatos públicos e notórios de objetiva reprovabilidade, que levou o egrégio Tribunal Regional do Rio de Janeiro à negativa de registro da candidatura do recorrente. Parecendo-me que assim procedeu com razoabilidade, considerada a âncora normativo-constitucional e também legal de que fez uso na decisão recorrida. Tudo de acordo com uma postura interpretativa que busca efetivar a ineliminável função de que se dota o Direito para qualificar os costumes. Os eleitorais à frente. 26. Julgo improcedente o recurso. 27. É como voto. [...]”.

<sup>143</sup> Basta rememorar a famigerada Lei Complementar nº. 5 de 1970 que, dentre outras disposições, previa, na alínea ‘n’ do inciso I do artigo 1º, a atração de inelegibilidade àqueles “que tenham sido condenados ou respondam a processo judicial, instaurado por denúncia do Ministério Público recebida pela autoridade judiciária competente, por crime contra a segurança nacional e a ordem política e social, a economia popular, a fé pública e administração pública, o patrimônio ou pelo direito previsto no art. 22 desta Lei Complementar, enquanto não absolvidos ou penalmente reabilitados”.

<sup>144</sup> Não precisaríamos nem dizer qual era o escopo detrás dessa disposição: impedir que os “inimigos do Estado” pudessem se candidatar, pois, se assim o fosse, estar-se-ia a colocar em “risco” a “segurança nacional”. Enfim, era uma espécie de “*macarthismo à brasileira*”. Tal ideário, sem dúvidas, deveria ter ficado lá atrás. E não é, porém, o que vivenciamos nestes dias.

verdadeiros legisladores, com fins, o que é ainda mais grave, de sustar a densidade normativa de direitos fundamentais, como o direito de ser votado o é.

Para evitar possíveis mal-entendidos, frutos de eventuais leituras periféricas do texto, não é que estejamos aqui a defender que todo e qualquer cidadão poderia pleitear a ocupação de um cargo público pela via do processo eleitoral, absolutamente. Defende-se apenas que, uma vez cumpridas as condições de elegibilidade prescritas taxativamente no art. 14, §3º, da CF, respeitadas as chamadas condições de registrabilidade e inexistente qualquer causa de inelegibilidade a ser atraída, deve ser assegurado a qualquer cidadão o exercício desse direito fundamental, não devendo submeter-se oportunidade de participação à discricionariedade do intérprete-aplicador. Parece óbvio, mas o óbvio também precisa ser dito. E como precisa.

Vale dizer: não devemos subordinar a eficácia normativa da Constituição e do regramento jurídico infraconstitucional a critérios morais subjetivos ou a abstratos e discricionários argumentos de moral (ismo). A ordem democrática e constitucional, eis o ponto, prega que a elegibilidade é a regra, não o oposto. Impera, por oportuno, o *favor libertatis*, não só em prol da elegibilidade, mas, também, dos demais direitos fundamentais, como a presunção de inocência. O princípio *pro homine* deve, necessariamente, ser observado.

Direito não é moral, precisamos ter em conta. Embora ambos se relacionem, a moral não é (e nem pode ser) o fundamento de legitimidade do Direito, tampouco ser manejada, arbitrariamente, para derroga-lo. Em verdade, há uma relação de cooriginariedade entre um e outro, considerando que o Direito possui elementos vários advindos de análises morais (moral enquanto moralidade da comunidade política, de feição intersubjetiva), assim como de análises sociológicas, filosóficas e políticas. Porém, a partir do momento em que ele se faz posto, quaisquer análises morais (moralistas) não poderão vir a pautar a sua interpretação-aplicação, com fins de retificá-lo. O Direito não está relegado a argumentos de moral ou de política. Não está a reboque da moral. Noutras palavras, direito não é política, não é sociologia, e muito menos moral, devendo ser protegido contra interferências moralistas (compreensões de bem ou de bom, sempre subjetivas), manipuladas como álibis teóricos com fins claramente retórico-corretivos, para utilizar expressões, já consagradas, de Lenio Streck.

A legitimidade (e constitucionalidade) do Direito, construído a partir de um processo legislativo democrático, sufragado por pessoas eleitas pelo voto popular,

enfim, não pode estar relegada a juízos de moral, seja individual, seja coletiva (com ares de turba, não raramente). Esse é o preço que se paga por se viver em um Estado Democrático de Direito. E isto, ou seja, o próprio pacto democrático, é um bom antídoto contra o arbítrio de quem quer que seja.

Numa palavra: em que pese a lei das inelegibilidades, ao prever restrições ao direito fundamental de elegibilidade, tenha por escopo a tutela da coisa pública, a respectiva aplicação (*applicatio*) não poderá jamais restar subordinada a interpretações provenientes de juízos moralistas, de modo que, se eventual candidato, objetivamente, não estiver incurso em algum preceito restritivo versado na legislação de regência (que também precisa estar legitimada constitucionalmente), impor-se-á, uma vez cumpridos igualmente os pressupostos de elegibilidade, o deferimento do registro de candidatura.

Desse modo, por via de consequência, não são nada relevantes – e nem devem ser – as opiniões pessoais do intérprete-aplicador acerca dos “predicados morais” do potencial postulante à ocupação de um posto público-eletivo. O oposto seria premiar o subjetivismo, o arbítrio.

Quando, em 1988, (re)fundamos nossa sociedade e instituímos um regime democrático, fizemos nascer, concomitantemente, uma comunidade política recheada de princípios com fortes conteúdos de moralidade. Chamamos isso de cooriginariedade entre o Direito e a Moral: o espaço em que se forma o discurso jurídico é, desde-já-sempre, tomado por um espectro de uma moral pública. Essa cooriginariedade entre Direito e Moral vem sendo mencionada em Dworkin como interconexão que, ao final, são conceitos similares”<sup>145</sup>. Porém, isso não quer significar - e peço atenção a isto - uma subordinação do Direito ou da sua autonomia a critérios de moral, absolutamente. Pelo contrário! Logo, importa (re)assinalar que isso não pode ser enfrentado como “algo que acontece a posteriori, mas é, sim, da ordem do a priori”. Assim, ao considerarmos que o Direito e a Moral são cooriginários, ou se entre eles há uma interconexão (Dworkin), não estamos a dizer que tal conteúdo de moralidade estaria a disposição do intérprete, ou que o intérprete-aplicador poderia impor uma verdadeira colonização do Direito pela Moral. Se ambos são cooriginários, isso quer dizer que não cabe objetivar a reintrodução da moral no horizonte jurídico, de modo a pretender corrigi-lo. Portanto, para que fique muito claro: quando falamos em “moral” queremos nos referir a uma

---

<sup>145</sup> STRECK, Lenio Luiz; TOMAZ DE OLIVEIRA, Rafael. O que é isto - as garantias processuais penais? Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012, p. 11.

moralidade pública que, ao final e ao cabo, resta materializada pelos princípios constitucionais. E essa caracterização, vale dizer, se dá num universo apriorístico, jamais a posteriori. Logo, isso não se confunde com uma moral subjetiva ou arbitrária, como sói na dogmática jurídica eleitoralista. Assim, em definitivo, “não se deve confundir essa moral pública que aqui indicamos (poderíamos, também, chamá-la de uma moral política, como quer Dworkin) com ‘conteúdos moralizantes de caráter privado’. Com efeito, a modernidade é marcada por um processo que procurou justificar os atos de governo e de imposição da força física pelo poder político fora do contexto teológico que, no medievo, dava sustentabilidade à política a partir da unidade representada pelo poder da igreja católica. Os movimentos reformistas no interior da doutrina católico-cristã, a constante eclosão de guerras civis religiosas e o posterior surgimento dos Estados nacionais, levaram à formação de outros contextos de justificação do poder político, que procuravam se desvencilhar das justificativas teológicas/ontológicas de então. Portanto, a moral de uma comunidade política tal que descrevemos no texto deve ser pensada nesse contexto: de uma composição jurídica que desde sempre sofre os influxos dessa moralidade, mas não está a serviço de uma crença pessoal ou da representação subjetiva que uma consciência isolada possui da sociedade. Essa moralidade é instalada no espaço público sendo, por isso, desde sempre uma moral compartilhada<sup>146</sup>.

Nesse diapasão, interessante citar, inclusive, a própria jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Com efeito, essa construção jurisprudencial, sufragada à luz do Pacto de San José da Costa Rica (CADH), de há muito se encontra consolidada no sentido de que *“el ejercicio efectivo de los derechos políticos constituye un fin en sí mismo y, a la vez, un medio fundamental que las sociedades democráticas tienen para garantizarlos demás derechos humanos previstos en la Convención y que sus titulares, es decir, los ciudadanos, no solo deben gozar de derechos, sino también de oportunidades. Este último término implica la obligación de garantizar con medidas positivas que toda persona que formalmente sea titular de derechos políticos tenga la oportunidad real para ejercerlos”*<sup>147</sup>. Isto é, o exercício concreto dos direitos políticos constitui-se em um fim em si mesmo, porquanto representa um direito fundamental que as sociedades democráticas possuem para garantir os demais direitos. Dito de outro

---

<sup>146</sup> Ibid., p. 12.

<sup>147</sup> CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (CIDH). RESOLUCIÓN 5/2014. GUSTAVO PETRO VS. COLOMBIA. MEDIDA CAUTELAR N.º. 374-13. 18 DE MARZO DE 2014.

modo, não há democracia sem o efetivo exercício desses direitos fundamentais de participação política. Logo, se não há democracia, os demais direitos consagrados seriam tabula rasa. Não seria, portanto, a discricionária manipulação de conceitos indeterminados, medida sustentável a afastarem-se cidadãos da possibilidade de participação na disputa eleitoral.

Qualquer consideração acerca dos predicados “morais” ou “éticos” do pretendo candidato, ao contrário do que sustentam as teses voluntaristas/paternalistas que ora contrapomos, deve restar submetida à análise do corpo eleitoral, a quem as informações pertinentes a um ou a outro candidato devem ser asseguradas por múltiplas frentes - dentre elas, a própria propaganda eleitoral<sup>148</sup>. O eleitor, afinal, é o principal ator do

---

<sup>148</sup>Veja-se a manifestação do MIN. CELSO DE MELLO, nos autos da ADPF n.º. 144: “Tenho salientado, em decisões proferidas no Supremo Tribunal Federal, que um dos vetores básicos que regem a gestão republicana do poder traduz-se no princípio constitucional da publicidade, que impõe transparência às atividades e aos atos de qualquer agente público ou daqueles que pretendam exercer mandato eletivo. Nesse contexto, a informação revela-se elemento de extraordinária importância, pois significa, para o eleitor, um dado de inegável relevo que lhe permite não só o exercício consciente do direito de escolher candidatos probos, mas que lhe atribui o poder de censurar, pelo voto, candidatos eticamente desqualificados e que, não obstante seus atributos negativos, foram, assim mesmo, selecionados, mal selecionados, de maneira inteiramente inadequada e irresponsável, por suas respectivas agremiações partidárias. Eis porque o sistema democrático e o modelo republicano consagram, como fórmula legitimadora do exercício do poder, o direito do cidadão à plena informação sobre a vida pregressa dos candidatos, especialmente se se tratar da escolha, em processo eleitoral, daqueles que irão, como membros do Poder Legislativo ou do Poder Executivo, coparticipar da regência e da direção superior do Estado. Nada, portanto, deve ser sonogado ao conhecimento dos eleitores, que devem ser adequadamente informados, por meios idôneos, sobre todos os fatos e dados relevantes concernentes aos candidatos, em ordem a propiciar, a cada cidadão, a escolha de representantes políticos cujo passado seja fator de garantia de que o mandato eletivo será exercido com dignidade, retidão, honradez e fidelidade aos valores éticos que devem pautar o desempenho de qualquer atividade no âmbito governamental. A plena submissão de todos os candidatos aos princípios que derivam da ética republicana e a integral exposição de seu comportamento individual, profissional e social, inclusive de sua vida pregressa, a amplo escrutínio público qualificam-se como requisitos cujo conhecimento deve ser transmitido aos cidadãos da República, para que estes disponham de elementos de informação necessários à prática responsável do poder-dever de eleger os representantes do Povo. Com esse propósito, a vida pregressa dos candidatos, particularmente naqueles pontos que possam representar fatores de comprometimento do interesse público, não deve constituir objeto de incompreensível segredo, pois, nesse domínio, e em face do sistema de direito positivo vigente no presente momento histórico, somente os eleitores dispõem de poder soberano e de legitimidade para rejeitar, pelo exercício do direito de voto, candidatos ímprobos, desonestos e moralmente desqualificados. Daí porque se mostra essencial o conhecimento pleno, por todos os eleitores, de fatos revelados em consonância com as diretrizes constitucionais e concernentes à vida pregressa dos candidatos, erigindo-se, os cidadãos, à condição de únicos juízes da escolha, ou não, daqueles que disputam o acesso à titularidade de mandatos eletivos. O respeito à exigência de publicidade situa-se, nesse contexto, como requisito inafastável e legítimo ao exercício do sufrágio popular, excluídas, portanto, quaisquer indevidas restrições ao conhecimento, pelo corpo eleitoral, de fatos, elementos e circunstâncias referentes à vida pregressa dos candidatos, que não deve ser mantida, conseqüentemente, como um domínio sigiloso e inacessível aos cidadãos, pois, consoante adverte NORBERTO BOBBIO, em lição magistral (“O Futuro da Democracia”, 1986, Paz e Terra), não há, nos modelos políticos que consagram a democracia, espaço possível reservado ao mistério. A Carta Federal, ao proclamar os direitos e deveres individuais e coletivos (art. 5º), enunciou preceitos básicos, cuja compreensão é essencial à caracterização da ordem democrática como um regime do poder visível, ou, na lição expressiva de BOBBIO (“op. cit.”, p. 86), como “um modelo ideal do governo público em público”. (STF - ADPF 144 - VOTO DO MINISTRO CELSO DE MELLO).

processo eleitoral, cabendo-lhe, por força do princípio democrático, a precípua escolha dos seus representantes (ou não?).

Vingasse, no entanto, a tese da divergência instalada no rumoroso julgamento em voga, na esteira do que decidira o Regional fluminense, a sociedade (entenda-se, o eleitorado brasileiro) estaria à mercê de discricionários casuísmos, donde o princípio democrático, o princípio republicano, a garantia da legalidade e a da igualdade restariam vitimados pelo que Adriano Soares da Costa resolveu chamar de moralismo eleitoral.

### **1.5. A ADPF nº 144 – a Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB) batendo às portas do Supremo Tribunal Federal (STF): a pretensão de “moralização político-eleitoral” à força - o “Mundo fora de prumo” e o acerto do Supremo como resposta**

Não contente com a majoritária jurisprudência construída no âmbito do controle difuso de constitucionalidade, em meados de 2008, nos termos do §1º do artigo 102 da CF, a Associação dos Magistrados do Brasil (AMB) aforou junto ao Supremo Tribunal Federal (STF) Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF nº 144) sustentando, em suma, a “autoaplicabilidade” (*sic*) daquele dispositivo constitucional (CF, art. 14, §9º), tese que, como visto, fora acertadamente repelida pelo Tribunal Superior Eleitoral (TSE), mesmo que por fina maioria<sup>149</sup>.

---

<sup>149</sup>É importante consignar que, pouco antes da propositura da APDF, ocorreu, no Rio de Janeiro, o 41º encontro do Colégio de Presidentes dos Tribunais Regionais Eleitorais do país, oportunidade na qual foi firmada a Carta do Rio de Janeiro, documento que, dentre outras medidas, "autorizaria" (*sic*) os Regionais e os juízes eleitorais a analisar a "moralidade" de eventual candidato, considerada a respectiva vida progressa, tudo para o efeito de, a partir daí, justificar-se o (in)deferimento do potencial registro de candidatura. Não bastasse o equívoco das voluntaristas posições aventadas na ocasião, sobressaiu-se o fato de os Regionais, mediante colégio, estarem a convencionar, oficial e premeditadamente, a criação de uma verdadeira cartilha de inelegibilidades *ad hoc*. A seguir, a íntegra da Carta: "Os Presidentes dos Tribunais Regionais Eleitorais, em reunião colegiada realizada na cidade do Rio de Janeiro, nos dias 19 e 20 de junho de 2008, após a discussão dos assuntos constantes de pauta, deliberaram o seguinte: 1. Reafirmar a necessidade de a Justiça Eleitoral considerar a vida progressa dos candidatos a Prefeito, Vice-Prefeito e Vereador nas próximas eleições, quando da apreciação do pedido de deferimento do registro da candidatura, para proteger e efetivar, previamente, a probidade administrativa e a moralidade pública no exercício do mandato eletivo. 2. Orientar os Juízes e servidores da Justiça Eleitoral para que facilitem o acesso aos documentos que instruem os processos eleitorais, notadamente os que dizem respeito aos antecedentes dos pretendentes a candidato quando do pedido de registro; 3. Renovar ao Tribunal Superior Eleitoral a necessidade de se empreender esforços para ampliar o quadro de pessoal das Zonas Eleitorais, que normalmente contam com apenas 02 (dois) servidores efetivos, bem como reanalisar a normatização da transferência, a flexibilização dos critérios de permuta, designação de chefes de cartório, gratificações, auxílio alimentação e assuntos afins que dizem respeito aos recursos humanos, inclusive pessoal cedido e requisitado; 4. Aprovar MOÇÃO DE CONGRATULAÇÕES ao Exmo. Sr. Ministro-Presidente do Tribunal Superior Eleitoral, Dr. Carlos Ayres de Britto, pela excelência de sua atuação na Presidência da Justiça Eleitoral".

Com efeito, a pretensão da ADPF proposta pela AMB era de que fossem levados em conta os antecedentes para a aferição dos critérios de (in)elegibilidade dos candidatos às próximas eleições municipais (2008). Isto é, candidatos com condenações, mesmo que não transitadas em julgado, ou com processos por improbidade em curso, por terem "ficha suja", não poderiam receber o "sinal verde" da justiça eleitoral<sup>150</sup>. O mote da pretensão deduzida na ação constitucional recaiu, pois, sobre o ultra referido "princípio da moralidade eleitoral", considerada a "vida pregressa do candidato", supostamente<sup>151</sup> previsto no mencionado §9º do art. 14 da CF/88.

Aqui vale um parêntese: note-se que nosso mundo "é frequentemente cético em relação aos governantes e às suas razões para agir"<sup>152</sup>. Há um sentimento de que os que estão no poder são muitas vezes guiados por interesses bem pouco elevados, para dizer o menos. A enorme repercussão causada pelas revelações do site Wikileaks, por exemplo, mostra o quanto as pessoas estão desencantadas com os governos, mesmo os democráticos. Parece que hoje em dia muitos estão desconfiados de que continua a haver algo de podre (não só) no reino da Dinamarca<sup>153</sup>. É verdade, sim.

Esse conjunto de fatores demonstra, por um lado, que os perigos podem estar presentes mesmo em um ambiente democrático, bem como que tais perigos são muito silenciosos, não raro; por outro lado, demonstra que essa descrença nos governantes, mesmo que apresentada, por vezes, com razões contundentes, pode muito bem abrir espaço para *outsiders* populistas – e perigosos, que, a partir dos seus discursos, se afiguram como verdadeiros – e únicos – canais de comunicação entre povo e poder constituído, desprezando o conjunto de instituições que formulam o regime.

Mas, eis a pergunta: e quando esse populismo linguístico vem do Judiciário? E de uma associação de magistrados das mais relevantes? Reside aí o "Mundo fora de prumo", fazendo-se referência aqui ao título da obra do professor José Garcez Ghirardi, citada nos parágrafos acima. E por quê? Simplesmente porque os juízes são os garantes, por excelência, dos direitos fundamentais. Quando eles os atacam, ou pretendem fazê-lo, como pretendeu a AMB perante o STF, as coisas não vão bem, claudicando o

---

<sup>150</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**. Ob. Cit., p. 592.

<sup>151</sup> Diz-se "supostamente", pois discordamos frontalmente da (apaixonada) visão que é atribuída ao enunciado, tanto pela considerável maioria da doutrina, quanto por parte não menos considerável (quantitativamente) da jurisprudência, algo que será aprofundado a seguir.

<sup>152</sup> GHIRARDI, José Garcez. **O mundo fora de prumo: transformação social e teoria política em Shakespeare**. São Paulo: Almedina, 2011, p. 20.

<sup>153</sup> *Ibid.*, p. 20.

regime. E, à cidadania, não restará trincheira alguma para fazer a defesa desses mesmos direitos fundamentais. Percebem, pois, a gravidade disso?

Sigamos.

Quando do julgamento, o Supremo Tribunal Federal, por maioria de votos, e na esteira do que decidira o TSE, assentou que o §9º do art. 14 da CF seria um dispositivo constitucional de “eficácia limitada”, não sendo “autoaplicável”, portanto, julgando improcedente a ADPF em comento. Tal entendimento acabou sufragado em razão do texto inerente ao preceito constitucional em questão, cuja previsão, desde a emenda de revisão (EC 04/94), sempre foi clara ao assentar que "*Lei complementar estabelecerá outros casos de inelegibilidade e os prazos de sua cessação...*".

Mas o STF, na ocasião, ainda foi além. Na mesma assentada "[...] o STF decidiu que o princípio da presunção de inocência não dava azo à outra interpretação que não a de que o critério final era, efetivamente, o trânsito em julgado de sentença condenatória"<sup>154</sup>. Ou seja, a grave pecha de inelegibilidade somente poderia ser imputada a alguém com o trânsito em julgado de uma sentença/decisão condenatória, desde que, obviamente, o fato jurídico ensejador da citada condenação estivesse previsto, de antemão, no próprio regramento inerente às inelegibilidades, como passível de atraí-las.

Dignos de nota são alguns fundamentos deduzidos no voto lançado pelo Relator, Min. Celso de Mello. Na hipótese, se utilizando de fundamentos de princípio (presunção de inocência), desapegados das paixões insufladas pelo “imaginário popular”, o Ministro refutou a tese defendida pela AMB (grifos no original):

“[...] NÃO SE PODE - TENDO-SE PRESENTE A PRESUNÇÃO CONSTITUCIONAL DE INOCÊNCIA DOS RÉUS - ATRIBUIR RELEV E EFICÁCIA A JUÍZOS MERAMENTE CONJECTURAI, PARA, COM FUNDAMENTO NELES, APOIAR UM INADMISSÍVEL DECRETO CONDENATÓRIO E DESTE EXTRAIR, SEM QUE OCORRA o respectivo trânsito em julgado, consequências de índole extrapenal, compatíveis, no plano jurídico, unicamente com um título judicial qualificado pela nota da definitividade. É sempre importante advertir, Senhor Presidente, na linha do magistério jurisprudencial e em respeito aos princípios estruturantes do regime democrático, que, “Por exclusão, suspeita ou presunção, ninguém pode ser condenado em nosso sistema jurídico-penal” (RT 165/596, Rel. Des. VICENTE DE AZEVEDO). Com igual

---

<sup>154</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**. Ob., cit., p. 592.

razão, restrições à esfera jurídica de qualquer pessoa, porque qualificadas por seu caráter essencialmente gravoso, não podem derivar, seja da mera instauração de procedimentos estatais contra alguém, seja da prolação de sentenças judiciais de condenação ainda não tornadas irrecorríveis, especialmente no campo do exercício da cidadania e, em particular, no plano da elegibilidade. [...]”.

De mais a mais, especificamente quanto ao arrazoado calcado na pretensa “autoaplicabilidade” do §9º do art. 14 da CF, muito bem concluiu o voto condutor:

“[...]. Entendo não lhe assistir razão, eis que a norma constitucional em causa veicula típica norma de integração, que reclama, para fins de sua integral aplicabilidade, a necessária ‘interpositio legislatoris’, consoante adverte a doutrina ao analisar a questão do gradualismo eficaz das regras inscritas no texto da Constituição. [...]. Na realidade, o exame do conteúdo material da regra inscrita no §9º do art. 14 da Constituição evidencia que a referida norma depende, para efeito de sua incidência, notadamente naquilo que se refere aos critérios e elementos nela estipulados (como a definição de outros casos de inelegibilidade e fixação de prazos), de regulamentação normativa concretizável, unicamente, mediante Lei Complementar, pelo Congresso Nacional. Isso significa, portanto, que o §9º do art. 14 da Constituição qualifica-se como típica regra provida de eficácia meramente limitada, cuja aplicabilidade depende, em consequência, da edição de ato legislativo que atue como requisito indispensável ao pleno desenvolvimento da normatividade do preceito constitucional em questão. [...]”.

O voto encerrou julgando, por conseguinte, improcedente a discutível pretensão formulada pela AMB, por entender que o postulado consagrador da garantia de inocência irradia os efeitos para além dos limites dos processos penais de natureza condenatória, impedindo, desse modo, que situações processuais ainda não definidas por sentenças transitadas em julgado provoquem a inelegibilidade dos cidadãos ou obstem candidaturas para mandatos eletivos. O voto, ademais, foi acompanhado por oito Ministros do STF, formando maioria de nove.

A esse respeito, ainda no campo dos votos vencedores, merece destaque a não menos relevante manifestação proferida pelo Ministro Eros Grau, a saber:

“[...]. A suposição de que o Poder Judiciário possa, na ausência de lei complementar, estabelecer critérios de avaliação da vida pregressa de candidatos para o fim de definir situações de inelegibilidade importaria a substituição da presunção de não culpabilidade consagrada no art. 5º, LVII, da Constituição (ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença

penal condenatória") por uma presunção de culpabilidade contemplada em lugar nenhum da Constituição (qualquer pessoa poderá ser considerada culpada independentemente do trânsito em julgado de sentença penal condenatória). Essa suposição não me parece plausível. [...]. Viver a democracia, isso não é gratuito. Há um preço a ser pago por ela; em síntese, o preço do devido processo legal. [...]. O § 9º do artigo 14 da Constituição determina seja considerada a vida pregressa do candidato. Ao fazê-lo refere o que aconteceu antes do ato que a ele se imputa, refere o quanto possa contribuir para a apreciação do seu caráter, tudo quanto possa ser expressivo da sua índole moral, psíquica e social. Ao dizer que a lei complementar estabelecerá outros casos de inelegibilidade a fim de proteger a moralidade para o exercício do mandato, "considerada a vida pregressa do candidato", o preceito constitucional impede que a moralidade para o exercício do mandato venha a ser ponderada a partir da consideração de algum ato episódico, isolado ou mesmo acidental envolvendo o candidato. Não autoriza a criação de caso de inelegibilidade ancorada na avaliação da vida pregressa do candidato, mas sim que a moralidade do candidato para o exercício do mandato seja ponderada, em cada caso, desde a consideração da sua vida pregressa, do todo que ela compõe. A proteção da moralidade do candidato para o exercício do mandato não prescinde da ponderação desse todo, isso é que afirma, em termos de dever ser, a Constituição. É bom que se diga, mais uma vez, que ninguém está autorizado a ler na Constituição o que lá não está escrito, prática muito gosto dos neo e/ou pós-positivistas, gente que reescreve a Constituição na toada de seus humores. Permito-me afirmar, ademais, que o Poder Judiciário não está autorizado a substituir a ética da legalidade por qualquer outra. [...]. Por isso, talvez, há no ar uma vontade de superação da cisão entre o direito e moral. A importação de valores éticos para dentro do horizonte do jurídico permitiria qualificar como tal, como jurídico, apenas um sistema normativo, ou uma norma singular, dotado de certo conteúdo de justiça. O que permitiria caracterizar como válida a norma ou o sistema de normas seria esse conteúdo de justiça. Mesmo em certas decisões judiciais de quando em quando surge, em discursos que desbordam da racionalidade, o apelo à moralidade como razão de decidir. Tal e qual texto normativo estariam a violar o ordenamento, ou seriam mesmo inconstitucionais, por comprometerem a moralidade ou princípio da moralidade. É certo, como anotei em outra oportunidade, que a Constituição do Brasil define a moralidade como um dos princípios da Administração. Não a podemos, contudo, tomar de modo a colocar em risco a substância do sistema de direito. O fato de o princípio da moralidade ter sido consagrado no art. 37 da Constituição não significa abertura do sistema jurídico para introdução, nele, de preceitos morais. Daí que o conteúdo desse princípio há de ser encontrado no interior do próprio direito. A sua contemplação não pode conduzir à substituição da ética da legalidade por qualquer outra. [...]. A exigência de comprovação de idoneidade moral do cidadão enquanto requisito de elegibilidade sob a égide da presunção de culpabilidade contemplada em lugar nenhum da Constituição (qualquer pessoa poderá ser considerada culpada

independentemente do trânsito em julgado de sentença penal condenatória) instala a incerteza e a insegurança jurídicas. Consubstancia uma violência. Substitui a objetividade da lei [rectius da Constituição] pelo arbítrio dos que o possam exercer por fundamentos de força, ainda que no desempenho de alguma competência formal bem justificada. Prevalecerá então a delação, como ocorreu por longo tempo na velha Roma. As túnicas brancas que os Ministros Carlos Britto e Lewandowski mencionaram há pouco, túnicas tão brancas nos filmes da Metro, não foram suficientes para ocultar a perfídia. A delação prevalecia. Tristes tempos, qual os descreve PAUL VEYNE<sup>12</sup>, que o abandono da *phrónesis* reeditará entre nós. Os primeiros atos dos regimes de terror que a História registra em páginas torpes sempre avançaram sobre a intimidade dos cidadãos, de modo que, de governados, eles vieram sendo transformados em meros instrumentos do governo. Depois, a ansiedade por justiça a qualquer preço, que domina as massas. Observei sucessivamente, em texto escrito com o Professor LUIZ GONZAGA DE MELLO BELLUZZO, que a violência faz parte do cotidiano da sociedade brasileira, e de modo tal que isso nega a tese do homem cordial que habitaria a individualidade dos brasileiros. (...) Aqui as virtudes republicanas encontram seus limites no privado, o que nos coloca diante da absoluta imprecisão dos limites da legalidade. As garantias da legalidade e do procedimento legal, conquistas da modernidade das quais não se pode abrir mão, são afastadas, inconsciente, a sociedade, de que assim tece a corda que a enforcará. (...) Na democracia brasileira, as massas não exercem participação permanente no Estado; são apenas eleitoras. Em determinados momentos, contudo, elas despontam, na busca, atônita, de uma ética --- qualquer ética --- o que irremediavelmente nos conduz ao "olho por olho, dente por dente". (...) Sob a aparência da democracia plebiscitária e da justiça popular, perecem os direitos individuais, fundamentos da cidadania moderna, tais como foram construídos ao longo da ascensão burguesa e consolidados pelas duas revoluções do século XVIII, a política e a econômica. É tragicamente curioso que os valores mais caros à modernidade iluminista, a liberdade de expressão e de opinião, tenham se transformado em instrumentos destinados a conter e cercear o objetivo maior da revolução das luzes: o avanço da autonomia do indivíduo. Não bastasse isso, os ímpetos plebiscitários, autorizados pelas leis da imprensa [a imprensa, segundo PAUL VIRILIO, goza da prerrogativa de editar as suas próprias leis!], os ímpetos plebiscitários autorizados pelas leis da imprensa colocam em risco o sistema de garantias destinado a proteger o cidadão das arbitrariedades do poder, seja ele público ou privado. [...]. Voto para afirmar a desabrida improcedência da ação”.

Note-se, conforme bem apontou Lenio Streck, que, não obstante os argumentos de política (e de moral) utilizados pela AMB, com apoio na expressiva maioria da imprensa, aliás, “[...] o STF esgrimiou decisão contrária, exatamente com fundamento em

argumentos de princípio (presunção de inocência”. Na verdade, a assertiva é do professor Lenio, a tese da AMB faria com que a sociedade ficasse a reboque de argumentações de caráter arbitrário ou casuístico, de índole subjetivista do Poder Judiciário, que, assim, propiciariam uma multiplicidade de respostas (multiplicidade aleatória em sede de equiparação indiferente de respostas, à título de indisfarçada e repudiável legitimidade “autêntica” da autoridade que as proferiu, alheia, portanto, ao conteúdo da decisão, de adequabilidade decidenda ao caso, aferível em termos de razoabilidade interpretativa, suscetível, pois, de obtenção e verificação da respectiva resposta correta), gerando inexorável quebra não só da garantia principiológica da presunção de inocência, como também da garantia da igualdade<sup>155</sup>.

Acertou, portanto, o STF, tudo ao fazer valer a Constituição Federal e o Direito em si, contra investidas apoiadas na ideia de subjetivos critérios de moralidade que, ao fim e ao cabo, relegariam à discricionariedade do intérprete (ao arbítrio, por certo) a sorte do exercício de direitos fundamentais, tais e quais o pleno exercício dos direitos políticos, manifestado, passivamente, pelo democrático direito de elegibilidade.

Foi, enfim, a preponderância da ordem constitucional em face da *vontade de poder* então manifestada. Aliás, assim decidindo, ou seja, assentando que os juízes eleitorais não poderiam decidir discricionariamente quem poderia ou não ser candidato, o STF garantiu o caráter deontológico do princípio democrático, de modo que aqueles estão não só incumbidos de zelar pelo bom andamento do processo eleitoral, mas, também, a não realizar interferências indevidas no processo de escolha dos representantes populares, papel, verdadeiro poder, que recai, inexoravelmente, sobre o eleitorado.

Porém... não obstante a nova resposta correta (constitucionalmente adequada) atribuída à problemática, agora pelo STF, o decisório, repetidamente, não foi pacífico. A diferença foi que, nesta assentada, a divergência quedou-se formada por apenas dois votos (e não por três, como ocorrido no TSE). Os fundamentos da dissidência, no entanto, mais uma vez acabaram cercados de acentuadas discricionariedades, como se o Direito, reafirme-se, estivesse a serviço da moral individual e subjetiva (*ad hoc*), e como se o “princípio” da moralidade representasse um enunciado performático, através do qual fosse possibilitado ao intérprete impor uma moral corretiva no Direito, no caso, Eleitoral.

---

<sup>155</sup>Id; Ibid.

Ao votar divergindo do relator, o Min. Ayres Britto argumentou que o princípio da presunção de inocência não seria absoluto (?), e que os direitos políticos decorrem da soberania popular e do Estado Democrático de Direito (quais direitos não?), não se prestando, segundo o ministro, a servir exclusivamente aos seus titulares, mas sim ao "bem comum" (o que é isto, o bem comum?). Nessa linha de argumentação, concluiu o voto divergente que aqueles que pretendem concorrer ao cargo eletivo devem ter considerada a sua "vida pregressa" e o respeito à "noção de moralidade" e que, nesse ínterim, caberia ao Poder Judiciário, por ocasião do registro de candidatura, realizar este *crivo de moralidade (sic)*.

Nesse cenário, entretanto, vale questionar: que "noção de moralidade" seria essa? Noção de quem, afinal? Qual a sua legitimidade? Ora, a "noção" em tela seria justamente aquela a ser atribuída, de maneira solipsista, arbitrária, pelo próprio intérprete. Seria este, enfim, quem, ao largo da lei, daria o tom à dita "noção de moralidade". O direito fundamental de elegibilidade, nesse nebuloso caminho, estaria solapado pelo decisionismo. E o eleitorado, pois, num plano inferiorizado. Nisso, enfim, residiu o pecado capital da tese em voga, isto é, o caráter flagrantemente antidemocrático que a abarcou. Sem dizer, ademais, que sustentar, de maneira retórica, que o princípio da presunção de inocência não seria absoluto, simplesmente daria (e dá) sustentação a uma espécie de barganha dos direitos fundamentais. E não é isso, evidentemente, o que se espera de um Estado Democrático de Direito.

Compondo, por sua vez, a divergência representada por dois votos, o Min. Joaquim Barbosa, ao julgar parcialmente procedente a ADPF, afirmou, em suma, que eventual sentença condenatória confirmada por uma segunda instância seria suficiente a atrair a pecha da inelegibilidade (mesmo que a lei de então subordinasse a situação ao trânsito em julgado de uma sentença condenatória), concluindo que o exercício político por pessoas ímprobas repercute de maneira negativa no próprio sistema representativo como um todo.

Contudo, dizer que o exercício do poder representativo por pessoas ímprobas não faz bem para a República não é nada inovador. Perdoe-nos: seria o mesmo que dizer que a *roda-é-redonda*, apenas para exemplificar. No entanto, a *quaestio juris* é(ra) a seguinte: quem seriam as tais pessoas ímprobas? Ou que fatores que poderiam vir a taxar alguém de ímprobo? Frente ao quê? Em quais circunstâncias? Isso, entretanto, não se disse. Sabemos bem, no entanto, de onde viria tudo isso: ao seguirmos essa tese, mais

uma vez, o exercício de um direito fundamental de primeira grandeza, ou seja, o direito de elegibilidade, estaria subordinado às compreensões de bem ou de bom do intérprete que, substituindo-se ao ordenamento jurídico, decidiria a sorte de determinadas candidaturas, seguindo, para tanto, a sua plenipotenciária consciência.

Veja-se, aliás, que o enredo era ainda mais temerário: a resposta para o questionamento acima formulado, no sentido de delimitar quem seriam as tais pessoas ímprobas, resta plasmada, com figuras típicas e não coloquiais ou casuísticas, no ordenamento jurídico, e só. Ora, qual critério autorizaria o Estado ou quem quer que seja a taxar alguém de ímprobo, se não uma condenação judicial transitada em julgado, respeitados todos os direitos e garantias do acusado? Ou, até mesmo, uma condenação advinda num processo penal, eleitoral ou penal-eleitoral, atribuindo-se ao termo um sentido mais alargado? Eis, então, a pergunta que não quer calar: será que poderíamos substituir tais critérios pelo arbítrio ou pela vontade? Ora, ao menos diante dos preceitos inatos ao Estado Democrático de Direito, a resposta a essa indagação seria um sonoro não. Mesmo assim, na hipótese, entoando-se cantos e loas à concepção (subjéctiva) de moralidade eleitoral, e indo de encontro ao ordenamento democraticamente posto, a tese em comento acabou levada a termo.

Nesse percurso, as respeitosas críticas (que são apenas doutrinárias) apresentadas quando da exposição do caso primeiro, considerando os similares argumentos, novamente procedem. Portanto, a elas reportamo-nos de modo a evitar desnecessária tautologia. Não há como deixar de reforçar, todavia, que a "idoneidade moral" ou a "moral" dos pretensos candidatos, ou, noutra viés, a "probidade" dos mesmos, nesse caso, na assertiva de Eros Grau, é a "moral" ou a "ética" do Estado Democrático de Direito, cujos limites estão assentados na legislação regente, desde que constitucional, fruto de um processo legislativo democrático.

Insistindo nessa verdadeira cruzada, reafirmemos que não se pode relegar à discricionariedade do intérprete-aplicador o exercício de um direito fundamental, tal e qual o direito de elegibilidade (direito fundamental de ser votado). E muito menos a decisões que se lastreiam em álibis retóricos como essas subjéctivas concepções de moralidade (*sic*) que estamos a confrontar. O Direito não está subordinado a argumentos de moral ou de política. Não está a reboque da moral individual ou coletiva. Noutras palavras, Direito não é moral, devendo ser protegido contra interferências morais ou moralistas (compreensões de bem ou de bom, sempre subjéctivas) manipuladas como

álbis teóricos com fins corretivos, lembrando as afirmativas de Lenio Streck acima referidas. A legitimidade do Direito, construído a partir de um processo legislativo democrático, enfim, não pode estar relegada a juízos de moral individual ou coletiva, sempre com fins *ad hoc*. Esse é o preço que se paga por se viver em um Estado Democrático de Direito, e ele é módico, diria o Min. Marco Aurélio, representando o respeito irrestrito ao arcabouço normativo, o que é um considerável contrapeso ao arbítrio, à discricionariedade, ao subjetivismo, ao decisionismo.

Claramente, a pretensão da AMB, *que não é a tutora do eleitorado nacional*, era a de que o convencimento do corpo eleitoral fosse relegado à discricionariedade do intérprete que, frente aos seus parâmetros "morais", ou diante das suas compreensões de bem ou de bom (moralismo), viria a decidir, à margem do ordenamento jurídico positivo, a sorte de determinada candidatura, afastando do eleitor a possibilidade de, nos limites da lei, escolher livremente os seus representantes (e de fazer escolhas erradas, inclusive). Tratou-se, ao fim e ao cabo, de uma escancarada tentativa de manipulação do conceito de "moralidade eleitoral", a ser utilizado como um álbi teórico destinado a suplantar pretensos problemas metodológicos oriundos da alegada "insuficiência" das regras (Streck) inerentes à temática das inelegibilidades.

Com isso, ao largo da legislação democrática e constitucionalmente construída, estaria o judiciário eleitoral, em ataques frontais ao pacto democrático, "apto" ou "legitimado" a retirar da corrida eleitoral candidatos que não viessem a carregar "vida pregressa" compatível com o "princípio" (?) da moralidade<sup>156</sup>. Tudo, evidentemente, segundo a arbitrária visão do órgão julgante.

O acolhimento, pois, desta tese, faria, seguramente, com que o judiciário eleitoral, substituindo-se ao eleitorado (e ao legislador), se tornasse uma espécie de

---

<sup>156</sup> Apesar de sistematicamente refutado, veja-se que, até os dias de hoje, a malsinada tese é proposta à análise da Justiça Eleitoral. Com a palavra, pois bem, a Min. Luciana Lóssio (TSE): RECURSOS ESPECIAIS. REGISTRO DE CANDIDATURA. ELEIÇÕES 2012. REJEIÇÃO DE CONTAS DE PREFEITO. ORDENADOR DE DESPESAS. COMPETÊNCIA PARA JULGAMENTO. CÂMARA MUNICIPAL. VIDA PREGRESSA. PRIMEIRO RECURSO PROVIDO E SEGUNDO DESPROVIDO. 1. A mera existência de parecer técnico desfavorável do Tribunal de Contas do Estado não atrai, por si só, a inelegibilidade prevista no art. 1º, I, g, da LC nº 64/90, pois, *in casu*, por se tratar de prefeito atuando na condição de ordenador de despesas, a competência para o julgamento das contas é da Câmara Municipal. Precedentes. 2. Alegada inadequação da vida pregressa do candidato, ante a existência de ações de improbidade ou penais em curso, não é suficiente para ensejar o indeferimento do registro, sem que evidenciados os elementos necessários para atrair eventual hipótese de inelegibilidade, estabelecida na LC nº 64/90, pois o art. 14, § 9º, da Constituição não é autoaplicável. 3. Primeiro recurso especial provido e segundo desprovido. (Recurso Especial Eleitoral nº 20089, Acórdão de 18/10/2012, Relator (a) Min. LUCIANA CHRISTINA GUIMARÃES LÓSSIO, Publicação: PSESS - Publicado em Sessão, Data 18/10/2012).

*superpoder* na democracia brasileira, arquitetando-se um perigoso portal para a prática de possíveis justificações<sup>157</sup>. Isso, por seu turno, o STF bem soube obstar. Se assim fosse, com lastro em argumentos de matriz metajurídica (valorativo-axiológicos), estariam os juízes e Tribunais eleitorais procedendo de modo apartado da legalidade (constitucional e legal propriamente dita), relegando, ademais, o eleitorado brasileiro a patamar secundário, de mero coadjuvante ou até mesmo de espectador. Com o pretensão desiderato de proteger o regime democrático, flagrantemente o estariam diminuindo. E isto, definitivamente, conforme o alerta de Lenio Streck deveria ser especialmente claro em um país como o Brasil, “[...] em que há não muito tempo um Estado ditatorial cassava direitos políticos de cidadãos com base em um ‘ato institucional’”<sup>158</sup>. Por que os direitos políticos valem tão pouco assim no Brasil? Ou por que se dá tão pouco valor a eles?

---

<sup>157</sup> Termo utilizado pelo Min. Marco Aurélio. Sobre isso, ver: “[...]. Esse enfoque decorre da presunção do que normalmente ocorre; mais do que isso, do princípio constitucional da não culpabilidade: ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória. A impossibilidade de voltar-se ao estado de fato anterior exclui a denominada execução provisória da pena. A liberdade perdida, ante postura precoce, temporã, açodada, foge ao campo da devolução. Há, pois, de admitir-se uma premissa: o acusado, até então simples acusado, deve responder ao processo-crime em liberdade, assim permanecendo sob os holofotes da persecução penal, o que não é pouco em termos de reputação perante a sociedade. A Constituição Federal, de forma indireta, contém mitigação a esse princípio, ao versar não só que ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, como também que ninguém será levado à prisão ou nela mantido quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança. A prisão temporária é exceção, e mais ainda o é a preventiva. Presente o princípio da não culpabilidade, o legislador veio a afastar, como título da prisão provisória, até mesmo, o flagrante. Fê-lo mediante lei de 2011, estabelecendo a necessidade, se for o caso, de conversão em preventiva, uma vez não sendo oportuna e satisfatória a adoção, no caso concreto, de uma das medidas acauteladoras nela previstas. Mas por que a população carcerária provisória chegou a patamar praticamente igual ao da definitiva, levando o Conselho Nacional de Justiça, na gestão do ministro Gilmar Mendes, a realizar um verdadeiro mutirão de soltura? As razões mostram-se muitas. São potencializados — em inversão de valores, em abandono de princípios, da máxima segundo a qual, em direito, o meio justifica o fim, mas não este, aquele — aspectos neutros, de subjetivismo maior, sobressaindo o critério de plantão e, com isso, grassando a incerteza, a intranquilidade, a insegurança. Em visão míope — e de bem-intencionados, nesta quadra estranha, o Brasil está cheio —, passou a vingar não o império da lei, mas a óptica do combate, sem freios, dos desvios de conduta, da corrupção, da delinquência de todo gênero. A prisão preventiva talvez amenize consciências ante a morosidade da Justiça, dando-se uma esperança vã aos cidadãos, como se fosse panaceia perante esse mal maior que é a impunidade. A exceção virou regra, implementando-se, com automaticidade e, portanto, à margem da regência legal, esse ato de constrição maior que é a prisão. As decisões nesse campo carecem de fundamentação, desaguando na concessão de ordem em habeas corpus. Por vezes, potencializa-se a imputação e, em capacidade intuitiva, presume-se que, solto, o investigado voltará a delinquir. Que se apure, viabilizando-se, à exaustão, o direito de defesa, para então, depois de incontroversa a culpa, limitar-se a liberdade, bem suplantado apenas pela própria vida. Não é demais lembrar Machado de Assis — a melhor forma de ver o chicote é tendo o cabo à mão. Justiça não é sinônimo de justificação. A sociedade não convive com o atropelo a normas reinantes. O desejável e buscado avanço social pressupõe o respeito irrestrito ao arcabouço normativo. É esse o preço a ser pago "e é módico, estando ao alcance de todos" por viver-se em um Estado Democrático de Direito. [...]”. (MELLO, Marco Aurélio. **Justiça não é sinônimo de justificação**. Conj. Disponível em <http://www.conjur.com.br/2015-mar-09/marco-aurelio-justica-nao-sinonimo-justicamento>. Acesso em: 02 set. 2023).

<sup>158</sup> STRECK, Lenio Luiz. Verdade e Consenso. Ob. Cit., p. 594.

## 1.6. A Lei Complementar nº 135/2010 (Lei da Ficha-Limpa) e os discursos jurídicos legitimadores dela: a fuga do Direito em direção à moral (subjéitiva)

“Onde está o paraíso? A paisagem do Norte ou do Meio-dia? Não importa: é o ubíquo cenário para a tragédia imensa de viver, onde o Homem luta e se reconforta para voltar a lutar”<sup>159</sup>.

“E o povoado segue o mesmo / Dormindo sempre mais cedo / Dorme ouvindo o silêncio / E silencia por medo”<sup>160</sup>.

### 1.6.1. O efeito rebote: a resposta a Celso de Mello e ao STF

Em meados de 2008, por maioria de votos, o STF julgou improcedente a ADPF nº 144/DF, firmando jurisprudência *vinculante* no sentido de que é necessário que lei complementar estabeleça hipóteses objetivas de inelegibilidade causadas pela vida pregressa do candidato e sobre a necessidade de trânsito para configuração de inelegibilidade, por ser impossível que lei complementar transgrida a presunção de inocência<sup>161</sup>. Veja-se: em sede de controle concentrado de constitucionalidade o STF firmou jurisprudência, com efeitos vinculantes, dando conta de que a lei das inelegibilidades, qualquer que fosse o diploma, se de ontem ou de hoje, não poderia violentar a presunção de inocência, aplicável também à espécie.

Após todo este imbróglio, foi planejada a elaboração de uma reforma na lei inelegibilidades, vista como uma resposta ao entendimento firmado pelo STF na ADPF 144/DF<sup>162</sup>. Ou seja, já que a Suprema Corte – *acertadamente* - não sufragou o entendimento na ocasião defendido pela AMB, partiu-se para a apresentação de um projeto de lei complementar, de modo que fossem reformadas as disposições vigentes na Lei Complementar nº. 64/90, a lei das inelegibilidades em sua redação original.

Noutras palavras, o raciocínio é(ra) o seguinte: se as disposições legais de então, *premiando oprincípio da presunção de inocência*, exigiam o trânsito em julgado de certas condenações para que fosse imputada a alguém a pecha de inelegível, nada melhor (?) do que mudar a lei, revogando tal baliza. Se as causas de inelegibilidade

---

<sup>159</sup> GASSET, Jose Ortega y. **Adão no paraíso e outros ensaios de estética**. Ob. Cit., p. 54

<sup>160</sup>MARENCO, Luiz. **Os silêncios das janelas do povoado**. Composição Guto Teixeira / Luiz Marengo. Porto Alegre: U. S. Records, 2018.

<sup>161</sup>DOMINGUES, Hermano Martins. **Direitos Humanos, Ficha Limpa e jurisdição constitucional**: o entendimento do Supremo Tribunal Federal 25 anos depois da Constituição Cidadã. Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica – RIHJ, Belo Horizonte, ano 11, n. 13, jan/jun. 2013. Disponível em <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=97104>>. Acesso em: 15 out. 2022, p. 05.

<sup>162</sup>LAGO, Rodrigo. **A novela da Ficha-Limpa**. Os Constitucionalistas. 26 jan. 2011.

então previstas objetivamente não eram suficientes, nada mais pertinente(?), pois, do que modificar o texto legal, acrescentando novas causas. E se os prazos de inelegibilidade igualmente não satisfaziam, nada mais oportuno (?!), assim sendo, do que alterar a própria lei, tornando mais largos os referidos prazos, unificando-os numericamente<sup>163</sup>.

Dessa forma, também em 2008, ficou-se lançada a rumorosa "campanha ficha limpa" (*sic*), movimento que visou atrair assinaturas junto à população, para que, por intermédio de iniciativa popular, fosse submetido à votação do Congresso Nacional um projeto de lei visando a retificação da lei de inelegibilidades então vigente (Lei Complementar n.º 64/90). Basicamente, os pontos fulcrais da iniciativa distaram: I) da atração de eventual causa de inelegibilidade mesmo sem o trânsito em julgado de eventual condenação (lembre-se que a redação original da Lei de Inelegibilidades exigia o trânsito em julgado para tanto); II) do aumento dos prazos de inelegibilidade de três para oito anos, em regra; III) e, por fim, da criação de novas causas de inelegibilidade não contempladas nas disposições legais à época vigentes.

Logo, com o apoio de parcela da população, bem assim dos órgãos de imprensa, a campanha em comento resultou na consolidação do Projeto de Lei Complementar n.º 518/2009, agregado ao Projeto de Lei da Câmara n.º 58/2010 e ao PLP n.º 168/1993 (que se encontrava estacionado há tempos no Congresso Nacional).

Antes do envio ao Congresso Nacional para votação, o PLC contou com assinatura de cerca de um milhão e trezentos mil brasileiros, cerca de 1% do eleitorado nacional. Até a tramitação no Senado Federal, o projeto ainda recebeu cerca de 600 mil assinaturas, totalizando um milhão e novecentos mil eleitores, com mobilização e apoio populares em torno de um projeto de lei poucas vezes visto no Brasil. Além dos cidadãos que assinaram, de forma eletrônica ou convencional, a petição para elaboração do projeto de lei recebeu o apoio de diversas organizações sociais, como o Movimento de Combate à Corrupção Eleitoral (MCCE), a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), a Conferência Nacional dos Bispos do Brasil (CNBB), a Associação dos Magistrados

---

<sup>163</sup> A lei, de fato, mudou. A Constituição, entretanto, não. Tampouco o STF e os efeitos vinculantes de uma decisão assentada em sede de controle concentrado de constitucionalidade.

Brasileiros (AMB), partidos políticos e entidades sindicais, dentre inúmeras outras associações da sociedade civil (RE n° 633.703/MG)<sup>164</sup>.

Consequentemente, sob forte pressão midiática, demagógica e, por vezes, populista, o projeto de lei em questão acabou submetido ao crivo do Congresso Nacional e, após aprovação, deu ensejo, apenas em junho de 2010 (!), à sanção presidencial da Lei Complementar n°. 135/2010 (Lei da "Ficha Limpa"), que veio a modificar muitos dos dispositivos constantes na Lei Complementar n°. 64/90 (Lei das Inelegibilidades). Assim, desde o seu nascedouro, o controverso diploma legal, consagrado mediante indiscreta resposta ao STF, deu (e dá) azo a intensos debates no âmbito do direito brasileiro.

### **1.6.2. A inspiração e o uso descarado de um passado nada alvissareiro – demonstrando como a história precisa urgentemente ser revista: o “pecado original” do qual poucos falam – e de como o silêncio dos muitos é eloquente...**

Vida pregressa, moralidade para o exercício do mandato eletivo, irretroatividade das leis restritivas de direitos, presunção de inocência. Todos esses termos, institutos e discussões permearam os debates inerentes aos regimes de inelegibilidade estabelecidos no período da última ditadura militar no Brasil. E o item 1.4 desta parte trouxe luz.

Demonstramos, pois, que o primeiro diploma legislativo de inelegibilidades desde 1934 recebeu o número imediatamente posterior ao do segundo Código Eleitoral da história brasileira, a lei n° 4.738, de 14 de julho de 1965. E veio para estabelecer inelegibilidades permanentes, observada a vida pregressa do candidato potencial, conceito que é bem conhecido aos contemporâneos.

O ponto alto da lei em comento era o seguinte, tal e qual posto em sua exposição de motivos: a nova lei de inelegibilidades do regime de exceção buscava resguardar a “probidade administrativa” e a “democracia liberal” contra a “subversão” e a influência dos “abusos de poder econômico e estatal” – novamente desponta curiosa a similitude com a linguagem utilizada hoje pelo legislador complementar e, não bastasse, pelo constituinte derivado, a partir da Emenda de Revisão n° 04/94. Tratava-se claramente de um projeto direcionado, casuísta, *expost-factum* e de feição retroativa.

---

<sup>164</sup>DOMINGUES, Hermano Martins. **Direitos Humanos, Ficha Limpa e jurisdição constitucional**: o entendimento do Supremo Tribunal Federal 25 anos depois da Constituição Cidadã. Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica – RIHJ, Belo Horizonte, ano 11, n. 13, jan./jun. 2013. Disponível em <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=97104>>. Acesso em: 15 out. 2023, p.05.

Apesar destes tantos pesares, contudo, as hipóteses de inelegibilidade provenientes de condenações trouxeram texto mais condizente com outro princípio constitucional de valor inegociável: a presunção de inocência – isso mesmo, a presunção de inocência. Sobre o tema, foram duas as hipóteses, quais sejam: **a)** os que, por ato de subversão ou de improbidade na administração pública ou privada, tenham sido condenados à destituição do cargo, função ou emprego, *em virtude de sentença judiciária transitada em julgado*, ou mediante inquérito administrativo processado regularmente, em que se lhes tenha assegurado ampla defesa e; **b)** os que, nos casos determinados em lei, venham a ser privados, *por sentença judiciária irrecorrível*, proferida no curso do processo eleitoral, do direito a elegibilidade, por haver atentado contra o regime democrático, a exação e a probidade administrativas ou a lisura e a normalidade das eleições. Isto é: sob a ótica do direito eleitoral sancionador, especificamente quanto eventuais reprimendas judiciais, a normativa do regime militar foi mais “leve” do que a normativa atual, assentada em pleno período democrático, ainda que não tivessem sido estabelecidos por lá prazos de duração.

Tanto o artigo 148 da Constituição de 1967 quanto o artigo 151 da Constituição outorgada de 1969 encomendavam à lei complementar a fixação de casos de inelegibilidade. Esta última o fazia com o objeto de preservar “o regime democrático”, “a probidade administrativa”, “a moralidade para o exercício do mandato, levada em consideração a vida pregressa do candidato”, “a normalidade e legitimidade das eleições contra a influência ou o abuso do exercício de função, cargo ou empregos públicos da administração direta ou indireta” – que passara a ser expressamente incluída – “ou do poder econômico”. Os ministros militares editaram, porém, um Decreto-Lei (DL), que recebeu o número de 1.063, nove dias antes da entrada em vigor da Carta de 1969<sup>165</sup>.

Perceba-se a ênfase dada pelo texto das “Constituições” ditatoriais à proteção da “probidade” e da “moralidade para o exercício do cargo eletivo”, além da “normalidade e da legitimidade das eleições contra o abuso”. Registre-se para que não se perca a informação: notadamente quanto à última, a normativa se deu ou foi imposta em plena vigência do Ato Institucional nº 05 (!). Causa espécie, assim sendo, que sigamos atualmente mantendo esse tipo de modelo calcado em abstratas referências à probidade e à moralidade, cada vez mais expansionista quanto às restrições aos direitos políticos

---

<sup>165</sup>NEVES, André Luiz Batista; OLIVEIRA, João Glicério de. **Breve história da chamada Teoria “Clássica” das Inelegibilidades:** por que a doutrina brasileira as separa das condições de elegibilidade? Revista Jurídica Unicritiba, Vol.1, n.73, p.692-722, janeiro/março 2023.

passivos, reproduzindo, para tanto, agir legislativo não apenas de um tempo de exceção, mas de uma exceção alicerçada em um ato institucional que fechou o Parlamento, cassou direitos políticos e mandatos eletivos, suspendeu o Habeas Corpus e por aí em diante. A crítica já foi feita acima. E vem reafirmada agora. Novamente, entretanto, manteve-se a ótica consignada na lei 4738/65 naquilo que se referia à atração de hipótese de inelegibilidade em virtude de condenação judicial – sentença judiciária irrecurável ou transitada em julgado.

Em 1º de abril de 1970, primeiro dia da sessão legislativa de 1970, foi encaminhado ao Congresso o projeto de lei complementar n. 1/1970<sup>166</sup>. O projeto, aprovado em ritmo de maratona, daria ensejo a LC n° 05/70. E a possibilidade de levar em consideração a vida pregressa do candidato, indo além da sistemática legislativa de então, passou, a partir daqui, a dar azo ao “estabelecimento de hipóteses de inelegibilidade que se baseavam na existência, contra o candidato, de processos pendentes de decisão definitiva”<sup>167</sup>. Inseriam-se entre suas medidas a declaração de inelegibilidade independentemente do trânsito em julgado de ações em que se apurasse enriquecimento ilícito ou crimes contra a segurança nacional, ordem política e social, economia popular, fé pública, administração pública, patrimônio, entre outros, *bastando a condenação em primeira instância ou mesmo a instauração de processo em face do candidato por denúncia do Ministério Público recebida pelo juiz competente*.

Parêntese relevante aqui: a constitucionalidade da lei foi questionada judicialmente. E o TSE declarou, ainda que por apertada maioria, a inconstitucionalidade da previsão, tudo em prol do direito fundamental à presunção de inocência (!). Tratou-se, a esse respeito, do Recurso Eleitoral (hoje seria Recurso Especial Eleitoral) n° 4466, originário do Município de Igarapu do Tietê-SP<sup>168-169</sup>.

Recebimentos de denúncia ou mesmo sentenças ou acórdãos condenatórios recorríveis são circunstâncias incertas, precárias. Enquanto não houver um título condenatório definitivo, a verdade é que o cidadão poderá ser absolvido. Por que, então,

---

<sup>166</sup> NEVES, André Luiz Batista; OLIVEIRA, João Glicério de. **Breve história da chamada Teoria “Clássica” das Inelegibilidades:** por que a doutrina brasileira as separa das condições de elegibilidade? Revista Jurídica Unicuritiba, Vol.1, n.73, p.692-722, janeiro/março 2023.

<sup>167</sup> MAGALHÃES, Flavia Cristina M. **Vida pregressa e inelegibilidade no Estado Democrático de Direito.** Ob., cit., p. 05.

<sup>168</sup> EMENTA: Inelegibilidade: Inconstitucional, em parte, art. 19, inciso I, letra E, da Lei Complementar n° 5, de 29 de abril de 1970, visto ofender art. 151, IV, da Constituição Federal, Emenda n° 1. Recurso conhecido e provido.

<sup>169</sup> Por 6 votos a 4 o STF reformou a decisão do TSE.

deixamos isso lado, mesmo na contemporaneidade, sob à regência de uma Carta cognominada de “Cidadã”?

O fato é que, da década de 1970 em diante, no Brasil os obstáculos à elegibilidade foram convertidos em figuras independentes, dignas de nomes particularizados (inelegibilidade, incompatibilidade), mas antitéticos aos dos direitos ou situações jurídicas cuja incidência impediam. O curioso é que, no final, tudo se encaminhou exatamente no sentido pretendido no início da ditadura civil-militar. Do tratamento da questão exclusivamente por normas constitucionais, como preconizava toda a doutrina construída sob a égide da Constituição de 1946, passou-se a pacificamente admitir a criação e a disposição de inelegibilidades por lei complementar e das condições de elegibilidade mediante lei ordinária. Isso era o que queriam os detentores do poder daquela época<sup>170</sup>. E o intento foi atingido, a partir do estabelecimento – essa é a sua origem! - do critério da “vida pregressa” do potencial candidato, observada a “moralidade” para o exercício do cargo eletivo e a “proibidade administrativa”. Não à toa afirmou-se que “[...] as forças armadas, em suma, consideravam-se acima da lei”<sup>171-172</sup>, como que a reprimatizar a fala de Luis XVI na França pré-revolucionária<sup>173</sup>.

A Lei Complementar n° 5/70 sofreu alterações, é verdade. Porém, tal como consigna Flavia Cristina Guimarães, a mais relevante foi realizada pela Lei Complementar n° 42, de 1° de fevereiro de 1982, “de iniciativa do Poder Executivo, então chefiado pelo General João Figueiredo, que assumiu o governo em período em

---

<sup>170</sup>NEVES, André Luiz Batista; OLIVEIRA, João Glicério de. **Breve história da chamada Teoria “Clássica” das Inelegibilidades:** por que a doutrina brasileira as separa das condições de elegibilidade? Revista Jurídica Unicuriúba, Vol.1, n.73, p.692-722, janeiro/março 2023.

<sup>171</sup> LIUWEN, Edwin. **Militarismo e política na América Latina**. Rio de Janeiro: Zahar, 1964, p. 26.

<sup>172</sup> O fenômeno, segundo Skidmore, se iniciou já com Castelo Branco: “[...]. Na esperança de aumentar as possibilidades de vitória da UDN, Castelo Branco apertou o controle do seu governo sobre o sistema eleitoral. 79 Primeiro ele conseguiu que o Congresso aprovasse uma emenda constitucional, supostamente para reduzir a “corrupção eleitoral”, a qual exigia que os candidatos comprovassem quatro anos de domicílio eleitoral nos estados por onde pretendessem concorrer. A segunda medida foi uma “lei de inelegibilidade”, aprovada pelo Congresso sob forte pressão governamental em julho de 1965, que, entre outras coisas, vetava a candidatura de quem quer que houvesse servido como ministro do governo Goulart depois de janeiro de 1963. Esta medida, como a precedente, visava os políticos oposicionistas que o Planalto achava que dificilmente poderiam ser derrotados nas eleições que se aproximavam” (SKIDMORE, Thomas. **Brasil:** de Castelo a Tancredo (1964-1985). São Paulo: Paz e Terra, 1994, p. 76).

<sup>173</sup> “É legal porque eu quero” (NEVES, José Roberto de Castro. **Como os advogados salvaram o Mundo:** a história da advocacia e a sua contribuição para a humanidade. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2018, p. 204). A esse respeito: “[...]. Puro anacronismo. A soberba absolutista tivera lugar na história. Aqueles, contudo, já eram outros tempos” (NEVES, José Roberto de Castro. **Como os advogados salvaram o Mundo**. Ob., cit., p. 204).

que o país caminhava para a redemocratização”<sup>174</sup>. Entre outras medidas, a LC nº 42, de 1982, extinguiu a hipótese de inelegibilidade dos que respondessem a processo pelos crimes acima mencionados. Cabe notar que o substitutivo aprovado no Senado Federal ao referido diploma exigia que a inelegibilidade só poderia ser aplicada se houvesse declaração expressa nesse sentido na sentença condenatória, exigência que sofreu veto presidencial. Outro fato relevante diz respeito à formação de uma corrente, da qual faziam parte os Deputados Federais Odacir Klein, Airton Soares e Waldir Walter, que considerava inadmissível a declaração de inelegibilidade com base em condenação não transitada em julgado<sup>175</sup>. Ainda sob a égide do regime de exceção, portanto, foi imposta a modificação legislativa, para prever a atração de causa de inelegibilidade apenas com o advento de sentença condenatória transitada em julgado, sendo que o próprio Presidente Figueiredo vetou a investida congressional em sentido contrário. A lei vigoraria até 1990.

O modelo inaugurado no período militar, como visto, partiu, e isto, infelizmente, é pouquíssimo falado, para o arbitramento da “moral que subverte” por intermédio da legislação, especialmente em matéria de inelegibilidades. A competência para o estabelecimento de condições de elegibilidade e de causas de inelegibilidade, que era exclusividade do legislador constitucional, passou ao legislador ordinário (complementar e ordinário em sentido estrito). De mais a mais, foram introduzidos, via emendas, critérios balizadores de uma indisfarçável pretensão de “moralizar a sociedade brasileira” a partir do afastamento de incontáveis pessoas da possibilidade de disputar cargos políticos pela via eletiva, notadamente a “vida pregressa” do candidato, observada a “moralidade eleitoral” e a “proibidade administrativa”. A partir daí várias hipóteses restritivas do direito fundamental de ser votado passaram a ser previstas, algo que serviu para retirar de cidadãos a possibilidade de eleição e, com isso, na ótica dos militares, garantir o regime.

Também, o registro é relevante, a disciplina das inelegibilidades pelo legislador ordinário (lei complementar) foi obra do regime militar, modelo que também seguiu sendo aplicado no pós-ditadura e em plena égide da Constituição de 88.

---

<sup>174</sup> MAGALHÃES, Flavia Cristina M. **Vida pregressa e inelegibilidade no Estado Democrático de Direito**. Ob., cit., p. 07.

<sup>175</sup> Ibid., p. 07.

Não podemos, reiterar-se, fechar os olhos para tal realidade. Sendo demasiado temerário, algo condenável ao extremo, que, ainda hoje, cultuemos tais resíduos autoritários em nossa legislação de inelegibilidades, consagrando os mesmos critérios e, não bastasse, indo ainda além na previsão de causas restritivas da capacidade eleitoral passiva da cidadania. E essa ideia de promoção de uma espécie de “estatuto de moralidade”, observados, para tanto, critérios vagos, abstratos, pós-fato, retroativos e de meras possibilidades, não apenas é temerária, considerando que o direito de ser votado é um direito fundamental, como possui uma raiz fincada na exceção, na ditadura, havendo uma notória aproximação linguística e de alvo: as mesmas irretroatividade das leis e presunção de inocência. Há mais, todavia.

Com efeito, se a terminologia utilizada para impor e legitimar a “Ficha-Limpa” foi a mesma manejada pelo regime militar instaurado a partir de 1964, e os fatos estão consagrados aí para quem quiser lumar, a comparação entre os textos legais, de ontem e de hoje, também confessam uma aproximação demasiado estreita, especialmente naquilo que se refere ao marco decisório apto à atração de uma causa de inelegibilidade e, portanto, apto à restrição do direito fundamental de ser votado.

Quanto ao panorama comparativo, a “Constituição” de 1969 já previa hipóteses de inelegibilidade e, para além, dizia, em seu artigo 151, que a lei complementar poderia estabelecer outros casos de inelegibilidade visando à preservação do “regime democrático”, da “proibição administrativa” e da “normalidade e legitimidade das eleições, contra o abuso do poder econômico e do exercício de cargos ou funções públicas”. Similitude inegável, pois. Sendo que o artigo 148 da “Constituição” de 1967 trazia idêntica previsão textual.

Já quanto às causas de inelegibilidade em sentido estrito, abstraindo, evidentemente, aquelas inerentes àquele tempo e contexto, ou seja, as que lidavam com partidos políticos extintos, com a segurança nacional, com a cassação de direitos políticos e afins, temos que também há similitudes consideráveis entre o diploma da ditadura – a LC nº 05/70 - e o diploma atual, valendo referir que este, expansivamente falando, é ou conseguiu ser mais rígido, ainda, ao menos se observarmos o aspecto quantitativo.

Citamos aqui as seguintes hipóteses, a saber: os inalistáveis e os apanhados pelos seguintes ilícitos – os que hajam atentado, em detrimento do regime democrático, contra os direitos individuais concernentes à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade,

isso em uma perspectiva processual penal; os membros do Poder Legislativo que hajam perdido os mandatos; os que por ato de improbidade na Administração Pública, Direta ou Indireta, ou na particular, tenham sido condenados à destituição de cargo, função ou emprego, em virtude de sentença judicial transitada em julgado ou mediante processo administrativo em que se lhes haja assegurado ampla defesa; os que forem declarados indignos do oficialato, ou com ele incompatíveis; os que estejam privados, por sentença judicial, transitada em julgado, em processo eleitoral, do direito à elegibilidade, por haver atentado contra o regime democrático, a exação e a probidade administrativa e a lisura ou a normalidade de eleição; os que tenham comprometido, por si ou por outrem, mediante abuso do poder econômico, de ato de corrupção ou de influência no exercício de cargo ou função da Administração, Direta ou Indireta, ou de entidade sindical, a lisura ou a normalidade de eleição, ou venham a comprometê-la, pela prática dos mesmos abusos, atos ou influências; os que tenham sido condenados ou respondam a processo judicial, instaurado por denúncia do Ministério Público recebida pela autoridade judiciária competente, por crime contra a segurança nacional e a ordem política e social, a economia popular, a fé pública e a administração pública, o patrimônio ou pelo direito previsto no art. 22 da Lei Complementar, enquanto não absolvidos ou penalmente reabilitados; os que tenham sido condenados por crime contra a segurança nacional e a ordem política e social, a economia popular, a fé pública, a Administração Pública e o patrimônio, ou pelo delito previsto no art. 22 da Lei Complementar, enquanto não penalmente reabilitados; os que, em estabelecimentos de crédito, financiamento ou seguro, que tenham sido ou estejam sendo objeto de liquidação judicial ou extrajudicial, hajam exercido, nos doze meses anteriores à respectiva decretação, cargo ou função de direção, administração ou representação, enquanto não forem exonerados de qualquer responsabilidade; e o regime de desincompatibilizações também é demasiado similar.

Diga-se, por oportuno, que várias das hipóteses previstas na LC de 1970 foram revogadas pela LC de 1982. E, mesmo assim, acabaram ripristinadas pela LC de 1990 e pela “Lei da Ficha-Limpa”, de 2010, como a última referida no parágrafo acima – afastamento ou destituição de cargos ou funções exercidas em entidades sindicais. Paradoxos do mundo da vida... em frente. As similares, portanto, tal como acima posto, são várias, presentes em várias hipóteses de restrição à capacidade eleitoral passiva, inclusive na terminologia empregada.

Antes mesmo do diploma legislativo de 1970, a primeira lei de inelegibilidades do período da última ditadura militar brasileira, a Lei nº 4738/65, para além das hipóteses previstas já no texto constitucional daquela época, consagrou algumas circunstâncias de aparente similitude, de igual modo, tais como: os que hajam atentado, em detrimento do regime democrático, contra os direitos individuais, concernentes à vida, à liberdade e à propriedade, em uma perspectiva processual penal; os Presidentes e Vice-Presidentes da República, os Governadores e Vice-Governadores, os Prefeitos e Vice-Prefeitos declarados impedidos para o exercício dos respectivos cargos, por deliberação do Congresso Nacional, das Assembleias Legislativas ou das Câmaras Municipais, com o desconto de que, na época, não se falava em devido processo legal para tanto; os membros do Poder Legislativo que perderem os mandatos em virtude do disposto, desde que o motivo que deu causa à punição os incompatibilize para o exercício de mandato eletivo, com o mesmo desconto; os que, por ato de improbidade na administração pública ou privada, tenham sido condenados à destituição do cargo, função ou emprego, em virtude de sentença judiciária transitada em julgado, ou mediante inquérito administrativo processado regularmente, em que se lhes tenha assegurado ampla defesa; os que, nos casos previstos em lei, forem declarados indignos do oficialato ou com ele incompatíveis; os que, nos casos determinados em lei, venham a ser privados, por sentença judiciária irrecorrível, proferida no curso do processo eleitoral, do direito a elegibilidade, por haver atentado contra o regime democrático, a exação e a probidade administrativas ou a lisura e a normalidade das eleições; os que tenham comprometido, por si ou por outrem, a lisura e a normalidade de eleição, através de abuso do poder econômico, de ato de corrupção ou de influência no exercício de cargo ou função pública, ou venham a comprometê-las, pela prática dos mesmos abusos, atos ou influência; os membros das Assembleias Legislativas que, nos termos das Constituições estaduais, tenham perdido os mandatos.

As próprias leis pós-88 foram além no assentados das hipóteses restritivas do direito fundamental de elegibilidades, tais como – todas as seguintes hipóteses não eram previstas nas disciplinas de então: analfabetos (matéria constitucional replicada agora na lei); inelegibilidades por condenações criminais, no tocante a alguns tipos penais, como lavagem de dinheiro, meio ambiente e saúde pública, eleitorais para os quais a lei preveja pena privativa de liberdade, abuso de autoridade, tráfico de entorpecentes, redução à condição análoga de escravo, crimes praticados por organização criminosa,

quadrilha ou bando; inelegibilidade por rejeição de contas; inelegibilidade por renúncia; excluídos do exercício da profissão; simulação de vínculo conjugal; demitidos do serviço público; pessoas físicas e dirigentes de empresas condenadas por doação ilegal; magistrados e membros do Ministério Público. Sem contar as modificações introduzidas nas matérias afetas à improbidade administrativa e aos delitos eleitorais.

Isso, por sua vez, denuncia, vez mais, o apego de paradigma, origem, forma, texto e previsões. A esse respeito, como pertinentemente registra Marcelo Peregrino, a Constituição de 1946 “[...] regulava de forma integral a matéria de inelegibilidade”<sup>176</sup>. A delegação para o Parlamento do tratamento do tema somente veio com a Emenda Constitucional nº 14, de 3 de junho de 1965, o que permitiu o surgimento da Lei nº 4738/65, denominada de Lei das Inelegibilidades<sup>177</sup>. E o modelo inaugurado no regime militar foi inteiramente seguido na atual quadra histórica, inclusive quanto às previsões, existentes lá e cá, em considerável medida. E em prol do quê? Da moralidade, da probidade, da lisura, legitimidade e normalidade do pleito. Lá e cá<sup>178-179</sup>.

Mas ainda há mais. Bem mais (!). E iremos focar em uma causa de inelegibilidade específica, a restrição da capacidade eleitoral passiva e, portanto, do *direito fundamental* de elegibilidade, em razão de condenações penais, sendo que o marco sentencial apto à respectiva atração, para além da abrangência, andou de mãos dadas com a prática do regime de exceção. Explicamos, pois.

---

<sup>176</sup> FERREIRA, Marcelo Ramos Peregrino. **O Controle de Convencionalidade da Lei da Ficha Limpa: direitos políticos e inelegibilidades**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014, p. 179.

<sup>177</sup> *Ibid.*, p. 179.

<sup>178</sup> “[...] a redação aprovada, que também tratou da vida pregressa do candidato, teve a iniciativa do próprio Relator da Revisão Constitucional, Deputado Federal Nelson Jobim, que fundamentou seu Relatório da seguinte forma: I – RELATÓRIO A Constituição elegeu, entre os princípios que devem ser protegidos pela lei complementar estabelecida de outros casos de inelegibilidade e dos prazos de sua cessação, apenas a proteção da normalidade e da legitimidade das eleições contra a influência do poder econômico ou o abuso de poder econômico ou o abuso do exercício de função, cargo ou emprego na administração pública. Além desses princípios, o texto constitucional anterior visava a preservar, com o estabelecimento dos casos de inelegibilidade de ordem legal, o regime democrático, a probidade administrativa e a moralidade para o exercício do mandato, considerada a vida pregressa do candidato. Três Propostas Revisionais foram apresentadas ao art. 14, § 9º, e acrescentaram àqueles princípios a proteção das eleições contra a improbidade dos candidatos” (MAGALHÃES, Flavia Cristina M. **Vida pregressa e inelegibilidade no Estado Democrático de Direito**. Ob., cit., p. 08-09).

<sup>179</sup> Nesse exato sentido: “Depreende-se que a inserção do termo vida pregressa na Constituição Federal de 1988 fundamentou-se no fato de haver previsão nesse sentido no texto constitucional anterior, ou seja, na Constituição de 1967 e na Emenda Constitucional nº 1, de 1969, vigentes durante o regime militar, em que foram estabelecidas várias restrições aos direitos fundamentais e criadas hipóteses de inelegibilidade contrárias ao regime democrático” (MAGALHÃES, Flavia Cristina M. **Vida pregressa e inelegibilidade no Estado Democrático de Direito**. Ob., cit., p. 09).

O primeiro estatuto de inelegibilidades do regime militar de 64/85<sup>180</sup>previu, na respectiva alínea 'j' do inciso I do artigo 1º, a inelegibilidade daqueles que, nos casos determinados em lei, viessem a ser privados, por sentença judiciária irrecorrível, do direito a elegibilidade, por haver atentado contra o regime democrático, a exatidão e a probidade administrativas ou a lisura e a normalidade das eleições. Nada falou acerca de processos-crime em sentido estrito. Mas, veja-se: a atração da causa de inelegibilidade, em razão do cometimento dos ilícitos referidos, em processos de feição acusatória, por óbvio, só se daria a partir de sentença judicial *irrecorrível* e, no fim das contas, a partir de consumado o *trânsito em julgado* correspondente. Lei da ditadura, atentem<sup>181</sup>.

Em 1968 seria imposto o famigerado Ato Institucional nº 05 (AI-5), a partir do presidente Costa e Silva e do gabinete do governo – os áudios da reunião estão disponíveis na rede mundial de computadores a quem quiser ouvir<sup>182</sup>. Sendo que a única divergência, vale a reiteração, se deu por meio do então Vice-Presidente da República, Pedro Aleixo, que logo depois seria destituído sumariamente do posto, impedido de assumir a Presidência pela morte daquele, ocorrida a idos de dezembro de 1969<sup>183</sup>. Assumiria o posto Emílio Garrastazu Médici, conterrâneo de quem vos escreve, naquele que seria o período mais truculento do regime autocrático que se alargou por vinte e um anos à fio e, no caso ínsito ao governo em comento, de 69 a 74<sup>184</sup>.

No mesmo ano de 1969 viria a EC nº 01, chamada, assim como a Emenda de 1967, de Constituição, por muitos autores<sup>185</sup>. E ela, dito já foi, previu hipóteses de

---

<sup>180</sup>É da lei promulgada na carona do Código Eleitoral que falamos, isto é, da Lei nº 4738/1965.

<sup>181</sup>Percebam, por oportuno, a contradição para com o tempo presente: “[...]. Ademais, aquelas normas de inelegibilidade foram editadas ao tempo em que as Constituições vigentes sequer asseguravam o princípio da presunção de inocência ou de não culpabilidade, direito fundamental expressamente consagrado no art. 5º, LXXIII, da Constituição Federal de 1988” (MAGALHÃES, Flavia Cristina M. **Vida progressa e inelegibilidade no Estado Democrático de Direito**. Ob., cit., p. 09).

<sup>182</sup> UNISINOS. Instituto Humanitas Unisinos – IHU. **Áudio reunião AI-5**. 12 dez. 2018. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=3sHMZq8kzGc>. Acesso em: 27 nov. 2023.

<sup>183</sup> Dizia ele, com muita razão e sabedoria, *verbis*: “O Ato Institucional elimina a própria Constituição. Presidente, o problema de uma lei assim não é o senhor, nem os que com o senhor governam o país. O problema é o guarda da esquina. [...]. Nessas condições, respeitando, como me cumpre respeitar a opinião contrária, [...] esta é a minha posição. Eu enuncio, Senhor Presidente, cumprindo um dever para comigo mesmo e para com Vossa Excelência, a quem presto a maior solidariedade, um dever para com o Conselho e um dever para com o Brasil” (UNISINOS. Instituto Humanitas Unisinos – IHU. **Áudio reunião AI-5**. 12 dez. 2018. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=3sHMZq8kzGc>. Acesso em: 27 nov. 2023).

<sup>184</sup> Entre Médici e este que vos escrevêrsemelhanças há, apenas: a origem fronteiriça/cisplatina e o amor pela terra, pela raiz, a primeira; o amor pelo Rio de Janeiro-RJ, a segunda; e o amor pelo Grêmio Football Porto-Alegrense, a terceira, e última. Prefiro me ombrear na trincheira, e a declaração é de peito aberto, com Gaspar Silveira Martins, Fernando Luís Osório, Alcides de Mendonça Lima, Justino Costa Quintana, Paulo Brossard de Souza Pinto e Luiz Coronel, cada qual a seu modo, dentre outros.

<sup>185</sup> P. ex.: SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. Ob. Cit., p. 88 ss.

inelegibilidade e não parou por aí, contudo. Indicou um comando para que o legislador ordinário também fizesse prevê-las. Veio, pois, a partir daí, a Lei Complementar n° 05, de 05 de abril de 1970 – o mesmo diploma de inelegibilidades da ditadura militar na égide do Ato Institucional n° 05 (AI-5), o suprassumo da exceção no período de exceção, a exceção da exceção<sup>186</sup>. O comando “constitucional” foi cumprido, portanto.

E, entre as hipóteses atrativas da restrição do direito de ser votado, muitas similares as de hoje, aliás, estiveram presentes aquelas passíveis de serem impostas independentemente do trânsito em julgado de ações em que se apurasse enriquecimento ilícito ou crimes contra a segurança nacional, ordem política e social, economia popular, fé pública, administração pública, patrimônio, entre outros, algo que se daria por uma condenação em sentido amplo, ainda que em primeira ou segunda instâncias, e sem trânsito em julgado, ou mesmo a instauração de processo em face do candidato por denúncia do Ministério Público recebida pelo juiz competente. É (ra), pois, o teor da alínea ‘n’ do inciso I do artigo 1º daquele mandamento legislativo<sup>187</sup>.

Há, eis a pergunta, paralelo entre este dispositivo daquela época e a indigitada “Lei da Ficha-Limpa” (*sic*)? Embora seja algo basicamente “jogado para debaixo do tapete”, há, o paralelo existe. E basta, para tanto, lançarmos olhos no projeto da referida lei, a mesma que foi vendida demagogicamente como a salvação da moral nacional.

E qual a redação original do projeto de lei em voga, registrado na Câmara de Deputados sob o signo de PLP 518/2009 (é o texto original apresentado à Câmara), observada a hipótese de atração de causa de inelegibilidade por conta de condenações criminais? A resposta está abaixo, a saber:

“[...] São inelegíveis: [...]; e) os que forem condenados *em primeira ou única instância ou tiverem contra si denúncia recebida* por órgão judicial colegiado pela prática de crime descrito nos incisos XLII ou XLIII do art. 5º. da Constituição Federal ou por crimes contra a economia popular, a fé pública, os costumes, a administração pública, o patrimônio público, o meio ambiente, a saúde pública, o mercado financeiro, pelo tráfico de entorpecentes e drogas afins, por crimes dolosos contra a vida, crimes de abuso de autoridade, por crimes eleitorais, por crime de lavagem ou ocultação de bens, direitos e valores, pela exploração sexual de crianças e adolescentes e utilização de mão-de-obra em condições análogas à de escravo, por crime a que a lei comine pena não inferior a 10 (dez) anos,

---

<sup>186</sup> A Emenda em questão previu a eleição indireta para governadores, a ampliação do mandato presidencial para cinco anos e a extinção das imunidades parlamentares. E manteve, por evidente, o AI-5, em todo o seu espectro de cerceamento arbitrário das liberdades civis.

<sup>187</sup> “[...] São inelegíveis: [...]; n) os que tenham sido condenados ou respondam a processo judicial, instaurado por denúncia do Ministério Público recebida por autoridade judiciária competente, por crime contra a segurança nacional e a ordem política e social, a economia popular, a fé pública, a Administração Pública e o patrimônio, ou pelo delito previsto no art. 22 desta Lei Complementar, enquanto não penalmente reabilitados; [...]”.

ou por houverem sido condenados em qualquer instância por ato de improbidade administrativa, desde a condenação ou o recebimento da denúncia, conforme o caso, até o transcurso do prazo de 8 (oito) anos após o cumprimento da pena” – grifamos.

Isso também fica claro no parecer do Presidente do Grupo de Trabalho instaurado perante a Comissão de Constituição e Justiça para lidar com o PL das inelegibilidades, Deputado Federal Antonio Carlos Biscaia, *verbis*:

“[...]. A resistência a esta proposta estaria no fato de que certas autoridades, em razão da prerrogativa de foro, têm suas causas examinadas, já em primeira instância, por um órgão colegiado. Assim, tornar-se-iam inelegíveis antes de verem seu litígio reexaminado por uma segunda instância. É o caso de todos aqueles que têm suas causas julgadas, em primeiro grau, por Tribunais de Justiça e Tribunais Regionais Eleitorais. Outros vão além. Alegam que a proposta fere o princípio constitucional da presunção de inocência e não veem como afastar a exigência do trânsito em julgado. Após várias reuniões do GT e reuniões deste Relator com membros do MCCE, chegou-se a um ponto comum, consistente em que a inelegibilidade, no caso dos autores de crimes mencionados na Lei Complementar nº 64, de 18 de maio de 1990, alcançaria aqueles que tivessem sido condenados por decisão transitada em julgado ou por decisão de órgão judicial colegiado. [...]”.

Perceba-se que ele propôs uma solução intermediária, mas inconstitucional, pura e simplesmente, ainda inconstitucional. E não há como medir graus de inconstitucionalidade, se maiores ou menores. Como se fizesse alguma diferença uma decisão singular ou colegiada fazer atrair causa de inelegibilidade contra alguém, considerando que ambas são títulos condenatórios precários. Inconstitucionalidade é inconstitucionalidade, ainda mais quando lidamos com caríssimas questões de princípio, inegociáveis por si sós, como a presunção de inocência e a titularidade dos direitos políticos, na perspectiva passiva ou a partir do direito de ser votado.

Como fazer restringir os direitos políticos passivos sem que o decreto condenatório esteja perfectibilizado como tal? Condenação em segundo grau é condenação inexistente, considerada a ausência de abrigo pela imutabilidade. Somente em um panorama de baixíssima constitucionalidade, tal como foi o caso, naqueles e nestes tempos, em um condenável uso do passado, mesmo frente ao novo, que alvoreceu no pós-1988, com a Carta Constitucional fundadora da Nova República<sup>188</sup>.

A redação, confrontada com a redação da lei proveniente do regime do AI-5, é autoexplicativa. Origem e inspiração postas e expostas. Vejam, portanto: temos estreitas

---

<sup>188</sup> “[...]. Aqueles que não querem se lembrar do passado estão condenados a repeti-lo” (ABBOUD, Georges. **Direito Constitucional Pós-Moderno**. Ob., cit., p. 31).

aproximações de pressupostos (proteção da probidade e da moralidade, observada a vida pregressa), de causas restritivas do direito de ser votado e, ainda, de marcos temporais, ao menos aí, aptos à atração da restrição, considerada a natureza da condenação. Nada de novo foi criado, o ponto é esse.

Trata-se, a lei de 2010, de uma quase cópia. E de uma quase cópia do regime de inelegibilidades da ditadura militar em pleno AI-5. Por que isso não foi trazido nas discussões, escassas, diga-se, acerca do projeto de lei? Da lei em si? Ora, é algo banal? Pequeno? Insignificante? É claro que não é e não era! Urge, às vísceras, ao final e ao cabo, para dizer o mínimo do mínimo, a realização de um *teste de paternidade* na Lei da Ficha-Limpa, afinal, ela possui uma inspiração, demasiado evidente que é, nada (!) alvissareira – e digo isso para ser elegante, mesmo sem elogiar.

### **1.6.3. A aplicabilidade (eficácia) da Lei da “Ficha Limpa” nas (para as) eleições de 2010: a interpretação do TSE e a quebra da normatividade do artigo 16 da CF**

O artigo 16 da CF estabelece que a lei que alterar o processo eleitoral só terá eficácia para o processo eleitoral vindouro se entrar em vigência no prazo de até um ano antes do escrutínio. Trata-se, a esse respeito, do chamado “princípio da anualidade eleitoral” ou “princípio da anterioridade eleitoral”. A disposição constitucional, na dicção de Eneida Desiree Salgado, configura uma “muralha da democracia”, ou seja, “uma exigência da predeterminação das regras do jogo da disputa eleitoral com um ano de antecedência, para evitar casuísmos e surpresas, em nome da estabilidade”<sup>189</sup>. A previsão diz com a realização de eleições genuinamente democráticas, tudo ao exigir a predeterminação das regras do jogo, de modo a evitar investidas de inopinado, atentatórias a segurança jurídica. Com isso, obsta-se qualquer tipo de mudanças abruptas na legislação eleitoral, que possam surpreender os atores eleitorais (candidatos, partidos, coligações, federações, eleitorado), inclusive a própria Justiça Eleitoral.

Mais do que isso, cumpre frisar que o princípio constitucional em liça possui uma carga normativa tão cara para a democracia brasileira que mesmo mudanças jurisprudenciais de surpresa são evitadas. Dito de outro modo, evitam-se viragens substanciais de jurisprudência no curso do processo eleitoral, algo acentuado no âmbito do TSE que, por ser o guardião da legislação eleitoral, deve ser vigilante quanto à

---

<sup>189</sup>SALGADO, Eneida Desiree. **Princípios constitucionais eleitorais**. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 222.

sobriedade das interpretações normativas, em respeito, sobretudo, à segurança jurídica e à igualdade que deve permear às disputas eleitorais<sup>190</sup>.

Uma eleição popular, apanágio dos povos civilizados, não se faz mediante sobressaltos. Para tanto, a legislação que visar modificar qualquer regramento inerente a quaisquer das fases deste complexo processo deverá ser aprovada observado o prazo de um ano antes da realização dele. Já o critério de um ano, por sua vez, tem uma proporcionalidade muito clara, não representando mero capricho. O processo eleitoral se inicia a um ano da efetiva realização do escrutínio, em prol da igualdade, da coerência e da integridade do direito e da segurança jurídica, não há que se falar na mudança das regras do jogo com o próprio jogo em curso, não sendo viável distinguir “casuísmo do bem” ou “casuísmo do mal”, pois, conforme Rodrigo Zilio, “tal distinção abre um vazio interpretativo que põe em risco a integridade e higidez da normalidade e legitimidade das eleições”<sup>191</sup>. Cabe, portanto, ao Parlamento, adequar-se a tal princípio, observando-o. E, ao Judiciário, cumpri-lo ou fazê-lo cumprir.

Não foi assim que ocorreu nos debates acerca da aplicabilidade da Lei Complementar nº 135/2010 no pleito ocorrido no mesmo ano. Na hipótese, desarrazoadamente, de modo a refutar a atração do artigo 16 da CF àquele diploma legal, foram invocadas malfadadas “ponderações de valores” (*sic*), como se princípios fossem valores, e como se a força normativa do princípio da anualidade da lei eleitoral pudesse ser relegada ao arbítrio do intérprete.

---

<sup>190</sup> "Mudanças radicais na interpretação da Constituição devem ser acompanhadas da devida e cuidadosa reflexão sobre suas consequências, tendo em vista o postulado da segurança jurídica. Não só a Corte Constitucional, mas também o Tribunal que exerce o papel de órgão de cúpula da Justiça Eleitoral deve adotar tais cautelas por ocasião das chamadas viragens jurisprudenciais na interpretação dos preceitos constitucionais que dizem respeito aos direitos políticos e ao processo eleitoral. Não se pode deixar de considerar o peculiar caráter normativo dos atos judiciais emanados do TSE, que regem todo o processo eleitoral. Mudanças na jurisprudência eleitoral, portanto, têm efeitos normativos diretos sobre os pleitos eleitorais, com sérias repercussões sobre os direitos fundamentais dos cidadãos (eleitores e candidatos) e partidos políticos. No âmbito eleitoral, a segurança 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. A importância fundamental do princípio da segurança jurídica para o regular transcurso dos processos eleitorais está plasmada no princípio da anterioridade eleitoral positivado no art. 16 da Constituição. O STF fixou a interpretação desse art. 16, entendendo-o como uma garantia constitucional (1) do devido processo legal eleitoral, (2) da igualdade de chances e (3) das minorias (RE 633.703). Em razão do caráter especialmente peculiar dos atos judiciais emanados do TSE, os quais regem normativamente todo o processo eleitoral, é razoável concluir que a Constituição também alberga uma norma, ainda que implícita, que traduz o postulado da segurança jurídica como princípio da anterioridade ou anualidade em relação à alteração da jurisprudência do TSE. Assim, as decisões do TSE que, no curso do pleito eleitoral (ou logo após o seu encerramento), impliquem mudança de jurisprudência (e dessa forma repercutam sobre a segurança jurídica), não têm aplicabilidade imediata ao caso concreto e somente terão eficácia sobre outros casos no pleito eleitoral posterior." (RE 637.485, rel. min. **Gilmar Mendes**, julgamento em 1º-8-2012, Plenário, *DJE* de 21-5-2013, com repercussão geral).

<sup>191</sup>ZILIO, Rodrigo Lopez. **Direito Eleitoral**. Ob., cit., p. 34.

A primeira polêmica relativa ao neófito diploma acabou submetida ao Poder Judiciário Eleitoral por via heterodoxa. Tratou-se de duas Consultas formuladas e apresentadas às pressas ao TSE cujos questionamentos centrais recaíram sobre a (in) aplicação dos termos da reforma introduzida nas eleições de 2010 (Consulta TSE n° 112.026) e, ainda, sobre a incidência dos novos termos legais a fatos pretéritos (Consulta TSE n°. 114.709). Falaremos, por ora, somente na primeira, cuja matéria derradeira será exaurida em oportunidade subsequente.

Considerando que a LC n° 135/2010 veio a ser sancionada tão somente em 04 de junho de 2010, isto é, a poucos dias do termo inicial hábil à realização das convenções partidárias (10 de junho, na época), nos autos da Consulta TSE n°. 112.026, Relator o Min. Hamilton Carvalhido, discutiu-se acerca da sua aplicação naquele escrutínio, tendo em vista a redação contida no artigo 16 da Constituição Federal.

Nesse diapasão, a indagação formulada pelo Consulente, o Sen. Arthur Virgílio Neto, foi a seguinte: Uma lei eleitoral que disponha sobre inelegibilidades e que tenha a sua entrada em vigor antes do prazo de 05 de julho poderá ser efetivamente aplicada para as eleições gerais de 2010?.

Não obstante a clareza meridiana do texto envolto ao art. 16 da CF, em 10 de junho de 2010, por maioria de votos, a Consulta em questão acabou respondida de maneira afirmativa, ou seja, no sentido de afirmar a aplicabilidade:

CONSULTA. ALTERAÇÃO. NORMA ELEITORAL. LEI COMPLEMENTAR N° 135/2010. APLICABILIDADE. ELEIÇÕES 2010. AUSÊNCIA DE ALTERAÇÃO NO PROCESSO ELEITORAL. OBSERVÂNCIA DE PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS. PRECEDENTES. Consulta conhecida e respondida afirmativamente.

Em síntese, ao se defrontar com o tema pela vez primeira, o TSE, de maneira açodada, reconheceu que a Lei da “Ficha Limpa” seria aplicável ao escrutínio daquele ano, isso porque, no entender do Tribunal consultado, o novo diploma legal não teria alterado o processo eleitoral como requer o dispositivo constitucional em comento, não sendo relevante, assim, a data da vigência da lei.

Equivocou-se, pois, o TSE, gravemente. O equívoco (hermenêutico) a que aludimos, a seu turno, residiu justamente no enfrentamento do significado da expressão

"processo eleitoral", para o efeito de atração do preceito restritivo. Ou seja, se a lei que alterar o processo eleitoral, apesar de vigente, não terá eficácia para as eleições que se realizarem em até um ano da respectiva vigência, o que, ao fim e a cabo, representaria o termo "processo eleitoral" ou uma "alteração legal no processo eleitoral"?

O processo eleitoral consiste num complexo de atos que visa receber e transmitir a vontade do povo manifestada nas urnas, e que, para nós, pode ser subdividido em três fases: a fase pré-eleitoral, que se inicia um ano antes do escrutínio, abarcando o prazo máximo para que os pretensos candidatos tenham fixado o respectivo domicílio eleitoral na circunscrição em que pretendem concorrer e para o registro de partidos políticos junto ao TSE, até a convenção partidária; a fase eleitoral propriamente dita, que vai desde o registro das candidaturas até a apuração, contagem dos votos e proclamação dos eleitos; e a fase pós-eleitoral, que compreende o interregno entre a proclamação dos eleitos e a diplomação.

Trata-se, portanto, de um conjunto concatenado de atos, composto por três fases que se iniciam um ano antes da data do escrutínio (que se dá no primeiro domingo do mês de outubro do ano da eleição). Cada estágio ou fase específica, por seu turno, carrega as suas regras, desde as que regem instrumental e materialmente a filiação partidária, o domicílio eleitoral e a criação de partidos políticos, até as inerentes às convenções partidárias, registros de candidatura, condições de elegibilidade e causas de inelegibilidade, propaganda eleitoral, arrecadação e gastos de recursos para fins eleitorais, condutas vedadas a agentes públicos em campanha eleitoral, dentre outras, de modo a formarem, assim, um grande todo ordenado e harmônico.

Dessa forma, toda e qualquer legislação que venha alterar tais regras, interferindo em uma das fases específicas do processo (quanto à LC 135/2010 isso era flagrante), acabará por alterá-lo, considerado como tal um complexo de atos destinados a garantir a tomada da manifestação popular sufragada nas urnas, que tem como termo inicial o lapso temporal de um ano da efetiva realização do prélio. E não é por menos, consequentemente, que o próprio texto constitucional vincula a eficácia de determinada lei para eventual pleito eleitoral à sua entrada em vigor no limite do prazo de um ano antes da eleição futura. Em uma democracia que se preze, afinal, não se concebe a mudança das regras do jogo com o próprio em curso. E é justamente esse o contexto que fez com que o legislador constitucional assentasse no texto a unidade de tempo "ano".

Contudo, o voto condutor da Consulta em questão, ao deparar-se com a matéria, veio afirmar que "as inovações trazidas pela Lei Complementar nº 135/2010 têm a natureza de norma eleitoral material e em nada se identificam com as do processo eleitoral, deixando de incidir, destarte, o óbice esposado no dispositivo constitucional". E concluiu: "Tratando-se efetivamente de norma eleitoral material como exsurge de todo o exposto, não há falar na incidência do princípio da anualidade, insculpido no artigo 16 da Constituição Federal".

Ora, mas o que o termo "processo eleitoral" teria a ver com a distinção entre "normas de direito material" e "normas de direito processual" ou entre a dicotomia "direito material" versus "direito processual"? Ao responder esta consulta da maneira como fez, o TSE, por conseguinte, se afastou em muito da devida compreensão do texto constitucional, assim como do caráter de historicidade envolto ao art. 16 da CF.

Para interpretar-se um texto é necessário, de antemão, compreendê-lo. E que para compreender-se um texto, em princípio, deve-se deixar que ele diga alguma coisa por si. Não há texto sem contexto. Todo enunciado traz consigo algo que ele não enuncia. Há, portanto, por trás de todo enunciado, um horizonte, uma historicidade, um contexto, uma motivação. É papel do intérprete, assim, perquiri-la, o que não pode se dar arbitrariamente ou por meio de uma subjetividade que assujeita. A posição do TSE, contudo, equivocada a mais não poder, gerou um sem número de insegurança jurídica.

No entanto, o que pretendemos salientar é que, ao abordar a temática relativa ao confronto da LC 135/2010 diante do princípio da anualidade da lei eleitoral, a decisão em liça acabou (também e) novamente eivada de argumentos de moral, como se o direito estivesse subordinado às mesmas compreensões de moral individual ou coletiva presentes nos casos anteriormente apresentados (REspe 58.937 e ADPF 144)<sup>192</sup>.

---

<sup>192</sup> O próprio acórdão relativo à Consulta mencionada transparece o que denunciemos, ao referir excessivamente supostos valores e, a partir daí, passar para uma espécie de "ponderação de valores", mecanismo pelo qual a moral viria adentrar ao oriente jurídico, de modo a subordiná-lo (suplanta-lo mesmo!): "[...]. Tem-se, *primus ictus oculi*, que concorrem valores fundamentais diversos ue se entrecruzam na consideração necessária, como preceitua a norma política, da vida pregressa do candidato. [...]. A discussão, nesta Corte, sobre o tema afeto à ponderação dos valores constitucionais não é recente. [...]. A regra política visa acima de tudo ao futuro, função eminentemente protetiva ou, em melhor termo, cautelar, alcançando restritivamente também a meu ver, por isso mesmo, a garantia da presunção da não culpabilidade, impondo-se a ponderação de valores para o estabelecimento dos limites resultantes à norma de inelegibilidade. Fê-lo o legislador, ao editar a Lei Complementar nº 135/2010, com o menor sacrifício possível da presunção de não culpabilidade, ao ponderar os valores protegidos, dando eficácia apenas aos antecedentes já consolidados em julgamento colegiado, sujeitando-os, ainda, à suspensão cautelar, quanto à inelegibilidade. Tratando-se efetivamente de norma eleitoral material como exsurge de todo o exposto, não há falar na incidência do princípio da anualidade, insculpido no artigo 16

Efetivou-se, claramente, uma interpretação consequencialista (contra o “inimigo”, basicamente). E os argumentos de princípio foram absolutamente esquecidos<sup>193</sup>.

Posteriormente, à luz do que foi respondido na Consulta em comento, tanto os Tribunais Regionais Eleitorais, quanto o próprio TSE, firmaram jurisprudência no sentido de que a LC 135/2010, em todos os seus termos, seria aplicável ao pleito eleitoral de 2010. Logo, conforme a acertada crítica de Ruy Samuel Espíndola, muita insegurança foi gerada a partir do “esquecimento voluntário (ou desprezo premeditado) de lições básicas de eleitoralistas, constitucionalistas e teóricos do Direito, assim como da jurisprudência consolidada do STF”<sup>194</sup>. “ Isso para, em nome da conveniência e oportunidade de discursos moralistas *contra constitutione*, atender as exigências de “linchamentos injurídicos” de candidaturas, direitos políticos fundamentais e da própria força normativa da Constituição vigente<sup>195</sup>. A insegurança jurídica ficou-se, pois, materialmente instalada. E a problemática, cedo ou tarde, bateria às portas do Supremo Tribunal Federal. No interregno, porém, por meio dessas interpretações inautênticas, porquanto moralistas/consequencialistas e adjudicadoras da autonomia do Direito e, de igual forma, da integridade e da coerência da jurisprudência, inclusive assentada pelo STF em sede de repercussão geral, registros de candidatura foram indeferidos a granel, trazendo prejuízos irreparáveis a incontáveis cidadãos que, exercendo um direito fundamental de participação, visavam legitimamente à obtenção justa do voto do eleitorado.

#### **1.6.4. A “Ficha-Limpa” bate às portas do STF pela primeira vez: de como o Supremo quase transformou um “*easy case*” em um “*tragic case*”**

---

da Constituição Federal. Pelo exposto, respondo afirmativamente a consulta, no sentido de que a Lei Complementar nº 135/2010 tem aplicação imediata” (p. 12-15).

<sup>193</sup> “[...]. De todo modo, o mais importante é que, quando o Judiciário age no sentido indicado pela Constituição, não há que se falar em decisões de política, de moral, economia etc. A Constituição é a garantia de que, no caso concreto, estamos discutindo o significado dos Direitos em debate, e não fazendo política a partir do Judiciário. É algo que podemos chamar, com Dworkin, como argumentos de princípio. [...] Há uma frase de Gadamer que é preciosa para compreender esse problema: ‘nenhum enunciado possui apenas um sentido unívoco, mas motivado’. Portanto, o ponto nodal da questão é: encontrar um caminho para explicitação desse sentido motivado – que, repita-se, emerge de um contexto de ação, de um universo de significância. Para Gadamer, no âmbito da sua filosofia, esse sentido motivado aparece no momento em que se desvela a pergunta que lhe é subjacente: para nós – no contexto da nova crítica do direito e, em alguma medida, também no da teoria integrativa dworkiniana – esse sentido motivado aparece, ou é desvelado, nos argumentos de princípio” (STRECK, Lenio Luiz; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **O que é isto – as garantias processuais penais?** Ob. Cit., p. 71).

<sup>194</sup> ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. **Palavra e Memória:** Ob. Cit., p. 337.

<sup>195</sup> Ibid., p. 337.

A esperada chegada da Lei da “Ficha-Limpa” ao STF deu-se por via de controle difuso de constitucionalidade, nos autos do RE 630.147/DF (caso Joaquim Roriz) e do RE nº 631.102/PA (caso Jader Barbalho). O primeiro restou prejudicado pela desistência do candidato do Recurso Extraordinário. Já no segundo, a controvérsia sobre a aplicabilidade da LC nº 135/2010 às eleições de 2010 foi tão grande que dividiu o STF. A Corte possuía, à época, dez membros, pela aposentadoria do Ministro Eros Grau. Ao final da votação, foram apurados cinco votos favoráveis ao provimento do recurso, e cinco votos contrários. O Supremo, após longa discussão, "decidiu não decidir", aplicando o art. 205, parágrafo único, II, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, para manter a decisão do TSE, postergando a resolução da lide e em prejuízo do recorrente (RE nº 631.102/PA)<sup>196</sup>. Uma tragédia hermenêutica, diga-se, foi aquilatada aqui, justamente contra a cadeia decisória do próprio STF (p. ex. RE 637.485, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJE de 21-5-2013, com repercussão geral).

A decisão sobre a aplicabilidade ou não da Lei da Ficha Limpa às eleições de 2010 só foi tomada pelo STF no bojo RE nº 633.703/MG (caso Leonídio Bouças). Neste, como esperado, inicialmente houve novo empate de cinco votos contra cinco. A disputa só foi resolvida com a nomeação do Ministro Luiz Fux, que tomou posse em 03 de março de 2011. O STF retomou o julgamento do RE nº 633.703/MG e o ministro recém empossado votou pelo provimento do recurso, favorável a não aplicabilidade da lei às eleições de 2010, face ao art. 16 da Constituição Federal, cessando a discussão temporariamente<sup>197</sup>.

Uma vez que assentado o quadro fático que envolveu esse dilema, o que disso nos interessa, diante da tese que estamos a desenvolver, é demonstrar que, nestes casos, os fundamentos que carrearam os votos favoráveis à aplicação da lei em voga nas eleições de 2010 e que, com isso, cancelaram as posições dos TRE's e do TSE, acabaram igualmente cercados de análises teleológicas, consequencialistas pode-se dizer, calcadas em argumentos deveras discricionários. Preferiram-se, também por aqui, argumentos de moral ou de política. Com isso, quedaram-se preteridos os argumentos de princípio.

---

<sup>196</sup> DOMINGUES, Hermano Martins. **Direitos Humanos, Ficha Limpa e jurisdição constitucional**: o entendimento do Supremo Tribunal Federal 25 anos depois da Constituição Cidadã. Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica – RIHJ, Belo Horizonte, ano 11, n. 13, jan./jun. 2013. Disponível em <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=97104>>. Acesso em: 15 nov. 2023.

<sup>197</sup>Ibid.

Com ênfase no Recurso Extraordinário n.º. 631.102/DF (caso Jader Barbalho)<sup>198</sup>, o voto proferido pelo relator do feito, Min. Joaquim Barbosa, transparece a fundo essa realidade. Por exemplo, ao concluir pela aplicabilidade da Lei da Ficha Limpa nas eleições de 2010, o voto em questão partiu do seguinte pressuposto, *verbis*:

"[...]. Início meu voto reafirmando a perspectiva com que me proponho a analisar situações como a desses autos: a da valorização da moralidade e da probidade no trato da coisa pública, sob uma ótica de proteção ao interesse público, e não de proteção aos interesses puramente individuais. Entendo que há de prevalecer a ótica interpretativa que privilegia a proteção de 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".

Isto é, de modo a chancelar o inchancelável, sustentou-se a submissão dos direitos políticos passivos a eventuais “interesses maiores”, ignorando-se, em verdade, que o exercício dos direitos políticos é um direito fundamental, não cabendo insuflar, de modo a menosprezá-los, a ultrapassada dicotomia interesse público *vs.* interesse individual ou privado. Tratou-se, pois, de uma manipulação discursiva escancarada, fruto de um reducionismo desde há muito ultrapassado pelo advento da Constituição como norma.

Descabe, pois bem, a ideia de verticalização na relação entre Estado x Indivíduo, sendo que, na moderna concepção de Estado Democrático de Direito, como que em um adimplemento das promessas não cumpridas nas eras de antanho, são as garantias individuais que se sobressaem, e o desrespeito a elas põe em xeque o próprio regime.

Especificamente ao tratarmos dos direitos políticos (ativos e passivos), os interesses em jogo, por evidente, ultrapassam em abismo a órbita do privado ou do individual. Considerando que tais direitos se encontram situados na dimensão dos direitos fundamentais (no público, se for o caso), a dicotômica visão acima denunciada cai por terra. Os direitos políticos são direitos fundamentais de primeira grandeza numa democracia; assim sendo, seja no viés ativo (direito de votar), seja no viés passivo (direito de ser votado), o respectivo exercício, como direito fundamental de participação política, representa uma garantia a ser preservada, não devendo relegar-se tal

---

<sup>198</sup> Lembre-se que Joaquim Roriz renunciou à sua candidatura, antes mesmo do julgamento definitivo a ser tomado pelo STF.

prerrogativa a populistas manipulações calcadas na defesa de abstrações dessa natureza<sup>199</sup>.

Mais do que isso, conforme lições de Aury Lopes Jr., a proteção do indivíduo “também resulta de uma imposição do Estado Democrático, pois a democracia trouxe a exigência de que o homem tenha uma dimensão jurídica que o Estado ou a coletividade não pode sacrificar *ad nutum*”<sup>200</sup>. O Estado de Direito, mesmo em sua origem, já representava uma relevante superação das estruturas do Estado de Polícia, que negava ao cidadão toda garantia de liberdade. O Estado de Direito, enquanto sistema político-cultural que valoriza o indivíduo frente ao Estado, “manifesta-se em todas as esferas da relação Estado-indivíduo”<sup>201</sup>. Pensar o contrário, como se os direitos fundamentais estivessem subordinados a “interesses” ou “conveniências” maiores, é simplesmente retroceder aos períodos pré-Revoluções liberais. Isto é, reprimatizar, por afirmativas vazias de sentido, além de voluntaristas, aqueles nebulosos tempos, cuja diretriz basilar residia na desvelada submissão do indivíduo frente ao (ab)uso do poder alheio.

Os direitos políticos, tamanha a relevância para um Estado que se diga democrático, representam uma verdadeira condição de possibilidade sem a qual não se falará em democracia de direito e, por conseguinte, no resguardo dos demais direitos e garantias dos cidadãos. Os direitos políticos, entendidos como aqueles que reconhecem e protegem o direito e o dever de todos os cidadãos de participar da vida política de seu país, são, por essência, direitos que propiciam o fortalecimento da democracia e do pluralismo político. Isso, por sua vez, o Estado, ou a dita coletividade, não poderão sacrificar, sob pena de, paradoxalmente, sacrificarem a si próprios. Menos ainda por meio de maniqueísmos descolados absolutamente dos tempos presentes, como o referido interesse público *vs.* interesse privado.

Portanto, não se afigura como sustentável a autoritária visão segundo a qual os direitos políticos, notadamente na esfera passiva, deveriam ceder frente a “interesses maiores”, argumento que, em si, carrega um “DNA” de abstração e discricionariedade, cujos “interesses maiores”, ao fim e ao cabo, viriam a representar, inexoravelmente,

---

<sup>199</sup> “[...]. Parece bem plausível a explicação de MacIntyre acerca do *Know Nothing* (Saber Nenhum), que triunfou na onda do anti-intelectualismo – que é igual ao negacionismo epistemológico” (STRECK, Lenio Luiz. **O backlash hermenêutico à brasileira e a la carte!** Revista Consultor Jurídico. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2022-jan-06/senso-incomum-backlash-hermeneutico-brasileira-la-carte/>. Acesso em: 16 nov. 2023).

<sup>200</sup> LOPES JR. Aury. **Fundamentos do Processo Penal**: introdução crítica. 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 35.

<sup>201</sup> *Ibid.*, p. 35.

aquilo que o intérprete dissesse que é. Os direitos políticos, consagrados tanto pela ordem jurídica interna propriamente dita, quanto pelos tratados internacionais, seja qual for o viés, estão situados na dimensão dos direitos humanos-fundamentais (no público, se assim desejarem), não havendo falar, por conseguinte, de modo a legitimar-se pretendidas restrições a tais direitos de participação, no maniqueísmo entre interesse público vs. interesse privado, tampouco num discurso de desprezo pelo fato de o respectivo exercício se tratar de uma garantia individual. O exercício dos direitos políticos, de fato, se dá de maneira individual, personalíssima. Contudo, tal direito, que é fundamental, representa, assim, um direito de todos e de cada um de nós, cuja submissão a pretensos bens maiores nada mais representa do que uma visão autoritária que, por sua feita, calcada em demagógicas abstrações, coloca em xeque a própria democracia.

Porém, como visto, mediante um juízo de ponderação de interesses, concluiu-se, na ocasião, pela aplicação da lei em comento às eleições de então, tônica que plasmou todos os votos inclinados a tal deslinde. E a tese por trás disso? A malsinada tese de que princípios são valores. Ocorre, por oportuno, que é equivocada, todavia, a tese de que princípios são valores ou mandados de otimização, simplesmente porque, com isso, dá-se a ideia de que os “princípios” seriam cláusulas abertas, espaço reservado à livre atuação da subjetividade. A consequência direta desse fenômeno, nada mais é, pois, do que um campo fértil para arbitrariedades, para discricionariedades interpretativas<sup>202</sup>.

---

<sup>202</sup>Em que pese tal equívoco, especificamente quanto ao Direito Eleitoral a dogmática jurídica tem sistematicamente insuflado esta malsinada “ponderação de valores” principalmente em três ocasiões muito peculiares, para dizer o mínimo. Na primeira, parte-se geralmente de uma dicotomia entre “moralidade” e elegibilidade, ou a partir de uma visão voluntarista que angaria a “moralidade” como um valor ou interesse maior. Assim, sob o pretexto de densificação do “princípio da moralidade” (?), desponta uma evidente manipulação do próprio conceito de “moralidade”, discurso que abarca tudo, absolutamente tudo. Partindo-se da equivocada compreensão segundo a qual a Constituição Federal seria uma “ordem concreta de valores” e os princípios, como tais, representariam os valores sociais positivados (?), objetiva-se que o exercício do direito fundamental de elegibilidade seja relegado à discricionariedade do intérprete que, frente aos seus parâmetros “morais”, ou diante das suas compreensões de bem ou de bom (moralismo), à margem do ordenamento jurídico posto, viria a decidir a sorte de determinada candidatura, afastando do eleitor a possibilidade de, nos limites da lei, escolher livremente os seus representantes<sup>202</sup>. Com ela, isto é, com a ponderação de valores, enfim, o intérprete diz *qualquer coisa sobre qualquer coisa*, como costuma dizer Lenio Streck. Isso, por exemplo, esteve presente tanto no REspe 589.37, quanto na ADPF 144. Na mesma toada, em casos nada raros, angariando-se a moralidade a uma espécie de valor (*sic*) supremo, sob o mesmo pretexto de densificação desse *standard*, por meio da combatida “ponderação de valores” extirpam-se, da ordem prática, direitos e garantias individuais, submetendo-os a critérios discricionários nada democráticos. Por sua vez, um exemplo claro desse equívoco é a conveniente relativização da garantia da vedação ao acolhimento de provas ilícitas, bem como a insistente afronta a outras garantias muito caras ao Estado Democrático de Direito, como a ampla defesa, o contraditório e o devido processo legal. No mais, e aqui vem à terceira situação, há várias oportunidades nas quais o “princípio” da moralidade eleitoral, por intermédio de decisões judiciais, acaba

Como diz Eros Grau estes mesmos juízos de ponderação entre princípios de direito extirpam seu caráter de norma jurídica. Princípios de direito não podem, enquanto princípios, ser ponderados entre si. Apenas valores podem ser submetidos a essa operação. Dizendo-o de outro modo, a ponderação entre eles esteriliza o caráter jurídico-normativo que os definia como norma jurídica. Curiosamente, os princípios são normas, mas, quando em conflito uns com os outros, deixam de sê-lo, funcionando então como valores<sup>203</sup>. A doutrina (e a jurisprudência) tropeça(m), então, em si mesma(s), ao admitir(em) que os princípios, embora sejam normas jurídicas, não são normas jurídicas.

Não obstante o equívoco da tese em liça, nesta assentada, mediante a manipulação do conceito de “moralidade eleitoral”, objetivou-se constipar da ordem jurídica o princípio da anualidade da lei eleitoral, fazendo com que o novo diploma legal (LC 135/2010) fosse aplicado às eleições de 2010. Entretanto, o que haveríamos de “ponderar” ao confrontarmos, à época, a Lei da "Ficha-Limpa” com o contido no artigo 16 da Constituição? Eis a questão. A resposta é uma, apenas: não haveríamos de “ponderar” absolutamente nada.

O caso é(ra) fácil (*easy*): ora, se estávamos diante de uma lei modificadora do processo eleitoral, sancionada apenas em 04 de junho do ano da eleição, considerando o contido no art. 16 da CF, essa mesma lei, apesar de vigente, não teria eficácia no pleito eleitoral vindouro. "Ponderar" o que e para que, afinal? Note-se, inclusive, que, na espécie, os votos inclinados à aplicabilidade da lei para o pleito de 2010 partiram para a apontada "ponderação" a pretexto de defender a democracia. Pois o resultado foi o inverso. Enfraqueceu-se a autonomia do Direito, ignoraram-se os pré-compromissos, e, por consequência, o próprio regime democrático.

Na verdade, e a bem da verdade, já que a Constituição, por força do artigo 16, que é uma verdadeira cláusula pétrea eleitoral, não autorizaria a aplicação dos termos da Lei Complementar n.º. 135/2010 nas eleições daquele ano, partiu-se para a arbitrária manipulação de conceitos, como a moralidade para o exercício do mandato eletivo, como se tal pudesse representar a porta de entrada de concepções moralistas no direito, com o fim de corrigi-lo. O descaso com a Constituição da República quedou-se

---

sendo trazido como um enunciado indeterminado, de modo a atribuir certo grau de “ornamentação” ao decisório. Dito de outro modo, trata-se apenas de um enunciado performativo (Streck), trazido à baila como um mero instrumento de retórica. Sem qualquer densidade normativa, portanto.

<sup>203</sup>STF, ADPF 101/DF.

evidente, cujas conclusões em liça foram aclamadas sem reflexão séria e fundada no sistema jurídico, partindo apenas de um cômodo discurso do "politicamente correto" ou do "moralmente apetecível", para utilizar as palavras de Ruy Espíndola. Uma clara manipulação subjetivista, com nítida pretensão de correção do direito por meio de axiomas. Em poucas palavras, era a preponderância da moral subjetiva (*ad hoc*) ou do moralismo sobre a densidade normativa de um dispositivo originário<sup>204</sup> da Constituição.

Assim, os defensores da moralidade, conforme assertiva de Ruy, passaram a “vender o certo como errado”, para dar vazão a uma guerra de intemperança ideológica, emparedamento de opiniões contrárias e o atiramento de carimbos escarlates sobre dissidentes do regime de moralidade. Isso se quis fazer sobre juízes eleitorais, membros do ministério público eleitoral, candidaturas, partidos políticos e cada colégio de eleitores em todos os Estados da Federação. Tudo para realizarem a difusa e passional “defesa” da “liberdade” do eleitor para escolher os melhores, mais “limpos e incorruptíveis” candidatos<sup>205</sup>. Este, então, foi o pano de fundo que envolveu a decisão. Dizer que princípios são valores, e que, *in casu*, o “princípio” da moralidade eleitoral deveria se sobrepor aos interesses individuais dos candidatos, de modo a fazer valer a legislação neófita naquele certame (2010) – e com aplicação retroativa e a casos não transitados em julgado -, nada mais foi do que uma capa de sentidos, destinada simplesmente a encobrir a arbitrariedade do intérprete e a ilegalidade dessa posição (na esteira de uma legalidade constitucional). Uma interpretação sem limites. Nada mais.

Os cinco votos inclinados a dar eficácia a Lei da "Ficha Limpa" já para o pleito eleitoral ocorrido em 2010 acabaram cercados de valorações de ordem moral. E não se ignore, também, os incessantes apelos ao fato de a lei complementar em liça ter sido fruto de iniciativa popular, algo que, segundo essas concepções, viria a legitimá-la constitucionalmente. Como se este fator, ou seja, o fato de a lei em questão ter sido fruto de iniciativa popular, fizesse, no entanto, alguma diferença no controle de constitucionalidade das leis, e como se o povo, em si, também não estivesse subordinado à Lei Fundamental da República e vinculado à observância dela.

Da convergência pela constitucionalidade, na contramão dos argumentos metajurídicos trazidos a lume, sobressaiu-se o voto do Min. Gilmar Mendes, para quem fosse à lei aprovada por unanimidade pelo Congresso Nacional, ainda assim estaria

---

<sup>204</sup> Fruto do constituinte originário.

<sup>205</sup> ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. **Palavra e Memória**: Ob. Cit., p. 337 ss.

submetida à Constituição. O STF não existe para mimetizar decisões de palanques. Se fosse para ser decalque do Congresso, poderíamos fechar o Supremo. Se lei de iniciativa popular escapar ao controle constitucional, é melhor fechar o tribunal. Ao fazer um profundo estudo sobre o princípio da anterioridade eleitoral previsto no artigo 16 da Constituição, considerado como cláusula pétrea, o Ministro concluiu que a lei alterava claramente o processo eleitoral e, por isso, não poderia ser aplicada antes de um ano de sua vigência. Para ele, a nova regra trouxe restrição de direitos fundamentais de caráter político e aplicá-la imediatamente fere o papel fundamental do artigo 16, de garantir esses direitos. O ministro ainda reforçou que qualquer restrição em relação à elegibilidade do cidadão, trazida de inopinado, leva ao desequilíbrio da igualdade de oportunidades. Os ministros Marco Aurélio, Celso de Mello, Dias Toffoli, Cezar Peluso e Luiz Fux o acompanharam, no que acertaram.

Por seis votos a cinco, então, foi decidido que a LC n° 135/2010 não se aplicaria aos feitos relativos às eleições de 2010, não se ignorando, porém, que a mesma divergência composta por cinco votos acabou cercada dos mesmos argumentos de moral que acima foram expostos, quase que perpetrando, vez mais, a consagração de um *tragic case* na história do Supremo. E, somente depois de afastada a aplicação da lei para as eleições 2010, três ações de controle concentrado de constitucionalidade desembarcaram no STF envolvendo a lei. Duas ações declaratórias de constitucionalidade e uma ação direta de inconstitucionalidade: a) ADC n° 29, proposta pelo Partido Popular Socialista – PPS; b) ADC n° 30, proposta pela Ordem dos Advogados do Brasil; e c) ADI 4578 proposta pela Confederação Nacional das Profissões Liberais.

#### **1.6.5. 2012 (parte I): o controle difuso de constitucionalidade exercido pelo TSE em face da lei: os fundamentos decisórios legitimadores da retroatividade e justificadores da ausência de violação à presunção de inocência**

Os debates de fundo acerca da Lei Complementar n° 135/2010, especificamente quanto à validade constitucional do diploma legal observados os parâmetros da presunção de inocência e da irretroatividade das leis restritivas de direito, iniciaram perante o TSE pela via heterodoxo, ou seja, não por meio do poder jurisdicional em sentido estrito, mas mediante consultas apresentadas junto à Corte.

Quanto à eficácia da mesma lei para o processo eleitoral de 2010 a discussão também havia sido levada ao TSE via consulta, cujo conteúdo depois foi derrubado pelo

STF, não obstante os inúmeros atropelos que a equivocada interpretação desencadeada ocasionou naquele escrutínio<sup>206</sup>. Na mesma consulta, todavia, foi decidido que as novas hipóteses contempladas na lei de inelegibilidade de 2010 apanhariam fatos ocorridos antes da sua entrada em vigor, afastando-se, portanto, a tese de violação ao princípio da irretroatividade, entendimento mantido futuramente pelo STF em ações de controle abstrato. E este posicionamento, firmado na Consulta TSE nº 1120-26, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, seguiu sendo aplicado pelo Tribunal, algo que ficou materializado em diversos julgamentos subsequentes, antes mesmo do decisório do STF, p. ex.:

“[...] Inelegibilidade. Condenação criminal. 1. A Lei Complementar nº 135/2010 aplica-se às eleições de 2010, porque não altera o processo eleitoral, de acordo com o entendimento deste Tribunal na Consulta nº 1120-26.2010.6.00.0000 (rel. Min. Hamilton Carvalhido). 2. As inelegibilidades da Lei Complementar nº 135/2010 incidem de imediato sobre todas as hipóteses nela contempladas, ainda que o respectivo fato seja anterior à sua entrada em vigor, pois as causas de inelegibilidade devem ser aferidas no momento da formalização do pedido de registro da candidatura, não havendo, portanto, que se falar em retroatividade da lei. 3. Tendo sido o candidato condenado, por órgão judicial colegiado, pela prática de crime contra o patrimônio privado, incide, na espécie, a causa de inelegibilidade a que se refere o art. 1º, inciso I, alínea e, 2, da Lei Complementar nº 64/90, acrescentada pela Lei Complementar nº 135/2010 [...]”(Ac. de 30.9.2010 no AgR-RO nº 60998, rel. Min. Arnaldo Versiani).

Não nos cabe voltar à discussão acerca da constitucionalidade da lei da “ficha-limpa”, salvo por questões acadêmicas mesmo. Vale dizer: a posição do Supremo, à luz das razões de decidir (*holding*), foi tomada em sede de controle abstrato de constitucionalidade e, portanto, enquanto persistir, possuirá efeitos vinculantes. Não é nem o objeto do texto revisar o que foi decidido pelo STF e replicado pela JE<sup>207</sup>. O

---

<sup>206</sup> “[...] Alteração. Norma eleitoral. Lei Complementar nº 135/2010. Aplicabilidade [...] Ausência de alteração no processo eleitoral. Observância de princípios constitucionais [...]”. Trecho do voto do relator: “Tratando-se efetivamente de norma eleitoral material, como exsurge de todo o exposto, não há falar na incidência do princípio da anualidade, insculpido no artigo 16 da Constituição Federal” (Ac. de 10.6.2010 na Cta nº 112026, rel. Min. Hamilton Carvalhido).

<sup>207</sup> Porém, duas questões comportam registro: a) quanto à irretroatividade: foram citadas decisões da década de 1990, do TSE e do STF, é bem verdade, que afastaram alegações de violação à irretroatividade das leis restritivas de direito quando da aplicação da LC nº 64/90, a primeira lei de inelegibilidades pós-1988. Porém, duas ressalvas comportam referência, sendo que a inicial é o fato de a lei ser a primeira sob a égide da nova ordem constitucional, antes não existia, salvo a LC nº 05/1970, a mesma do regime militar em pleno AI-5, ainda que com as suas modificações subsequentes, que fizeram amainar, aliás, o bloco de inelegibilidades, se comparado com a lei da democracia constitucional; e a derradeira é o fato de as decisões não terem efeitos vinculantes. b) quanto à presunção de inocência: não conseguimos nos coadunar com a tese defendida de que a atração de inelegibilidades cominadas (lembramos, aqui, de Adriano Soares da Costa) sem o trânsito em julgado de eventual condenação não afrontaria o princípio da presunção de inocência. A atração de inelegibilidades dessa natureza pressupõe um juízo de culpa. Tal juízo de culpa, por sua vez, somente exsurdirá com o trânsito em julgado de uma condenação. Como, então, atrair uma pecha tão grave como é a inelegibilidade (suspensão parcial dos direitos políticos, vale lembrar) sem que se

cerne da abordagem, por outro lado, reside em questionar os fundamentos legitimadores da decisão de constitucionalidade, notadamente quanto aos seus gatilhos metajurídicos, tidos como atentatórios da autonomia do Direito e promovedores de um fenômeno de degeneração no âmago da interpretação-aplicação do Direito Eleitoral e Processual Eleitoral, observados os seus efeitos, atores, exemplos e afins.

Já o voto condutor da Consulta inauguradora da discussão acerca da aplicabilidade da lei para fatos pretéritos, sendo que o Relator, Min. Carvalhido, afirmara a existência de concorrência entre “valores fundamentais diversos que se entrecruzam na consideração necessária, como preceitua a norma política, da vida progressiva do candidato”. Haveria conflito entre valores, de um lado a anualidade, a irretroatividade e, também, a presunção de inocência, que deveriam ceder em prol da moralidade e da probidade. De mais a mais, quanto à iniciativa popular, também foi insuflado o fato de a lei ter partido de reivindicações da sociedade, observados os anseios populares.

Essa prática de fundamentação, calcada em uma recepção torta da teoria da argumentação e na aplicação errônea da teoria, inclusive na prática da ponderação<sup>208-209</sup>,

---

tenha, à luz do princípio da presunção de inocência, uma condenação transitada em julgado ou, dito de outro modo, o juízo de culpa efetivado diante dos pilares do Estado Democrático e de Direito?

<sup>208</sup>Especificamente quanto ao Direito Eleitoral, essa indigitada “ponderação de valores” tem sido insuflada principalmente em três ocasiões muito peculiares, para dizer o mínimo. Na primeira, parte-se geralmente de uma dicotomia entre “moralidade” e elegibilidade, ou a partir de uma visão voluntarista que angaria a “moralidade” como um valor ou interesse maior. Assim, sob o pretexto de densificação do “princípio da moralidade” (?), desponta uma evidente manipulação do próprio conceito de “moralidade”, discurso que abarca tudo, absolutamente tudo. Partindo-se da equivocada compreensão segundo a qual a Constituição Federal seria uma “ordem concreta de valores” e os princípios, como tais, representariam os valores sociais positivados (?), objetiva-se que o exercício do direito fundamental de elegibilidade seja relegado à discricionariedade do intérprete que, frente aos seus parâmetros “morais”, ou diante das suas compreensões de bem ou de bom (moralismo), à margem do ordenamento jurídico posto, viria a decidir a sorte de determinada candidatura, afastando do eleitor a possibilidade de, nos limites da lei, escolher livremente os seus representantes. Com ela, isto é, com a ponderação de valores, enfim, o intérprete diz *qualquer coisa sobre qualquer coisa* (Streck). Na mesma toada, em casos nada raros, angariando-se a moralidade a uma espécie de valor (*sic*) supremo, sob o mesmo pretexto de densificação desse *standard*, por meio da combatida “ponderação de valores” extirpam-se, da ordem prática, direitos e garantias individuais, submetendo-os a critérios discricionários. Por sua vez, um exemplo claro desse equívoco é a conveniente relativização da garantia da vedação ao acolhimento de provas ilícitas, bem como a insistente afronta a outras garantias muito caras ao Estado Democrático de Direito, como a ampla defesa, o contraditório e o devido processo legal. No mais, e aqui vem à terceira situação, há várias oportunidades nas quais o “princípio” da moralidade eleitoral, por intermédio de decisões judiciais, acaba sendo trazido como um enunciado indeterminado, de modo a atribuir certo grau de “ornamentação” ao decisório. Dito de outro modo, trata-se apenas de um *enunciado performativo* (Streck), trazido à baila como um mero instrumento de retórica. Sem qualquer densidade normativa, portanto.

<sup>209</sup> “[...]. No fundo, a dogmática positivista não conseguiu ainda superar a metafísica clássica, circunstância facilmente perceptível em setores importantes da doutrina que a sustenta, acreditando que a palavra da lei (regra) designa não a coisa individual, mas a comum a várias coisas individuais, ou seja, a essência captável pelo intérprete (as súmulas são um típico exemplo da tentativa de abarcar a “substância” dos diversos casos jurídicos); por outro lado, a dogmática jurídica também não superou a metafísica

eem referências metajurídicas, acabou sendo replicada a partir daí, de modo que o TSE passou a considerar a aplicação da lei mesmo a fatos pretéritos ao seu advento, como passíveis de fazer restringir o exercício da capacidade eleitoral passiva do cidadão, pois “a aplicação da LC nº 135/2010 a fatos ocorridos antes de sua vigência se impôs à luz da atual quadra histórica, em que se verifica uma crise do sistema representativo brasileiro e o anseio da população pela moralização do exercício dos mandatos eletivos no país [...]”. (Ac. de 23.10.2012 no REspe nº 29135, rel. Min. Marco Aurélio, red. designado Min. Luiz Fux). Moral abstrata e anseio da população elevados a fontes do Direito<sup>210</sup>.

A esse respeito, soa relevante registrar as palavras prolatadas pelo Min. Marco Aurélio em seu voto nos autos da Consulta TSE nº 1120-26/2010, segundo as quais

“[...] que culpa tem o Judiciário quanto à demora na tramitação do processo legislativo versando a matéria? Ficamos, realmente, em uma situação delicada, tendo em conta os anseios da sociedade. Costumo dizer que, havendo coincidência entre o apelo popular e o convencimento do órgão julgador, este sai aplaudido. Quando não há, sai execrado, e é mais ou menos a situação presente. Não me impressiona, Senhor Presidente, a iniciativa do projeto, o fato de ter-se logrado um milhão e seiscentas mil assinaturas quanto ao teor do que veio a ser aprovado pelas duas Casas do Legislativo. Não me impressiona por uma razão muito simples: o povo também se submete à Carta da República, a menos que, evidentemente - e não temos clima para isso -, vire a mesa e proceda a uma revolução, rasgando-a”<sup>211-212</sup>.

Já quanto à validade constitucional de alguns dispositivos da lei, observado o princípio constitucional da presunção de inocência, não obstante o voto condutor da primeira consulta tenha referido *in passant* a problemática, ela foi apreciada pelo TSE nos autos de outra, qual tenha sido a Consulta TSE nº 1147-09, Rel. Min. Arnaldo

---

moderna, o que se pode perceber nas posturas de considerável parcela dos juristas que – a pretexto de “ultrapassar” a “literalidade” do texto – coloca no sujeito a tarefa heroica de descobrir os valores “escondidos” debaixo da regra, isto é, na “insuficiência” da regra - construída a partir da consciência de si do pensamento pensante – entra em cena o intérprete, para levantar o véu que “encobre o verdadeiro sentido da regra” (sic). [...]”. (STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**. Ob., cit., p. 170).

<sup>210</sup> O argumento do Ministério Público Eleitoral (MPE), por meio da então Vice-Procuradora Geral Eleitoral, não foi nada discreto nesse desiderato argumentativamente populista, *verbis*: “[...]. Então, não há como sustentar que essas novas normas devam ser preteridas para mais uma eleição futura, quando é o anseio de todo povo brasileiro que imediatamente entrem em vigor” (Ac. de 10.6.2010 na Cta nº 112026, rel. Min. Hamilton Carvalhido).

<sup>211</sup>Ac. de 10.6.2010 na Cta nº 112026, rel. Min. Hamilton Carvalhido.

<sup>212</sup> O *Justice* Anthony Kennedy, da Suprema Corte dos Estados Unidos, dizia que “Respeitar a Constituição tem um preço. Nós pagamos o preço, alguma frustração, alguma irritação quando vemos os direitos constitucionais terem força” (In: Folha de São Paulo, edição de 21/08/1990, p. 04/09).

Versiani. Nela, a seu turno, foi afirmado: “[...] a incidência de causas de inelegibilidade em face de condenações por órgão colegiado, sem exigência de trânsito em julgado, resulta da necessidade de exigir dos candidatos vida pregressa compatível para o exercício de mandato. [...]”(Ac. de 17.6.2010 na Cta nº 114709, rel. Min. Arnaldo Versiani). De igual maneira, foi reafirmada a aplicabilidade da lei a fatos anteriores à sua vigência:

Consulta. Inelegibilidades. Lei Complementar nº 135/2010. 1. No julgamento da Consulta nº 1120-26.2010.6.00.0000, o Tribunal assentou que a LC no 135/2010 tem aplicação às eleições gerais de 2010. 2. A LC nº 135/2010, que alterou as causas de inelegibilidade, se aplica aos processos em tramitação iniciados, ou mesmo já encerrados, antes de sua entrada em vigor, nos quais tenha sido imposta qualquer condenação a que se refere a nova lei. 3. A incidência da nova lei a casos pretéritos não diz respeito à retroatividade de norma eleitoral, mas, sim, à sua aplicação aos pedidos de registro de candidatura futuros, posteriores à entrada em vigor, não havendo que se perquirir de nenhum agravamento, pois a causa de inelegibilidade incide sobre a situação do candidato no momento de registro da candidatura. 4. Exsurge da nova lei que a incidência de causas de inelegibilidade em face de condenações por órgão colegiado, sem exigência de trânsito em julgado, resulta da necessidade de exigir dos candidatos vida pregressa compatível para o exercício de mandato. Consulta respondida afirmativamente e, em parte, prejudicada.

E, também aqui, essa postura do TSE afirmada em consulta foi replicada para outros casos, não apenas do TSE, mas da Justiça Eleitoral como um todo, até que o STF viesse se defrontar com o imbróglio, também mediante registros de tutela da moralidade e da probidade<sup>213</sup>, o que também acontecia no curso do regime militar, com lastro nos mesmos registros, ainda que noutra contexto – p. ex.: “[...] 2. É imperativo o reconhecimento da inelegibilidade e o conseqüente indeferimento do pedido de registro de candidatura de quem foi condenado por crime de peculato e formação de quadrilha,

---

<sup>213</sup> “[...] as inelegibilidades representam ditames de interesse público, fundados nos objetivos superiores que são a moralidade e a probidade; à luz da atual construção doutrinária vigente os coletivos se sobrepõem aos interesses individuais, não ferindo o regramento constitucional”(Ac. de 17.6.2010 na Cta nº 114709, rel. Min. Arnaldo Versiani); tb. “[...]. Trata-se, a meu ver, de fazer-se aqui uma ponderação de valores. De um lado nós temos os valores abrigados no art. 5ª da Constituição Federal, que são os valores individuais e coletivos, dentre os quais se destaca a presunção de inocência ou de não culpabilidade. De outro lado, nós temos outro valor fundamental que está abrigado no capítulo dedicado aos direitos políticos, mais precisamente no art. 14, §9º da Lei Maior, em que se busca exatamente proteger o valor da probidade administrativa, da moralidade eleitoral, que são, sem dúvida, fundamentos de nosso regime republicano. Portanto, temos de fazer aqui uma ponderação de valores, que são valores que não se excluem uns aos outros, mas que devem ser sopesados sempre à luz de fatos e circunstâncias concretas” (Ac. de 17.6.2010 na Cta nº 114709, rel. Min. Arnaldo Versiani).

confirmado por acórdão de Tribunal de Justiça, nos termos do artigo 1º, I, e, 1 e 10, da Lei Complementar nº 64/90, com redação dada pela Lei Complementar nº 135/2010. [...]”(Ac. de 9.11.2010 no REspe nº 113143, rel. Min. Hamilton Carvalhido)<sup>214</sup>.

Marcelo Peregrino, por exemplo, traz crítica contundente a respeito dos intuitos em estabelecer-se o que chama de “regime de pureza”. Para o autor, o discurso de proteção do Estado Democrático e de Direito “mormente a ‘luta contra delinquência’, a busca da pureza, é pedra de toque para os regimes de força”<sup>215</sup>. Em torno desse “moralismo”, diz Marcelo, “a lista de presunções negativas é extensa”<sup>216</sup>.

Fato é que a moral foi introduzida, vez mais, no horizonte jurídico, não obstante os reforços de fundamentação para afastar a irretroatividade, para dizer acerca da retrospectividade, do caráter reflexo das causas de inelegibilidade e da necessária adequação do candidato ao regime de inelegibilidades por ocasião do registro, e da inexistência de violação à presunção de inocência, considerando que inelegibilidade não é pena e, a partir daí, que a restrição do direito de ser votado, por decisão colegiada não transitada em julgado, não atacaria a presunção de não culpabilidade, mesmo ausente trânsito em julgado de sentença condenatória<sup>217</sup>.

#### **1.6.6. 2012 (parte II): o controle concentrado de constitucionalidade exercido pelo STF em face da lei: os fundamentos decisórios legitimadores da retroatividade e justificadores da ausência de violação à presunção de inocência**

---

<sup>214</sup> Também fundamento de matiz teleológica foi verificado no acórdão desta Consulta, especialmente a partir do voto da Min. Carmen Lúcia: “[...]. Também acho que é da maior importância que se retire das leis, tal como já fazemos em termos de direito constitucional, mas muito mais da Lei Complementar nº 135/2010, a máxima efetividade jurídica e social, o que significa exatamente dar cumprimento à norma, dar-lhe integralmente eficácia jurídica e eficácia social. Portanto é preciso interpretá-la considerando exatamente a sua finalidade, a de fazer com que daqui pra frente se tivesse um novo paradigma normativo, que é esse que foi estabelecido. [...]”(Ac. de 17.6.2010 na Cta nº 114709, rel. Min. Arnaldo Versiani). A finalidade seria a pretendida moralização. Será, entretanto, que uma finalidade poderia suplantiar o resto do ordenamento? Fins justificam meios em Direito? Já quanto ao apelo popular e social, a maioria não possui limites aos seus desideratos? Tudo poderia fazer?

<sup>215</sup> FERREIRA, Marcelo Ramos Peregrino. **O Controle de Convencionalidade da Lei da Ficha Limpa: direitos políticos e inelegibilidades**. Ob., cit., p. 206.

<sup>216</sup> Ibid., p. 211.

<sup>217</sup> Reiteramos que não iremos contrapor frontalmente esse posicionamento, ali adiante corroborado pela apertada maioria do STF, com fins de fazer revisitá-lo. O ponto fulcral é questionar fundamentos que levaram a isso, notadamente quanto aos aspectos metajurídicos de muitos dos votos inclinados a tanto. Quanto ao mais, muito já foi escrito sobre, não apenas sob a ótica da Constituição, inclusive, mas da própria Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH), a partir de abordagens demasiadamente densas, tomando-se, aliás, outras questões como parâmetro, dentre elas a proibição do retrocesso na tutela dos direitos políticos, p. ex.: FERREIRA, Marcelo Ramos Peregrino. **O Controle de Convencionalidade da Lei da Ficha Limpa: direitos políticos e inelegibilidades**. Ob., cit., p. 196 ss.

A constitucionalidade da Lei Complementar nº 135/2010 seria finalmente discutida pelo STF, em sede de controle abstrato, por meio das ADC nº 29 e 30 e da ADI nº 4578, em idos de fevereiro de 2012. As eleições de 2012 seriam as primeiras onde o diploma legal seria aplicado, o primeiro pleito onde a lei teria eficácia. O STF, então, por apertada maioria de votos, considerou a nova normativa inerente às inelegibilidades como constitucional, especialmente à luz dos princípios da presunção de inocência e da irretroatividade das leis prejudiciais.

Votaram pela constitucionalidade os ministros Luiz Fux (em menor parte), Joaquim Barbosa, Ayres Britto, Cármen Lúcia, Ricardo Lewandowski e Rosa Weber. Eles rejeitaram a alegação de que a lei contrariaria a presunção de inocência e a irretroatividade das leis. Quanto à irretroatividade, os votos afirmaram, em uníssono, que a elegibilidade seria a adequação do indivíduo ao regime jurídico – constitucional e legal – do processo eleitoral onde pleiteie candidatura, razão pela qual a consideração de fatos anteriores como passíveis de restringir a capacidade eleitoral passiva não poderia ser capitulada na retroatividade vedada pelo art. 5º, inc. XXXVI, da CF, não havendo, de igual forma, direito adquirido à candidatura, tampouco coisa julgada em matéria de registro de candidaturas de uma eleição para outra. E quanto à presunção de inocência, consagrada no art. 5º, inc. LVII, da CF, foi sustentado, a partir do voto condutor do julgado, que ela deveria ser reconhecida como uma regra e interpretada com o recurso da metodologia análoga a uma redução teleológica, que reaproxime o enunciado normativo da sua própria literalidade, de modo a reconduzi-la aos efeitos próprios da condenação criminal (que podem incluir a perda ou a suspensão de direitos políticos, mas não a inelegibilidade), sob pena de frustrar o propósito moralizante do art. 14, §9º, da CF. Logo, a presunção de não culpabilidade não seria violada pela Lei Complementar nº 135/10, naquilo que prevê a atração de causa de inelegibilidade para condenações não transitadas em julgado, considerando que não haveria a extensão da presunção de inocência para o âmbito eleitoral. Inelegibilidade, no mais, não seria pena. Pela inconstitucionalidade votaram os ministros Marco Aurélio, Celso de Mello, Gilmar Mendes, Cezar Peluso e Dias Toffoli (em menor medida). Toffoli concordou com a ausência de violação à irretroatividade das leis, divergindo, todavia, na questão inerente à presunção de inocência. Os demais reconheceram a inconstitucionalidade na dobra.

Pois bem. Antes de qualquer coisa, é preciso salientar: o STF já tinha se deparado com a discussão, ainda que não existisse, àquela época, a interposição legislativa, ou seja, a Lei Complementar nº 64/90. Tratou-se, a esse respeito, da já abordada ADPF nº 144, Rel. Min. Celso de Mello, ocasião na qual, a partir do voto condutor do julgado, foi afirmado que “A repulsa à presunção de inocência mergulha suas raízes em uma visão incompatível com o regime democrático”. Isto é: a presunção de inocência, inclusive para fins de verificar a atração de uma causa de inelegibilidade contra o cidadão, possui densidade normativa no universo do Direito Eleitoral. O julgamento citado, o da ADPF, foi mencionado no acórdão das ADC e da ADI por quarenta e nove vezes. E, para os votos condutores destas ações, o fato de o STF ter se manifestado da forma que se manifestou no bojo daquela demanda não apresentaria óbice à nova discussão, pelo contrário, afinal, não existia, à época da primeira ação, a lei cuja constitucionalidade estava agora sendo perquirida. A legislação mudou, o objeto de controle. Mas, a pergunta é esta: a Constituição, ou o parâmetro, mudou? A resposta, sabemos bem, é negativa<sup>218</sup>.

Façamos agora a crítica pontual no âmago da tecnicidade dos votos vencedores, notadamente pelo voto condutor proferido pela relatoria das demandas, no que foi seguido pela maioria da Corte na composição de outrora. Quatro os pontos nodais: a) irretroatividade ou retrospectividade; b) ausência de direito adquirido à candidatura e de coisa julgada entre uma eleição e outra em matéria de registro de candidatura; c) natureza jurídica da elegibilidade e da inelegibilidade e; d) presunção de inocência.

Quanto à questão inerente à alegada retroatividade de lei penal e, portanto, de inconstitucionalidade, foi afirmado pela maioria do Tribunal não se tratar de retroatividade, mas, sim, de retrospectividade ou de retroatividade inautêntica, isto é, quando são alteradas, por lei, as consequências jurídicas de fatos ocorridos anteriormente – consequências estas certas e previsíveis ao tempo da ocorrência do fato.

---

<sup>218</sup>Isso denota muito bem, ao menos quanto à problemática da presunção de inocência, a denúncia de Lenio Streck acerca do que ele chama de “cultura do precedente à brasileira”, dizendo inexistir essa prática no Brasil, mesmo por quem defende a *commonlização* do Direito brasileiro. A esse respeito: “Mas meu ponto é que um ‘sistema de precedentes’, ou mesmo a própria exigência de fundamentação [...], esqueçamos por um momento a tal ‘cultura de precedentes’, **mostra que, se há uma decisão pretérita de tribunal trazida e alegada, o tribunal, pela exigência de fundamentação, deve mostrar por que a razão de decidir não se aplica.** Ora, um precedente é uma decisão paradigmática, que é reconhecida como tal pelo próprio tribunal e pelos tribunais subsequentes, a partir dos fatos que a engendraram e dos princípios que embasaram uma *holding*, *ratio*, a ‘razão de decidir’. O ponto é: razão de decidir. [...]” – grifos no original. (STRECK, Lenio Luiz. **Ainda e sempre o ponto fulcral do direito hoje: o que é um precedente?** Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2023-mar-02/senso-incomum-ainda-ponto-fulcral-direito-hoje-precedente/>. Acesso em: 17 nov. 2023).

Discordância posta, todavia, para dizer que não foram alteradas apenas as consequências jurídicas de fatos ocorridos anteriormente, mas estabelecidas consequências novas, ontem não previstas, quando da previsão de eventual causa de inelegibilidade não contemplada até então, assim como o marco temporal de consequências então previstas à época da ocorrência do fato. A uma, portanto, houve previsões de causas de inelegibilidade não contempladas anteriormente, como no caso das alíneas ‘j’ e ‘q’ do inciso I do artigo 1º do estatuto de inelegibilidades. A duas, no mais, a larga alteração dos prazos, como nos casos das alíneas ‘c’, ‘d’, ‘e’, ‘f’, ‘g’ e ‘h’. Logo, consequências não existentes à época do fato passaram a existir. E consequências já exauridas, considerados os prazos de então, voltaram a se fazer presentes, observado o aumento posterior do tempo de inelegibilidade. Há retroatividade sim, não mera retrospectividade<sup>219</sup>. E a lei, embora não seja penal em sentido estrito, é restritiva de direito fundamental, restando abarcada, subjacentemente, por fatos ilícitos (penais ou não penais) passíveis de atrair restrições à elegibilidade.

No que tange à inexistência de direito adquirido à candidatura, realmente não há. Isso porque as condições de elegibilidade e as causas de inelegibilidade são aferidas por ocasião do registro de candidatura realizada em cada eleição. Também, é verdade, não há coisa julgada de uma eleição para outra quanto ao registro de candidatura, isso pelas mesmas razões. A esse respeito, p. ex.: “[...] *as condições de elegibilidade e as causas de inelegibilidade devem ser aferidas a cada pleito, de modo que o reconhecimento ou não de determinada hipótese de inelegibilidade em uma eleição não produz os efeitos da coisa julgada para as posteriores*” (Ac. de 18.12.2020 nos **ED-REspEI n° 060015244**, rel. Min. Tarcisio Vieira de Carvalho Neto; no mesmo sentido o Ac. de 18.12.2018 nos **ED-AgR-RO n° 060068793**, rel. Min. Og Fernandes); tb.: “*A decisão proferida em ação de impugnação ao registro de candidatura, afastando a incidência de inelegibilidade, tem eficácia restrita àquele pleito e não produz os efeitos exógenos da coisa julgada para eleições posteriores. [...]*” (Ac. de 19.12.2018 no **AgR-RO n°**

---

<sup>219</sup> “[...] Retroatividade consiste basicamente numa ficção: (1) decretar a validade e vigência de uma norma a partir de um marco temporal (data) anterior à data da sua entrada em vigor; (2) ligar os efeitos jurídicos de uma norma a situações de facto existentes antes de sua entrada em vigor. [...]. (i) a retroatividade autêntica: a norma possui eficácia *ex tunc*, gerando efeito sobre situações pretéritas, ou, apesar de pretensamente possuir eficácia meramente *ex nunc*, atinge, na verdade, situações, direitos ou relações jurídicas estabelecidas no passado; e (ii) a retroatividade inautêntica (ou retrospectividade): a norma jurídica atribui efeitos futuros a situações ou relações jurídicas já existentes, tendo-se, como exemplos clássicos, as modificações dos estatutos funcionais ou de regras de previdência dos servidores públicos [...]” (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Ob., cit., p. 261-262).

**060076992**, rel. Min. Edson Fachin). Entretanto, não é(ra) esse o cerne da controvérsia a ser dirimida. A questão, por outro lado, era saber acerca da retroatividade da lei restritiva de direito, se existente ou não, nos moldes do parágrafo supra. E ela esteve presente, ainda que a maioria do STF tenha dito que não<sup>220</sup>.

Já quanto à natureza jurídica da elegibilidade e da inelegibilidade, a crítica não é ou não deve ser menor. A elegibilidade, segundo o voto condutor, seria a adequação do indivíduo ao regime jurídico do processo eleitoral. Não, definitivamente não. A elegibilidade é um direito fundamental, o direito fundamental de ser votado, faceta positiva dos direitos políticos fundamentais. Há restrições? Claro, a começar pelas condições de elegibilidade consagradas no artigo 14 da CF. Restrições constitucionais ao exercício de um direito fundamental. Dizer que a elegibilidade seria adequação a regime jurídico nada mais é do que confundir um direito fundamental com a maneira de seu exercício, o pedido de registro de candidatura, ocasião na qual seriam verificados o cumprimento das condições – aí sim – de elegibilidade e a não incidência em causa de inelegibilidade estabelecida constitucionalmente ou pela via de lei complementar, observada a mesma normatividade constitucional (não se interpreta a Constituição de acordo com a lei, mas a lei de acordo com a Constituição). Agora quanto à inelegibilidade, para fins de justificar a inexistência de retroatividade e de inconstitucionalidade, foi dito que ela não é pena. Logo, não haveria falar em violação à irretroatividade da lei penal. Todavia, ainda que a inelegibilidade não seja pena em sentido estrito, salvo aquela prevista no artigo 22 da LC n° 64/90 (inelegibilidade pena), ela representa restrição a direito fundamental – o de inelegibilidade. E mais: tratando-se de inelegibilidade própria, fruto de fato jurídico tido como ilícito ou de uma condenação, ela é reflexa, como efeito extrapenal, da aludida condenação, estando a ela intimamente vinculada. Como prever inelegibilidade sem previsão à época do fato ou com prazo maior ao que a previsão da época do fato consignava sem falar em retroatividade? A nós outros, não há como. E a inelegibilidade é sanção, sim, ainda que

---

<sup>220</sup> Vale citar aparte, com tons epistemologicamente indignados, realizado pelo então Presidente do STF, Min. Cezar Peluso: “O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO (PRESIDENTE) - A retroatividade maligna, a proibição da retroatividade, porque nem os regimes autoritários ousaram editar qualquer norma que atingisse atos passados, com exceção de regime nacional escabroso onde se punia o fato do nascimento - todos nós o conhecemos, não precisamos fazer referência a ele -, isto é, quem nascesse naquela condição seria vítima de todas as restrições possíveis, até de ordem criminal. Mas, tirando esse exemplo, não conheço, nem nos regimes autoritários, a edição de lei para apanhar fatos passados e, portanto, para atingir pessoas determinadas e determináveis segundo os fatos que estão definidos. É muito fácil descobrir qual é o universo de pessoas que se quer atingir, pela descrição do fato. Basta verificar a hipótese, e aí vamos descobrir quais são as pessoas que a lei quis atingir” (STF, ADC n° 29 e 30 e ADI n° 4578).

não como efeito primário de uma condenação. Ela é uma sanção, na medida em que representa uma reação do ordenamento jurídico à violação do Direito, observados alguns fatos determinados e previstos como passíveis de atraí-la, na perspectiva da restrição do direito fundamental de elegibilidade.

Agora, enfim, é a presunção de inocência. Como fazer atrair uma restrição tão grave como a inelegibilidade, e por um prazo tão longo, sem que o título condenatório subjacente esteja perfectibilizado pelo manto da coisa julgada? A maioria do STF afirmou não existir essa violação à presunção de inocência, pois inelegibilidade não seria pena e, no mais, porque a presunção de inocência deveria ser reconduzida apenas para apanhar os efeitos próprios da condenação criminal (que podem incluir a perda ou a suspensão de direitos políticos, mas não a inelegibilidade), sob pena de frustrar o propósito moralizante do art. 14, §9º, da Constituição Federal. Não seria violado pela LC nº 135/10o princípio constitucional da vedação de retrocesso, posto não vislumbrado o pressuposto de sua aplicabilidade concernente na existência de consenso básico, que tenha inserido na consciência jurídica a extensão da presunção de inocência para o âmbito eleitoral. Ela, a presunção de inocência, não valeria na esfera eleitoral. Também foi afirmado que a presunção de inocência seria uma regra, e não um princípio<sup>221</sup>. Porém, note-se o seguinte: como considerar alguém como inelegível se, frente a ordem constitucional, não há juízo de culpa efetivamente materializado? Se a inelegibilidade própria, no contexto, pressupõe um juízo de culpa (condenação), se não há falar nestas espécies de inelegibilidade sem pressupor um fato jurídico anterior, e se ilícito e culpa somente se materializam com uma condenação transitada em julgado, como, pois bem, cogitar-se de uma pecha tão grave como a restrição da faceta passiva dos direitos políticos sem que o fato jurídico hábil a atraí-la se afigure como hígido diante do arcabouço normativo? A presunção de inocência, nessa ótica, não seria na inelegibilidade em si, mas, sim, e aí sim, no fato jurídico ensejador dela. É uma

---

<sup>221</sup> Lenio Streck apresenta crítica contundente quanto ao que foi afirmado pelo voto condutor do julgado e seguido pela maioria, a saber: “[...]. Ainda, numa palavra, várias perguntas: a) se a presunção de inocência não é um princípio, o devido processo legal também não o é? b) E a igualdade? Seria ela uma regra? c) Na medida em que o cada juiz deve obedecer a “regra” da coerência em seus julgamentos, isso quer dizer que, daqui para frente, nos julgamentos, a “regra” (sic) da presunção da inocência pode, em um conflito com um princípio, ou até mesmo com uma regra, soçobrar? d) Uma outra regra pode vir a “derrubar” a presunção da inocência? e) E o que dirão os processualistas-penais de *terrae brasilis*, quando confrontados com essa “hipossuficientização” do princípio da presunção da inocência, conquista da democracia? Em suma, por todo o exposto, fica claro que, a despeito da orientação projetada pela corte no início dos debates referentes à constitucionalidade da LC 135/2010, o princípio da presunção de inocência impede sua adequação à nossa ordem constitucional. Fica claro, portanto, que, no caso, há uma gravíssima ofensa à presunção de inocência. [...]” (STRECK, Lenio Luiz; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **O que é isto – as garantias processuais penais?** Ob. Cit., p. 96-97).

condenação sem trânsito não é condenação<sup>222</sup>. Se for, mesmo que para fins de atrair inelegibilidade, estará afetada a presunção de inocência. Esteve. E está, desde então, mais de década após o julgamento do STF. Errou, pois, o STF.

Dworkin já escreveu que o vício das más decisões “está nos maus argumentos e nas más convicções; tudo o que podemos fazer contra elas é apontar como e onde os argumentos estão falhos”<sup>223</sup>. Surge aqui uma outra advertência, que se encontra posta de maneira nada subliminar na afirmativa do mestre norte-americano: há decisões corretas. E há decisões incorretas. Ou seja, tanto em Gadamer como em Dworkin, é possível distinguir boas e más decisões (pré-juízos autênticos/legítimos e inautênticos/ilegítimos), significando que, quaisquer que sejam seus pontos de vista sobre justiça [...], os juízes também devem aceitar uma restrição independente e superior, que decorre da integridade nas decisões que proferem<sup>224</sup>. Mais do que isso, está-se a afirmar que as decisões emanadas de “últimas instâncias”, embora inegavelmente devam ser obedecidas, devem, entretanto, sofrer de fortes “constrangimentos epistemológicos” ou, se se quiser chamar assim, de “censuras significativas”. Esse é o papel da doutrina em um país democrático<sup>225</sup>. Decidir não é escolher<sup>226</sup>, ainda mais a partir de “códigos externos e metafísicos”, que se transformam em trunfos argumentativos vazios de sentido no ato de decidir<sup>227</sup>, como vontade popular, anseios do povo, interesse público ou social, opinião pública moralização da política, combate à corrupção.

Ocorre que a decisão do STF, para além das críticas formuladas anteriormente, também restou inundada de critérios metajurídicos e de uma visão puramente consequencialista/eficientista, como que para tentar legitimar, argumentativamente, a conclusão da maioria da Corte pela constitucionalidade da lei, especialmente no que se refere ao transpasse da presunção de inocência, tal como foi imposto.

---

<sup>222</sup> Como o mesmo STF afirmou depois, por maioria, no bojo das ADC n° 43, 44 e 54, demandas objetivas de controle de constitucionalidade que discutiram a chamada “prisão em segunda instância” (*sic*).

<sup>223</sup> DWORKIN, Ronald. **O Direito da Liberdade**. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2019, p. 133.

<sup>224</sup> STRECK, Lenio Luiz; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **O que é isto – as garantias processuais penais?** Ob. Cit., p. 17.

<sup>225</sup> *Ibid.*, p. 17.

<sup>226</sup> Falemos aqui daquilo que Norbert Elias chamou de “tecido básico”, na perspectiva de um “processo civilizador”. A esse respeito, não se pode compreender a “psicogênese” individual sem o que Elias chama de “sociogênese da civilização”. O Homem desponta no Mundo e passa pela vida num curtíssimo período da história. A história o precede e a civilização, com as suas premissas e os seus pilares, é um longo processo no percurso histórico. Sobre o tema, ver: ELIAS, Norbert. **O processo civilizador**. Vol. 2. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1993, p. 194.

<sup>227</sup> Poderíamos falar aqui acerca da “katchanga real”, de Luis Alberto Warat.

A *faceta consequencialista/eficienticista* do decisório: a Constituição determina, para fins de preservação da presunção de inocência, que só pode ser considerado culpado aquele cidadão que possuir contra si uma sentença condenatória transitada em julgado, ou seja, por uma decisão sobre a qual não caiba mais recurso algum (isso, aliás, foi reafirmado no bojo das ADC n° 43, 44 e 54). Logo, se não há condenação, porquanto ausente definitividade (e condenação colegiada não passa de uma ficção, afinal, se não há trânsito condenação não existe), não há como aplicar os efeitos de uma decisão condenatória, incluindo-se aí a inelegibilidade reflexa. Porém, para driblar o óbice constitucional, a maioria trouxe à tona problemas inerentes ao sistema processual brasileiro, como a demora em atingir o trânsito em julgado em razão do número de recursos possíveis de serem manejados, assim como a morosidade judicial. A garantia da presunção de inocência exige o esgotamento de todas as vias recursais. Logo, ignorando-se que o foco deveria ser o aprimoramento do sistema, suplantaram a presunção de inocência. Sem contar que recorrer é um direito do cidadão, de modo que o exercício de um direito – ampla defesa - não poderia fazer aniquilar o outro direito – presunção de não culpabilidade<sup>228</sup>. Uma visão – verdadeira gambeta hermenêutica - consequencialista, eficienticista e, pela razão exposta, inconstitucional.

A *faceta populista* do decisório: anseio popular, vontade popular, interesse público, voz das ruas, combate à corrupção etc. viraram fontes do Direito<sup>229-230</sup>. Isto é:

---

<sup>228</sup> O pensamento é bem criticado pelo então Presidente do STF, Min. Cezar Peluso: “[...]. Esse raciocínio transforma uma garantia constitucional primária da área processual, que é o direito a recurso, num empecilho jurídico, num agravamento da pena, num agravamento da sanção. Isto é, aquilo que o sistema concebe como garantia do cidadão se transforma em causa de exacerbação de restrição de direitos. [...]” (STF, ADC N° 29 e 30 e ADI n° 4578).

<sup>229</sup> O voto do Relator transparece bem a realidade, a saber: “[...]. Assinale-se, então, que, neste momento, vive-se – felizmente, aliás – quadra histórica bem distinta. São notórios a crise do sistema representativo brasileiro e o anseio da população pela moralização do exercício dos mandatos eletivos no país. Prova maior disso é o fenômeno da judicialização da política, que certamente decorre do reconhecimento da independência do Poder Judiciário no Brasil, mas também é resultado da desilusão com a política majoritária, [...]. O salutar amadurecimento institucional do país recomenda uma revisão da jurisprudência desta Corte acerca da presunção de inocência no âmbito eleitoral. [...]” (STF, ADC N° 29 e 30 e ADI n° 4578). O raciocínio deduzido pelo voto condutor partiu, claramente, para o campo da relativização de direitos fundamentais, no caso a presunção de inocência, com lastro no clamor popular. Isso, pois, resta inquestionável. E, novamente, os argumentos de princípio foram deixados de lado, de modo a atender anseios de parcela do povo que, sem observância à Constituição, sufragam a relativização de direitos e garantias secularmente assentados; também o voto convergente do Min. Ayres Britto. Nesse exato sentido, de modo a cancelar a constitucionalidade das previsões constante do neófito diploma legal, o Ministro afirmou que a lei deveria ser supervalorizada, pois que de iniciativa popular. Dessa forma, segundo o Ministro, seria necessária uma “inconstitucionalidade flagrante” no diploma para que o Supremo assim se manifestasse: “Vossa Excelência disse bem: um milhão e seiscentas mil pessoas, capitaneadas por mais de sessenta instituições da sociedade civil, produziram uma lei que passou, por unanimidade, na Câmara dos Deputados e no plenário do Senado Federal, unguida nessa pia batismal da soberania popular. O artigo 14, caput, diz, com todas as letras, que a soberania popular será exercida também pela iniciativa popular. Então, é uma lei que nasce, no seu processo legislativo, ultralegitimada

abandonou-se os argumentos de princípio, bem assim o papel contramajoritário da jurisdição constitucional, preferindo-se argumentos de política e de moral, algo que não se coaduna com o constitucionalismo contemporâneo. E o cerne dos provimentos vencedores restou calcado na máxima de que deveria ser atendido o clamor popular envolto, ainda que a lei viesse atacar determinadas garantias individuais. Ocorre que o fundamento é um fundamento típico de exceção. Subordinar direitos individuais a pretensos interesses coletivos nada mais é do que reprimatar pensamentos arbitrários de regimes totalitários de outrora. A Constituição e os direitos individuais são trunfos contra maiorias de ocasião. E é papel da jurisdição constitucional tutelá-los, exercendo a sua missão contramajoritária na defesa deles. Uma situação de necessidade “reivindica a suspensão da execução de um direito, com o pretexto de salvar o próprio direito, com o restabelecimento da ordem. Esse caminho é perigoso, tortuoso e sem volta...”<sup>231</sup>.

A *faceta moralista* do decisório: conforme registrado pela maioria da Corte a presunção de inocência deveria ter a sua densidade normativa reduzida, afastando-a do Direito Eleitoral em matéria de inelegibilidades, “sob pena de frustrar o propósito moralizante do art. 14, § 9º, da Constituição Federal” (STF, ADC nº 29 e 30 e ADI nº 4578). O argumento de moral é escancarado. Suspender, como diz Lenio Streck, o direito da presunção de inocência em virtude da “necessidade” de “moralizar o processo político” é (foi) “abrir um perigoso espaço na institucionalidade, a partir da qual emergem(iram) figuras típicas de um Estado de Exceção”<sup>232</sup>. Insistindo nessa verdadeira cruzada, reafirmemos que não se pode relegar à discricionariedade do intérprete-aplicador o exercício de um direito fundamental, tal e qual o direito de elegibilidade (direito fundamental de ser votado). E muito menos a decisões que se lastreiam em álibis retóricos como essas subjetivas concepções de moralidade. O Direito não está subordinado a argumentos de moral ou de política. Não está a reboque da moral individual ou coletiva. Noutras palavras, Direito não é moral, devendo ser protegido contra interferências morais ou moralistas (compreensões de bem ou de bom, sempre subjetivas) manipuladas como álibis teóricos com fins corretivos. A legitimidade do Direito, construído a partir de um processo legislativo democrático, enfim, não pode

---

pela Constituição. Isso faz, sim, a diferença. Para enxergar uma inconstitucionalidade nessa lei é preciso que a inconstitucionalidade seja flagrante, seja patente [...]”(STF, ADC Nº 29 e 30 e ADI nº 4578).

<sup>230</sup> Como não aprendemos nada com a apelativa “ficha-limpa”, esse modelo se repetiu com a midiática operação “lava-jato”. A “lava-jato” foi tardiamente corrigida. E a “ficha-limpa”, quando será?

<sup>231</sup>STRECK, Lenio Luiz; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **O que é isto – as garantias processuais penais?** Ob. Cit., p. 88.

<sup>232</sup> Ibid., p. 89.

estar relegada a juízos de moral individual ou coletiva, sempre com fins *ad hoc*. Esse é o preço que se paga por se viver em um Estado Democrático de Direito, e ele é módico, diria o Min. Marco Aurélio, representando o respeito irrestrito ao arcabouço normativo<sup>233</sup>.

E a *faceta antitética à Teoria do Direito* do decisório: é do argumento segundo o qual o direito coletivo/interesse público deveria se sobrepor ao direito individual em matéria de restrição de direitos fundamentais que falamos aqui. O argumento de que o direito social à moralidade administrativa deve sobrepor-se ao direito individual à presunção de inocência pode ser afastado por não ser o que melhor se adequa à nossa prática político-jurídica. Ora, além de estar assentado na – falsa – ideia de colisão entre princípios, esse argumento repristina a perigosa tese de que o coletivo é mais importante que o individual, que era moda nas primeiras décadas do século XX. Despiciendo lembrar que esse tipo de argumento estava presente em muitos elementos das “visões de mundo” totalitárias que compuseram os anos de chumbo da primeira metade do século passado. Portanto, essa imposição *prima facie* de direitos sociais sobre direitos individuais constitui um gravíssimo risco à democracia, além de ser um atentado contra os direitos fundamentais<sup>234</sup>. Ademais, para que não se esqueça: direitos individuais são cláusulas pétreas. Moralidade eleitoral, consignada no texto constitucional pela via do constituinte derivado, não o é. Já a argamassa para sustentar essa posição foi a “ponderação” constante da teoria da argumentação jurídica de Robert Alexy. Todavia, será mesmo que a teoria foi aplicada? A resposta é negativa – “adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito” foram desenvolvidas (são etapas da ponderação...)? Não, sequer mesmo de longe. E a “norma de direito fundamental atribuída”? Ninguém indicou. Mesmo sendo ela o produto do sopesamento<sup>235</sup>. A

---

<sup>233</sup> “[...]. O Poder Judiciário resolveu iniciar uma reforma política do sistema brasileiro, a partir da ‘moralização’ do sistema partidário. Ignorando — ou superestimando — seu papel no Estado de Direito e no equilíbrio entre os órgãos de soberania, os Tribunais vão além da repartição de competências e atuam como se poder constituinte fossem. Neste movimento, encarado a partir do julgamento da “Lei da Ficha Limpa”, o mais alarmante é a disposição majoritária dos membros da Corte de sacrificar o indivíduo no altar da República. Em paralelo aos que denunciam o caráter autoritário da supremacia do interesse público, alguns ministros afirmam que os direitos políticos individuais devem ceder a um bem jurídico coletivo, mais ou menos indeterminado. [...]” (ARAÚJO, Eduardo Borges; SALGADO, Eneida Desirée. **Do Legislativo ao Judiciário:** a Lei Complementar nº 135/2010 (“Lei da Ficha Limpa”), a busca pela moralização da vida pública e os direitos fundamentais. A&C – Revista de Dir. Administrativo & Constitucional, Belo Horizonte: ano 13, n. 54, p. 145, out./dez. 2013).

<sup>234</sup>STRECK, Lenio Luiz; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **O que é isto – as garantias processuais penais?** Ob. Cit., p. 90.

<sup>235</sup> A esse respeito, ver: ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais.** Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2ª edição. 2ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 99 ss.

ponderação à brasileira nada mais é do que uma vulgata da teoria alexyana, lançada à fundamentação apenas para encobrir o que se decidiu de antemão, a partir da arbitrariedade do intérprete. O “decido conforme a minha consciência” de que fala Lenio Streck<sup>236</sup>, apenas com um verniz aparentemente mais sofisticado, concretado na recepção e aplicação desvirtuadas de uma famosa teoria.

### **1.7. Conclusões parciais: sete lições para compreender a relação existente entre os discursos de moralização da política e a derrocada da democracia e do Direito no Brasil – por quê precisamos estar atentos e combater essa prática discursiva?**

*“Amável o senhor me ouviu, minha idéia confirmou: que o Diabo não existe.  
Pois não? O senhor é um homem soberano, circunspecto. Amigos somos.  
Nonada. O diabo não há! É o que eu digo, se for... Existe é Homem humano.  
Travessia”<sup>237</sup>.*

*“Cai, sombra, é tempo de dormires”<sup>238</sup>.*

O fechamento seguirá a sistematização apresentada por Bernd Rhuters na obra “Direito Degenerado”<sup>239</sup>, que condensou seu pensamento em vinte e quatro regras a serem seguidas para proteger a ordem jurídica e democrática. Seguiremos, de igual maneira, a sistematização apresentada por Georges Abboud em seu “Direito Constitucional Pós-Moderno”<sup>240</sup>, que, inspirado naquele, trouxe dez lições no fechamento de cada uma das partes componentes da respectiva obra. O modelo que trazemos aqui, portanto, seguirá a proposta dos dois autores. Serão consignadas, a partir de agora, sete máximas, extraídas do percurso que procuramos apresentar acima, caminho que nos trouxe conclusões alarmantes, dando conta da absorção do direito pela política e pela moral, o que é perpetrado ainda hoje por agentes do poder, ainda que com outras carapuças e em tempo e contexto distintos. Absorvendo práticas, inclusive linguísticas, doutros tempos, é que o Direito Eleitoral brasileiro se viu imerso nesse estado de coisas, sendo que, se “os caminhos de uma degeneração anunciada” foram abertos já com a Proclamação da República, a prática jurídico-eleitoral acabou

---

<sup>236</sup> “[...]. Como se sabe, em nome do ‘sopesamento entre fins e meios’ (a assim denominada ‘ponderação’), é possível chegar às mais diversas respostas, ou seja, casos idênticos acabam recebendo decisões diferentes, tudo sob o manto da ‘ponderação’ e suas decorrências. [...] A ponderação – nos termos propostos por seu criador, Robert Alexy – não é uma operação em que se colocam os dois princípios em uma balança e se aponta para aquele que pesa mais [...]”. (STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto, decido conforme minha consciência?** 4ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 52-53).

<sup>237</sup> ROSA, João Guimarães. **Grande Sertão: veredas**. Rio de Janeiro: José Olympio, 1976, p. 568.

<sup>238</sup> SALDANHA, Nelson. **História das Ideias Políticas no Brasil**. Ob. Cit., p. 311.

<sup>239</sup> RHUTERS, Bernd. **Derecho degenerado**. Ob. Cit., p. 227 ss.

<sup>240</sup> ABOUD, Georges. **Direito Constitucional Pós-Moderno**. Ob., cit., p. 195 ss.

abraçando esse passo, mesmo hoje em dia, como que a denotar a queda da autonomia do Direito em prol de concepções metajurídicas, notadamente de moral discursiva com feição adjudicadora.

### **1ª Lição:**

O moralismo na cena pública brasileira é fenômeno longínquo, a retroceder, no mínimo, desde o alvorecer da República. A primeira tarefa nossa é buscar um resgate histórico desses acontecimentos, pois, assim o sendo, poderemos perceber que o discurso de moral, insuflado, sobremaneira, por intermédio dos palanques políticos, à luz de amplos espectros, serviu, a mais não poder, para dar vazão a rupturas institucionais, legais e democráticas, assim como para legitimar regimes de exceção ou autoritários/discricionários, cada qual a seu modo. Exemplos não faltam, todos a demonstrar o uso estratégico de uma semântica moralista destinada a fragilizar a ordem jurídica, deixando-a exposta aos avanços predatórios de investidas morais e políticas.

### **2ª Lição:**

A ditadura instaurada *manu militari* na década de 1960 fez inaugurar no Brasil o intuito de “higienização do espaço público” por intermédio da legislação. Se o moralismo de outrora esteve vinculado aos discursos políticos, inclusive a partir de um pretense combate à corrupção, aqui o discurso tomou ares legislativos. A Emenda nº 14/65 delegou ao legislador infraconstitucional a previsão de causas de inelegibilidade. Já as “Constituições” de 1967 e de 1969 mantiveram essa autorização, curiosamente sob o pretexto de tutelar a moralidade, a probidade administrativa, a lisura, a normalidade e a legitimidade dos processos eleitorais. O intuito moralizador via legislação nasceria no ordenamento jurídico-eleitoral a partir daí, dando azo, dentre outras, a Lei Complementar nº 05/70, lei das inelegibilidades do regime militar na plena vigência do AI-5, que esteve alicerçada nas mesmas não menos abstratas referências à probidade e à moralidade.

### **3ª Lição:**

Como em um palimpsesto, é preciso detectar as medidas degenerativas em seu nascedouro, na sua raiz. A redação atual do artigo 14, §9º, da CF não é fruto do constituinte originário. O comando imposto ao legislador complementar, no sentido de que lei de inelegibilidades fosse estabelecida para tutelar a “probidade” e a “moralidade”, observada a “vida progressa”, foi estabelecido pelo constituinte derivado,

com feições nitidamente simbólicas, além de populistas ou demagógicas. O constituinte derivado fez reintroduzir, agora no texto do marco civilizatório instituidor da Nova República, os conceitos de “vida pregressa”, “probidade” e “moralidade para o exercício do mandato eletivo”, construídos, o ponto é este, ao longo dos proclames normativos do regime ditatorial. O texto constitucional de hoje, fruto que foi de emenda de revisão, possui uma origem malsã, uma carga genética desviada, um assento na exceção, considerada a irmandade textual existente entre ele e o passado. Museu de grandes novidades.

#### **4ª Lição:**

A Lei da “Ficha-limpa”, rebento do dispositivo constitucional proveniente do constituinte derivado no uso de um passado nada alvissareiro, possui um pecado original. A terminologia utilizada para impor e legitimá-la, sobretudo naquilo que se refere à atração de causa de inelegibilidade sem o trânsito em julgado de sentença condenatória, foi a mesma manejada pelo regime militar – vida pregressa, moralidade, combate à corrupção, ausência de violação à irretroatividade das leis e à presunção de inocência. Para além, a comparação entre os textos legais, de ontem e de hoje, também confessa uma aproximação estreita. Basta, para tanto, confrontar a redação original do PLP nº 518/2009 (texto original apresentado à Câmara), observada a hipótese de atração de causa de inelegibilidade por conta de condenações criminais. A exemplo que fizeram com a LC nº 05/70, o projeto previa a restrição do direito de ser votado em razão de condenação criminal, independente do trânsito em julgado, a partir de mera sentença. Há, no mais, convergência em muitas das hipóteses previstas lá e cá, sendo que a de cá é quantitativamente mais restritiva, inclusive. A LC nº 135/2010 possui uma inspiração pouco discreta, embora pouco falada, que é a exceção. O futuro repetindo o passado.

#### **5ª Lição:**

O debate acerca da constitucionalidade da nova lei das inelegibilidades, de 2010, se operou mediante adoção de um modelo polarizado de aplicação do Direito. Criou-se uma semântica de bem contra o mau, de justos contra injustos, daqueles que almejam combater a corrupção contra aqueles que são lenientes para com ela. Elevou-se, pois, à última potência, o “ideal” de purificação do espaço público nacional, sendo que o Direito Eleitoral seria o caminho para alcançar esse desiderato, através da legislação de inelegibilidades e por meio dela. O Direito Eleitoral seria o garantidor da moralidade e da probidade na vida pública, movimento consagrado por uma espécie de catarse

coletiva, cristalizada em uma campanha moralista com feições salvacionistas. Não obstante a Constituição, por força do constituinte derivado, preveja a moralidade e a probidade para o exercício do mandato eletivo, observada a vida pregressa, esses critérios devem ser concretizados dentro da normatividade constitucional, não fora dela. Direitos fundamentais, individuais e políticos, são cláusulas pétreas, não o oposto. O Direito Eleitoral é necessário, assim como restrições ao exercício dos direitos políticos o são. Todavia, não podemos dar vazão a interpretações que ignoram que direitos políticos ativos e passivos são direitos fundamentais. E que, invertendo a ordem do sistema jurídico-constitucional, deixam de dar concretude máxima aos direitos fundamentais, lançando mão de afirmações moralistas e consequencialistas restritivas da sua fundamentalidade. O Direito que subverte a sua lógica em prol de concepções pré-jurídicas e metafísicas, é um Direito inapto para assegurar conquistas civilizatórias. Reduzir a dimensão normativa de direitos fundamentais com fins de “combater a corrupção” ou “moralizar a política” é o caminho para a subversão da ordem jurídica, para solapar a autonomia do Direito e para fragilizar o potencial de defesa da democracia constitucional, calcada em pilares componentes da ideia de Estado de Direito.

#### **6ª Lição:**

Punir/restringir é algo civilizatório. A questão, entretanto, é como fazer ou o que não se deve fazer para tanto. Com a “Campanha Ficha-Limpa” e os seus desdobramentos, notadamente o julgamento acerca da constitucionalidade da lei pelo STF, criou-se um imaginário de que os fins justificariam os meios, notabilizado por um protagonismo com feição degenerativa da normatividade. Pior: isso seria correto e, pior ainda, legitimado pela ordem constitucional e legal em sentido estrito. O combate à corrupção surge, então, como o instrumento. Sendo que a moralização/purificação é o fim almejado. Isso fez inundar na *práxis* jurídica eleitoral um amontoado de cláusulas extralegais, como que a estabelecer novas fontes do Direito Eleitoral e Processual Eleitoral, tais como: voz das ruas, apelo popular, tutela da moralidade, crise do sistema representativo brasileiro, anseio da população pela efetividade do sistema jurídico, opinião pública, dentre outros. Daí em diante, “gambetas hermenêuticas” foram agigantadas, notadamente no âmago do processo judicial eleitoral, tomando como horizonte a restrição direta ou indireta de direitos políticos passivos, a saber: verdade real, livre convencimento, indícios e presunções, livre apreciação das provas, interesse

público que tudo legitima, quebra de imparcialidade, etc., sem contar o manejo desvirtuado da “teoria da ponderação”. Uma lógica moral(ista), por um lado, e eficientista, por outro. Em detrimento da legalidade (constitucional). A “Ficha-Limpa” fez escola, o *fichalimpismo*. E, a pretexto de fazer cumprir uma lei, suspendeu-se o cumprimento do Direito, o que é exposto por Agambem como sintoma de um estado de exceção – hermenêutico aqui. O Direito se degenera também via jurisdição, mesmo que sob as vestes de “fazer o bem”.

### 7ª Lição:

Negar a autonomia do Direito Eleitoral e do Direito Processual Eleitoral representa escancarar os portais para a degeneração do sistema jurídico-eleitoral. E é possível quebrar o ordenamento jurídico mediante a interpretação-aplicação, sendo que os efeitos são tão graves quanto ou piores do que a atuação mediante o palanque ou por meio do processo legislativo, afinal, o paradigma jurídico-constitucional contemporâneo, a partir da força normativa da Constituição, indica, pois, a magistratura, como o garante primordial da constitucionalidade e, por via de consequência, da autonomia do Direito, a partir do contramajoritarismo inerente aos direitos fundamentais e à proteção da sua normatividade. Não se degenera a autonomia do Direito impunemente. Sempre haverá consequências. E as consequências, rememorando o Conselheiro Acácio, vêm depois<sup>241</sup>.

---

<sup>241</sup> Em interessante artigo acadêmico Marina Morais desenvolve uma pesquisa quantitativa tendente a avaliar o impacto da Lei da Ficha Limpa no processo eleitoral. Tomando como base apenas o pleito de 2018 ela traz as seguintes conclusões: “[...] os indeferimentos por incursão na Lei da Ficha Limpa correspondem a 5,15% dos indeferimentos. Outros motivos, como abuso de poder (8 casos) podem estar ligados à modificação trazida pela LC nº 135/2010, todavia, não se pode supor tal conclusão. O número de excluídos do pleito por força da Ficha Limpa não é expressivo. Se considerada a totalidade dos pedidos de registro, deferidos e indeferidos, corresponde a apenas 0,53%. Por um lado, o pequeno número de excluídos pode reforçar a conclusão de que a Lei da Fichalimpa não apresentou efeitos drásticos no numerário de disputantes do pleito, retirando apenas aquelas poucas maçãs que não se adequavam ao conceito de moralidade. Por outro lado, ainda que em situação excepcional, e talvez justificada, subtrai direitos” (MORAIS, Marina Almeida. **Dez anos da lei da ficha limpa**: o que a democracia brasileira tem a dizer. Revista Populus, Salvador, n. 9, dez. 2020, p. 69-89). Se os números não impactam, e a bela pesquisa de Marina canta alto, o efeito da lei para a epistemologia jurídica, notadamente quanto aos fundamentos legitimadores dela, é (foi) considerável – o “estrageo é (foi) grande”, conforme demonstraremos.

## PARTE II – PARADIGMA DA DEGENERAÇÃO: O DIREITO ELEITORAL DEGENERADO

*“É espantoso que o Homem, causador, descobridor e veículo de tantos desenvolvimentos, autor de todos os julgamentos e decisões e planejador do futuro, tenha feito de si mesmo um quantième négligeable. Somente aquele que se encontra tão organizado em sua individualidade quanto à massa, pode opor-lhe resistência”<sup>242</sup>.*

*“Para os mortos não há ferrolho”<sup>243</sup>.*

Na primeira parte do texto realizamos o resgate daquilo que chamamos de “caminhos de uma degeneração anunciada”, passo, como visto, marcado por uma constante e crescente tentativa de moralização da política, vocalizada por diversos atores em diferentes tempos e contextos. Se pretendermos aprender alguma coisa com o passado que foi exposto anteriormente, a primeira é ter em conta que esses ímpetus moralizadores fizeram degradar a institucionalidade brasileira ao longo da história. Os mesmos discursos que, daí em diante, saíram da esfera política, adentrando ou começando a adentrar ao horizonte do Direito e da sua interpretação-aplicação.

A esfera da política foi – tem sido? – pródiga no uso dessa semântica pretensamente moralizadora, sendo que os exemplos não são nada poucos. O linguajar

---

<sup>242</sup> JUNG, Carl Gustav. **Presente e futuro**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Editora Vozes, 2013, p. 31 ss.; tb. ABOUD, Georges. **Direito Constitucional Pós-Moderno**. Ob., cit., p. 41.

<sup>243</sup> SHAKESPEARE, William. **Shakespeare de A a Z**. Sel. Sergio Faraco. Porto Alegre: L&PM Pocket, 1998, p. 87.

maldito ecoado por Carlos Lacerda, talvez o maior golpista da história brasileira, não foi o único, todavia, embora tenha sido, quiçá, o mais barulhento – e nefasto, diga-se. A semântica de moralização das instituições foi insuflada ao longo do nosso caminho histórico-institucional muito por intermédio do palanque, é bem verdade. Do palanque, todavia, essa mesma semântica começou a invadir a prática legislativa, especialmente com o regime militar de 1964/1985 e os seus diplomas de inelegibilidades.

Consustanciada em casuísmos, assim como em alvos pré-definidos, as hipóteses de inelegibilidade previstas pelo governo do período de exceção chegaram a consagrar a restrição ao direito de elegibilidade pelo simples recebimento de uma denúncia ou pela prolação de uma sentença condenatória não transitada em julgado, por exemplo, tudo sob o véu da proteção da “moralidade” e da “probidade”.

Contraditoriamente, vencida a exceção, esses mesmos critérios acabariam constitucionalizados pelo regime de reconstrução democrática, de modo a determinar o estabelecimento de uma lei de inelegibilidades observados esses mesmos parâmetros – é da Emenda de Revisão nº 04/94 que falamos, a mesma que, copiando a normativa da ditadura civil-militar, fez prever um comando ao legislador complementar, no sentido do estabelecimento de uma lei de inelegibilidades mais condizente com pressupostos de probidade e moralidade, observada a vida pregressa, para o exercício do mandato eletivo. A linguagem, note-se, é (ra) a mesma da ditadura militar, sem tirar nem pôr, num claro resgate normativo, através de uma espécie de recepção às avessas, bem como a partir do uso inautêntico de um passado obscuro e nada alvissareiro.

Parafraseando Charles Dickens, vivíamos a “primavera da esperança” com o reinício da democracia constitucional em nosso país, agora muito mais fortalecida, observado a sua força motriz, calcada em uma Constituição dirigente, normativa, que absorveu as melhores práticas internacionais e fez consagrar, no Brasil, ainda que tardiamente, a profecia consignada no histórico lema “Liberdade, Igualdade e Fraternidade”, observados os catálogos de direitos individuais, sociais e transindividuais, respectivamente. Porém, mesmo assim, de afogadilho, foi ripristinada, junto ao texto constitucional, a caixa de ferramentas do período ditatorial em matéria de restrição ao exercício dos direitos políticos – a “estação da Luz”, voltando a Dickens, virou a “estação das trevas”, a “primavera da esperança” foi o “inverno do desespero”,

a “idade da sabedoria” virou a “idade da tolice”<sup>244</sup>. Fé, por um lado, e incredulidade, de outro.

O avançar dessa “jornada purificadora” encontraria como seu ápice a LC n° 135/2010, a chamada “Lei da Ficha-Limpa” – cujo projeto original previa, tal como no regime militar, a atração de causa de inelegibilidade mediante sentença penal não transitada em julgado. Cópia, portanto, nos fundamentos legitimadores. E no próprio texto. Uma lei gestada das ânsias do povo, contra o próprio povo ou os seus direitos fundamentais, tomando como parâmetro os comandos normativos do período ditatorial. Uma reprimatura do arbítrio, promovida por autointitulados democratas. Essa busca obsessiva por moralização, dos palanques para as leis, passaria, então, a tomar o Direito e a sua aplicação, a começar pelo que o TSE e o STF fizeram ao julgar a constitucionalidade da mesma lei de inelegibilidades de 2010, ou seja, populismo judicial.

Voz das ruas, anseios populares, interesse público que tudo legitima, moralização da política, combate à corrupção, sentimentos sociais, vontade da maioria (de ocasião) e afins viraram fontes do Direito Eleitoral Sancionador a partir daqui, de modo que a criteriologia, de moral ou moralista, passou a avançar, à passos largos, para a interpretação do Direito (Eleitoral), fazendo instaurar, com isso, um cenário de instrumentalização, calcado, pois, em um desvelado consequencialismo moralista, inimigo da autonomia do Direito e da própria democracia representativa. A nova lei das inelegibilidades foi legitimada constitucionalmente com lastro nesses fundamentos. Para salvar a lei, e adimplir com os anseios de viela, matou-se o Direito. E se fez escola, provedora de uma clarividente fuga do Direito em direção à moral.

Essa “cultura moralista” proveio, e segue sendo assim, de quatro fontes: a) uma social, com brados populares, de rua, insuflados, não raro, por veículos de comunicação e pela mídia em geral; b) outra política, de natureza autofágica; c) uma acadêmica, com os seus entusiastas – não são nada poucos e; d) outra jurídico-judicial, com os avanços de concepções de moralidade em detrimento da autonomia do Direito via decisão. Esse conjunto, a seu turno, não apenas fez, por intermédio da mais alta Corte Eleitoral do país, e pelo STF, inaugurar um modelo de queda da normatividade em prol de uma retórica moralista-finalística, como promoveu, daí em diante, a manutenção dessas

---

<sup>244</sup> DICKENS, Charles. **Um conto de duas cidades**. Trad. Sandra Luzia Couto. São Paulo: Nova Cultural, 2002.

estruturas retóricas no âmago do Direito Eleitoral Sancionador, que aparece, sobretudo, em casos mais espinhosos ou rumorosos, quase que a denotar uma espécie de “espiritualidade purificadora da esfera pública brasileira”. Quem a questiona é herege...

A maior lição de Dworkin em seu *Law’s Empire*<sup>245</sup> está no seguinte ponto: uma discussão sobre legalidade é, sempre, uma discussão que engaja os participantes na prática uma concepção acerca daquilo que o Direito exige. E isso é muito mais do que mero encaixe textualista ou bricolagem em dispositivos isolados — é uma questão de ajuste institucional (“fit”, nas palavras de Dworkin). Uma questão de princípio<sup>246</sup>.

A moralidade, a probidade, a vida pregressa dos candidatos e as políticas de combate ao abuso (de poder econômico, político, dos meios de comunicação etc.), necessárias para a proteção do direito de candidatura e voto, nunca poderão – nunca poderiam – constituir a principal preocupação da justiça eleitoral, devendo o Judiciário, sem descuidar das políticas de repressão do abuso, jamais toma-las como a sua principal bandeira e valor, sob pena de apequenar, de amesquinhar, de diminuir o valor e importância do voto e da candidatura, fragilizando as pedras fundamentais da democracia representativa, constitucionalmente conformada<sup>247</sup>.

No entanto, o Direito Eleitoral degenerado, como passaremos a demonstrar adiante, filho que predileto que é dos “caminhos da degeneração anunciada”, é um Direito Eleitoral deformado, notadamente em certos temas que norteiam esse ramo do conhecimento jurídico e que, a partir daí, são pegos por sintomas degradantes que, no todo, fazem um estrago grande – o não Direito dentro do Direito.

Assim, se, por um lado, o Direito Eleitoral segue o passo da normalidade e da observância dos preceitos constitucionais, por outro, notadamente por meio da legislação e da interpretação jurídica, e em matéria de Direito Eleitoral Sancionador, ascende um fenômeno “mediante apropriação ideológica e funcional das diversas ferramentas tradicionais do direito”<sup>248</sup>. E de uso para fins desvirtuados – com purgar a sociedade brasileira. E há, com isso, uma captura da legalidade constitucional, da tutela que os direitos políticos devem abarcar, da normatividade dos direitos individuais e dos próprios paradigmas hermenêuticos contemporâneos, notadamente em feitos de

---

<sup>245</sup>DWORKIN, Ronald. **Law’s empire**. Cambridge: Harvard University Press, 1986. p. 176.

<sup>246</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Parecer**. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/quentes/364801/comissao-da-oab-aprova-parecer-sobre-indulto-de-daniel-silveira>. Acesso em 14 mar. 2024.

<sup>247</sup>ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. **Palavra e Memória**. Ob., cit., p. 199-200.

<sup>248</sup> ABOUD, Georges. **Direito Constitucional Pós-Moderno**. Ob., cit., p. 72.

natureza acusatória, fazendo diminuir a normatividade dos direitos fundamentais, individuais e políticos, e da democracia. Sem mais... *J'accuse!*

## 2.1. Afinal, o que é isto, o Direito Eleitoral degenerado?

O Direito Eleitoral degenerado é um Direito Eleitoral deformado. Não no todo, que fique claro o registro. Mas, o registro não é menos importante, em certos temas que norteiam esse ramo do conhecimento jurídico e que, a partir daí, são pegos por sintomas degradantes que, no todo, fazem um estrago grande – o não Direito dentro do Direito.

Assim, se, por um lado, o Direito Eleitoral segue o passo da normalidade e da observância dos preceitos constitucionais, por outro, notadamente por meio da legislação e da interpretação jurídica, e em matéria de *Direito Eleitoral Sancionador*, ascende um fenômeno “mediante apropriação ideológica e funcional das diversas ferramentas tradicionais do direito”<sup>249</sup>. E de uso para fins desvirtuados.

Há, com isso, uma captura da legalidade constitucional, da tutela que os direitos políticos devem abarcar, da normatividade dos direitos individuais e dos próprios paradigmas hermenêuticos contemporâneos. Dividiremos, juntamente com Georges Abboud, essa degeneração em três partes: a *degeneração institucional*, que se opera na baixa consideração da política e dos direitos políticos; a *degeneração epistêmica*, que se opera no nível teórico e interpretativo, por meio da qual palavras de ordem moral e política “são introduzidas no discurso jurídico, com a finalidade prática de guiar a interpretação e a aplicação do Direito”<sup>250</sup>; e a *degeneração instrumentalizadora*, que transforma esses gatilhos externos em práticas correntes no âmago da práxis eleitoralista, subvertendo a própria razão de ser do Direito Eleitoral e o seu assento constitucional<sup>251</sup>. Ao enumeramos as razões de sua formação, podemos produzir uma epistemologia que denuncie a degeneração e contribua para a imunização da democracia constitucional<sup>252</sup>. Sem compreender a degeneração, não será possível compreender a própria autonomia do direito, porque entender as causas da degeneração é entender por

---

<sup>249</sup> ABOUD, Georges. **Direito Constitucional Pós-Moderno**. Ob., cit., p. 72.

<sup>250</sup> Ibid., p. 72.

<sup>251</sup> Essa tríade é apresentada, por meio dos mesmos termos, por Georges Abboud, sendo que nós seguiremos à risca a sua proposta terminológica. A esse respeito, ver: ABOUD, Georges. **Direito Constitucional Pós-Moderno**. Ob., cit., p. 68 ss.

<sup>252</sup> ABOUD, Georges. **Direito Constitucional Pós-Moderno**. Ob., cit., p. 93.

que proteger e preservar o direito, algo “[...] objetivamente precioso para o constitucionalismo contemporâneo”<sup>253</sup>.

### 2.1.1. A degeneração institucional

Derivado do adjetivo originado de *pólis* (*politikós*), que significa tudo o que se refere à cidade e, conseqüentemente, o que é urbano, civil, público e até mesmo sociável e social, o termo *política* se expandiu graças às influências da grande obra de Aristóteles, intitulada *Política*<sup>254</sup>, que deve ser considerada como o primeiro tratado sobre a natureza, funções e divisão do Estado, e sobre as várias formas de Governo, com a significação mais comum de arte ou ciência do Governo, isto é, de reflexão, não importa se com intenções meramente descritivas ou também normativas<sup>255</sup>.

O termo *Política* foi usado durante séculos para designar principalmente obras dedicadas ao estudo daquela esfera de atividades humanas que se refere de algum modo às coisas do Estado<sup>256</sup>. Na época moderna, o termo perdeu seu significado original, substituído pouco a pouco por outras expressões como “ciência do Estado”, “doutrina do Estado”, “ciência política”, “filosofia política”, etc., passando a ser comumente usado para indicar a atividade ou conjunto de atividades que, de alguma maneira, têm como termo de referência a *pólis*, ou seja, o Estado. A política, então, conforme Norberto Bobbio e Nicola Matteucci sustentam em seu famoso Dicionário, é uma “forma de atividade ou de práxis humana”<sup>257</sup>, através da qual se organizam os assuntos do Estado e da sociedade e, diga-se, a partir da qual o poder da força, ou o poder pelo poder, que é uma forma deturpada de organização<sup>258</sup>, acaba sendo substituído ou suplantado – não obstante também possam existir meios deturpados de exercício do poder político, construídos por intermédio dela própria (Aristóteles mesmo falava acerca da aristocracia, da oligarquia e da tirania como formas deturpadas). Falamos, todavia, contextualizando a nossa escrita, em política *da* e *na* democracia, não havendo, para nós outros, melhor maneira de exercício do poder ou de um regime de governo.

---

<sup>253</sup> Ibid., p. 94.

<sup>254</sup> ARISTÓTELES. *A Política*. São Paulo: Lafonte, 2017, 440 p.

<sup>255</sup> BOBBIO, Norberto; MATTEUCI, Nicola. *Dicionário de Política*. Ob., cit., p. 954.

<sup>256</sup> Ibid., p. 954.

<sup>257</sup> Ibid., p. 954-955.

<sup>258</sup> “[...]. O poder pelo poder é um modo deturpado do exercício de qualquer forma de poder, que pode ser como sujeito tanto quem exerce o grande poder, qual o político, quanto quem exerce o pequeno, como o do pai de família ou o do chefe de seção que supervisiona uma dezena de operários” (BOBBIO, Norberto; MATTEUCI, Nicola. *Dicionário de Política*. Ob., cit., p. 958-959).

O movimento de falar acerca de corrupção no Brasil geralmente é caracterizado por uma tríade maléfica que acaba tomando a esfera pública: criminalização da política, missão purificadora e messianismo. É a tempestade perfeita. E quando isso, no mais, acaba se achegando ao Direito, a tempestade perfeita é potencializada ao quadrado. Há, todavia, sempre e sempre uma dimensão gigantesca, que essas pessoas não irão repor, sejam pessoas do povo individualmente consideradas, legisladores ou juízes. Mais de 500 anos de história e um trajeto marcado pelo patrimonialismo inerente às raízes. Vale dizer: não é com frases de efeito e medidas salvacionistas que iremos resolver a parada. Tampouco passando por cima da normatividade do nosso pacto civilizatório.

Raymundo Faoro talvez tenha sido quem melhor escreveu acerca dessa historiografia brasileira. Em seu clássico “Os Donos do Poder”, Faoro traz uma análise minuciosa da formação do Estado brasileiro, ocasião na qual ele busca demonstrar como melhor interpretar as origens e do desenvolvimento de um Estado brasileiro, porém, não de uma nação brasileira, fracassada mediante ações do próprio Estado. Na visão de Faoro, o Brasil, uma vez gerado por eles, não deixou de ser português<sup>259</sup>.

O autor traça, ainda, um panorama social do cenário brasileiro, utilizando-se, para tanto, de um conceito que se tornou principal em sua obra, isto é, o “patrimonialismo-estamental”. O indigitado “patrimonialismo-estamental”, por sua vez, é articulado ou considerado a partir do diálogo com uma categoria ideal weberiana, que é escolhida por estar relacionada à estrutura de longa duração estatal, afirmando-se, pois, nesse sentido, que de Dom João (o I de Portugal, Rei de Portugal e de Algarves) a Getúlio Vargas, numa viagem de seis séculos, “[...] uma estrutura político-social resistiu a todas as transformações fundamentais, aos desafios mais profundos, à travessia do oceano largo”<sup>260</sup>. E hoje, é preciso dizer, não é muito diferente.

A estrutura patrimonial-estamental, como conceito central, indica um modelo estatal cujas engrenagens giram à luz de uma característica acentuadamente patrimonialista, que acaba por ser dirigida (ou gerida) por um estamento. E o desdobramento desta pecha (ao Estado brasileiro, no caso), aponta que a formação do Estado patrimonial-estamental se constitui de atores diversos, dentre os quais: o Estado mesmo, as instituições privadas e os grupos econômicos e políticos aliados ou

---

<sup>259</sup> FAORO, Raymundo. **Os donos do poder**: formação do patronato político brasileiro. 5. ed. São Paulo: Globo, 2012.

<sup>260</sup> *Ibid.*, p. 819.

legitimados pelo Estado e por suas tradições. Trata-se do Estado engendrando uma estrutura chamada Estado patrimonial-estamental. Desta forma, o estamento pensa em si próprio e no Estado; já o Estado pensa em si e, para tanto, tem a preocupação com o bem-estar do estamento<sup>261</sup>. Não há dúvidas de que isso é um problema. Com o qual convivemos todos.

E o que é isto, o Estado patrimonialista-estamental? Para responder este questionamento, deve-se perceber desde já que a formação do estamento burocrático, que se instalou em terras brasileiras desde a sua gênese, ocorreu mediante as fortes influências oriundas de Portugal. Estas influências foram se reproduzindo na Colônia, tornando-se fundamentais para a consolidação das bases do Estado patrimonialista e colonial, constituindo o marco tradicional da dominação das forças políticas e econômicas das minorias abastadas<sup>262</sup>. O problema, eis o ponto, é longo<sup>263</sup>. E não há, contudo, solução mágica para ele, como se alguém, mediante estalar de dedos, pudesse fazer instaurar aqui o reino da justiça e da igualdade, ou uma espécie de purga contra alegados ímpios<sup>264</sup>.

Quando o discurso de moralização da política ou de combate à corrupção pública ou eleitoral propriamente dita ascende no Brasil, relevante que é, ocorre,

---

<sup>261</sup> Ibid., p. 261.

<sup>262</sup> MULLER, Cristina Maria. **O estamento burocrático brasileiro**. Acesso Livre. [S.l.], n. 8, p. 92, jul./dez 2017.

<sup>263</sup> Mem de Sá, terceiro governador-geral do Brasil a mando da Coroa portuguesa, foi aquele que fez dar uma guinada na administração desta terra, após os desmandos e a anarquia do governo de Duarte da Costa, que havia substituído o primeiro governador-geral, Tomé de Souza. Deu-se aqui a efetiva gênese do Estado brasileiro. E a história fala por si, a saber: “[...] Em dez anos, Mem de Sá fizera muito pelo Brasil – e também tirara muito dele. Cuidadosamente escolhido pelo rei D. João III, de quem era amigo – para substituir o desastrado Duarte da Costa –, o fidalgo, membro do Conselho Real e desembargador Mem de Sá desembarcara em 28 de dezembro de 1557 numa colônia conflagrada, à beira da guerra civil e da invasão. Experimentado nas artes da guerra e da paz, letrado, corajoso e cruel, Mem de Sá aplicou de imediato uma política de ferro e fogo, exterminando milhares de indígenas, dizimando centenas de aldeias, combatendo os franceses onde quer que os encontrasse e submetendo os colonos portugueses aos rigores da lei e da ordem. Jurista calejado, solucionou inúmeras pendengas entre colonos, proibiu o jogo, a vadiagem e a embriaguez, instalou vários engenhos e botou outros para funcionar. Criou uma legislação protetora dos índios cristianizados e estimulou o início do tráfico de escravos africanos. Ao mesmo tempo, amealhou a maior fortuna pessoal do Brasil, em razão do próprio tráfico de escravos, de suas fazendas de gado, de seus engenhos de açúcar e da exportação de pau-brasil. Mem de Sá ganhou muito, mas por um preço terrivelmente alto. Numa expedição enviada ao Espírito Santo, em abril de 1558, para combater os Aimoré, foi morto seu filho Fernão. Nove anos mais tarde, também vítima de uma flecha, morreria o sobrinho Estácio de Sá, na luta contra franceses e Tamoio pela conquista do Rio de Janeiro. A filha de 12 anos, Beatriz, e a mulher, Guiomar, estavam mortas. É compreensível, portanto, que, em 1569, após redigir seu testamento, Mem de Sá enviasse nova carta ao rei se lamuriando: ‘Sou um homem só’. [...]” (BUENO, Eduardo. **Brasil, uma história**: cinco séculos de um país em construção. Rio de Janeiro: Leya, 2012, p. 84-85).

<sup>264</sup> Há outras belas obras no mesmo caminho, por exemplo: HOLANDA, Sérgio Buarque de. **Raízes do Brasil**. São Paulo: Companhia das Letras, 2017; PRADO JR., Caio. **Formação do Brasil contemporâneo**. São Paulo: Companhia das Letras, 2011; RIBEIRO, Darcy. **O povo brasileiro**: a formação e o sentido do Brasil. São Paulo: Global editora, 2023; BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. **Do Estado patrimonial ao Estado gerencial**. In: PINHEIRO, Paulo Sérgio; SACHS, Ignacy; WILHEIM, Jorge (Org.). **Brasil: um século de transformações**. São Paulo: Companhia das Letras, 2001, p. 222-259.

entretanto, um captar dos holofotes que fazem com que grandes decisões nacionais resem submetidas “ao sabor de paixões e circunstâncias momentâneas”<sup>265</sup>, podendo ser visualizado a partir da paráfrase feita por Steven Pinker da frase de Noam Chomsky de que a ignorância se divide entre mistério e problema<sup>266</sup>. Perante o problema, podemos até não saber a solução, mas, ainda assim, possuímos um nível de conhecimento que nos permite ter uma vaga ideia sobre o conhecimento buscado. Em contrapartida, ao sermos defrontados com o mistério, ficamos perplexos e maravilhados, sem ao menos uma ideia, por menor que seja, de como seria a explicação<sup>267</sup>. E isso vem, não raro, articulado por discursos moralistas contra a normatividade constitucional e com um inimigo em vista: a política<sup>268</sup>. Mas não só e por si só: o Direito, ou a sua deturpação, vem como meio para tanto, formando uma duplicidade de vítimas - promovendo o soçobrar da autonomia do Direito em prol de fundamentos como “preponderância da voz das ruas”, “anseio popular”, “vontade da maioria”, “combate à corrupção eleitoral”, “moralidade”, o Direito e a Política caem.

Peculiar, registre-se, é o fato de haver uma união, para tais desideratos, entre setores da sociedade civil, órgãos de mídia<sup>269</sup>, atores jurídicos e políticos autofágicos. Isto é: a história demonstra essa união em momentos de investidas moralistas, não sendo privilégio de um grupo, apenas. Mas de representantes de diversos grupos. Quanto aos campos do direito e da política, por evidente, é ainda pior: eles, que propagam tais ideias, atacam os seus campos de ação, o Direito e a Política, almejando não a refundação do regime em si, mas dividendo através desses discursos, nem que sejam capas de revista.

---

<sup>265</sup> ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. **Princípios constitucionais e democracia**. Florianópolis: Habitus, 2019, p. 11.

<sup>266</sup> ABOUD, Georges. **Direito Constitucional Pós-Moderno**. Ob., cit., p. 92.

<sup>267</sup> *Ibid.*, p. 92.

<sup>268</sup> Há, como bem ilustra Ruy Samuel Espíndola, uma dicotomia entre “Ética do Estado de Direito” e “Ética do Estado de Polícia”, sendo que “[...] a primeira prioriza os direitos fundamentais e a separação de poderes, o regime de liberdades, fundando-se numa razão constitucionalista, nas regras e princípios constitucionais que compõe o corpus constitucional. [...] a segunda prioriza o braço forte do Estado em sua ação punitiva, com flexibilização, descuido ou desprezo aos direitos fundamentais e as garantias legais, elegendo os seus inimigos e se baseando em razões moralistas” (ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. **Princípios constitucionais e democracia**. Ob., cit., p. 23).

<sup>269</sup> “[...]. Nesse sentido, almeja-se traçar relações entre realidade hodierna de criminalização dos políticos, representantes do povo e eleitos pelo voto popular, com importantes contribuições trazidas por autores que percebem, nos efeitos do punitivismo neoliberal imperante, um progressivo desamparo nos direitos fundamentais, notadamente observado nas constantes e assustadoras flexibilizações dos direitos constitucionais, como no caso da supressão dos direitos políticos, que são subespécie dos direitos humanos, além do esvaziamento dos direitos fundamentais assecuratórios da proteção dos cidadãos na processualística penal” (AIETA, Vânia Siciliano. **Criminalização da Política**. Ob., cit., p. 17).

A fábula de Ésope é oportuna para explicar o que estamos afirmando: irritadas com a anarquia, as rãs pediram a Zeus um rei. Rindo, Zeus jogou um pedaço de madeira no açude e lhes disse: eis o rei. As rãs fugiram. Depois, como o pedaço de madeira permanecia imóvel, voltaram à superfície. Achando-se logradas, imploraram a Zeus um rei mais enérgico. Zeus então lhes enviou uma águia, que as devorou<sup>270</sup>. Quer dizer: como Lacerda, que sempre pregou golpes de Estado para alcançar o poder e, uma vez consumado o golpe, teve seus direitos políticos sumariamente cassados, é preciso ter cuidado com o que se pede. O desejo pode ser atendido. Volte, pois, à Parte I e às mazelas que o discurso moralista trouxe ao país no curso da sua história político-institucional, movimentos rupturais da institucionalidade democrática<sup>271</sup>.

Vivemos hoje em época de democracia, não obstante os exemplos de “recessão democrática” ou de “ressurgimento de práticas autoritárias” vistos aqui ou acolá<sup>272</sup>. E a política, diga-se, pode, na dinâmica do exercício do poder político, suplantar aquilo que a constituiu, sim, ontem, hoje e amanhã. Quando esse déficit democrático-constitucional se une por meio de Política e Direito temos, enfim, um cenário duro, de profunda problemática. Autofagia dúplice: os políticos que agem contra o sistema que os constituiu. E os juristas atingem a autonomia do sistema jurídico, sem o qual não teriam papel de participação na cena pública.

O Direito Eleitoral e o Direito Constitucional precisam acertar contas. Contas que são dívidas do primeiro para com o segundo. Dívidas que precisam ser pagas com “juros teóricos” e “correções dogmáticas”. Aqueles, tanto moratórios, quanto compensatórios. Essas, para que a alusão ao Direito Constitucional como fundamento do Direito Eleitoral não seja apenas “nominal”, mas traduza o “real valor” de seus

---

<sup>270</sup> STRECK, Lenio Luiz. **A demonização da política**. Opinião. Disponível em: <https://gauchazh.clicrbs.com.br/opiniao/noticia/2016/03/lenio-streck-a-demonizacao-da-politica-5505639.html>. Acesso em: 27 dez. 2023.

<sup>271</sup> “[...] As democracias também se valem de certa concepção da ação política. Também nesse aspecto, tentam evitar dois extremos. Por um lado, a diferença das teocracias e dos regimes totalitários, elas não prometem à sua população a salvação, nem lhe impõem o caminho a seguir para alcançá-la. A construção do paraíso na Terra não faz parte do seu programa; a imperfeição de toda ordem social é considerada como um dado prévio. [...] Os habitantes dos países democráticos, embora frequentemente se mostrem insatisfeitos com sua condição, vivem num mundo mais justo do que aqueles habitantes dos outros países. Eles são protegidos pelas leis; gozam da solidariedade entre membros da sociedade que beneficia os idosos, os doentes, os desempregados, os miseráveis; podem invocar os princípios da igualdade e de liberdade, e até um espírito de fraternidade” (TODOROV, Tzvetan. **Os inimigos íntimos da democracia**. São Paulo: Companhia das Letras, 2012, p. 17).

<sup>272</sup> “Recessão democrática” é um termo cunhado pelo cientista político Larry Diamond, de modo a indicar um fenômeno de ressurgimento do fator autoritário. A esse respeito ver a seguinte obra de autoria dele: DIAMOND, Larry. **The Spirit of Democracy: the struggle to build free societies throughout the World**. New York: Times Books, 2008, p. 20 ss.

vínculos teóricos, dogmáticos e hermenêuticos<sup>273</sup>. Constituição é norma, tem força normativa, e vincula o juiz, o legislador e o administrador e mesmo os particulares – e há vínculo nos diversos níveis de concretização constitucional, que vai do escalão intraconstituição, passa ao esforço normativo do legislador e chega ao chão do judiciário e da administração pública. O Direito Eleitoral ainda não soube adimplir o dever de respeitar a Constituição como norma *normarum*, como norma que dita como as demais normas serão produzidas<sup>274</sup>.

Giorgio Agambem, em seu célebre “Estado de Exceção”, aponta que o normativismo inerente ao século XX continua sedimentando paradigmas que impedem os juristas de enxergar e reconhecer a violência instituidora e mantenedora do Direito e, sobretudo, o “estado de exceção” por ele tolerado, como quando as conveniências políticas de ocasião assim o demandarem<sup>275</sup>. A exceção é tolerada.

Ocorre que o constitucionalismo, tal e qual a assertiva de Abboud, “enxerga as decisões do poder como inteiramente dependentes – tanto em sentido, quanto em validade – dos limites colocados pelo direito posto”<sup>276</sup>. À luz da ideia da Constituição, a decisão política contém sempre uma parcela inexpugnável de juridicidade, e nunca constitui um ato de pura vontade soberana<sup>277</sup>. Se o poder for absoluto – como pretendia Carl Schmitt<sup>278</sup>, o constitucionalismo perde sentido e tudo se torna uma questão política<sup>279</sup>.

Não uma questão política em si, mas uma questão de alegada maioria popular, vocacionada por alguns agentes políticos e jurídicos, condensando a maioria que pode tyrannizar, a maioria ruidosa, a maioria que subverte a ordem jurídica. Logo, “povo, soberania e política se fundiriam, enfim, numa só vontade e nada lhe poderia impor limites, nem mesmo o direito”<sup>280</sup>. Não por que o direito deixaria de existir, “mas porque o direito que contrariasse essa vontade deixaria de ser direito e estaria em oposição ao

---

<sup>273</sup>ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. **Palavra e Memória**: Ob. Cit., p. 188.

<sup>274</sup> Ibid., p. 190.

<sup>275</sup>AGAMBEM, Giorgio. **Estado de Exceção**. Ob., cit., p. 65 ss.

<sup>276</sup> ABOUD, Georges. **Direito Constitucional Pós-Moderno**. Ob., cit., p. 95.

<sup>277</sup> Ibid., p. 95.

<sup>278</sup> “[...]. Na visão *Schmittiana*, qualquer noção de autonomia do direito sequer é cogitável, porque direito, cultura, e qualquer sistema de pensamento é absorvido pela força do poder político. Político, nesses termos, não compreendido como uma instância de deliberação democrática, mas como força fundante da nação” (ABBOUD, Georges. **Direito Constitucional Pós-Moderno**. Ob., cit., p. 95); tb.: KENNEDY, Ellen. **Carl Schmitt en la República de Weimar: la quebra de una Constitución**. Madrid: Tecnos, 2004, p. 149.

<sup>279</sup> ABOUD, Georges. **Direito Constitucional Pós-Moderno**. Ob., cit., p. 95.

<sup>280</sup> Ibid., p. 95.

*verdadeiro* direito. E assim a criação do *não* direito iniciativa a sua marcha”<sup>281</sup>. Parece que as rãs brasileiras, incluídos os políticos autofágicos que pedem ditadura e zombam da política, estão "cansadas da democracia". Querem um rei. Acham que os fins justificam os meios. Estamos "trabalhando" para isso. Para demonizar a política<sup>282</sup>.

O estado de exceção se revela – no âmbito do Poder Executivo – nos atos administrativos excepcionais, nas medidas provisórias, nos decretos de toda ordem, justificáveis, por vezes, falaciosamente, nos casos de suposta defesa da ordem pública e de perigo à segurança, atribuindo poder de regulamentação ao Poder Executivo – em uma perspectiva de função atípica desse Poder – de modo que a exceção macule paulatinamente o corolário da separação dos poderes<sup>283</sup>. Do mesmo modo, é importante asseverar que, no universo do Poder Legislativo, os grupos minoritários ou os que a todo momento fogem da arena política pelos mais diversos motivos, sendo o mais relevante a ausência da tão necessária *virtú* maquiavélica, ou seja, falta-lhes a destreza necessária para os corriqueiros embates políticos pertinentes aos mandatos que exercem. Em consequência, acabam por fazer do Poder Judiciário a salvaguarda das ações que deveriam ser da sua alçada. Observa-se a presença cada vez mais cotidiana da exceção e da violência no Estado contemporâneo<sup>284</sup>. Já o Judiciário adentra ativamente à cena, como promovedor da exceção, justamente nos julgamentos com lastro em argumentos de moral e de política, que fazem subverter, por meio de fundamentos metajurídicos, a autonomia do Direito, notadamente em momentos de inflexão (de novo... voz das ruas, apelo popular, opinião pública, vontade da maioria, combate à corrupção, moralidade), subvertendo, o que é ainda mais grave, a sua missão histórico-constitucional: a defesa de direitos<sup>285</sup>.

Levitsky e Ziblatt apresentam, no quarto capítulo do seu “Como as democracias morrem”, hipóteses de subversão do regime<sup>286</sup>. E eles começam citando o exemplo de Fujimori, no Peru. Interessa-nos, a esse respeito, a linguagem manejada pelo ditador, em campanha ou no curso do seu mandato presidencial. Em seu discurso de posse, Fujimori advertiu que o Peru enfrentava a mais profunda crise de sua história republicana. A

---

<sup>281</sup> Ibid., p. 96.

<sup>282</sup> STRECK, Lenio Luiz. **A demonização da política**. Opinião. Disponível em: <https://gauchazh.clicrbs.com.br/opiniao/noticia/2016/03/lenio-streck-a-demonizacao-da-politica-5505639.html>. Acesso em: 27 dez. 2023.

<sup>283</sup> AIETA, Vânia Siciliano. **Criminalização da Política**. Ob., cit., p. 26.

<sup>284</sup> Ibid., p. 26.

<sup>285</sup> Ficha-Limpa e Lava-Jato, irmãos siamesas.

<sup>286</sup> LEVITSKY, Steven; ZIBLATT, Daniel. **Como as democracias morrem**. Rio de Janeiro: Zahar, 2018, p. 76 ss.

economia, disse, estava à beira do colapso e a sociedade peruana vinha sendo despedaçada, dentre outros fatores, “pela corrupção”<sup>287</sup>. Fujimori tinha sido inclemente em seus ataques contra a elite política, descrevendo-a como uma oligarquia corrupta que estava arruinando o país. Eleito, ele descobriu que aqueles que havia atacado e derrotado durante a campanha ainda controlavam muitas das alavancas de poder. Preferia, como algumas vezes se gabou, governar o Peru sozinho. Assim, em vez de negociar com os líderes do Congresso, Fujimori os açoitou, chamando-os de “charlatões improdutivos”. Ele atacou juízes não cooperativos, caracterizando-os como lacaios e patifes. Ainda mais perturbador, ele começou a contornar o Congresso, optando por decretos executivos<sup>288</sup>. O Presidente matou o Congresso. E o exemplo aqui é da política matando a política, a criminalização da política por um político – o processo começa com palavras.

Não é diferente em outras localidades ou quadras históricas, devemos frisar. A questão, por outro lado, é: nem sempre essas palavras provêm da “mente privilegiada” de um líder populista, eleito ou não. Às vezes elas vêm do Judiciário mesmo, eleitoral em sentido estrito, falando acerca da realidade brasileira, ou não. Quando um juiz pauta suas decisões em discursos de moralidade, referindo, inclusive, eventuais crises de representatividade para respaldar o seu decisório, ele abre a porta para quem um político também o faça, numa simbiose entre palanque e banco judicial, e vice-versa. Muitas vezes, aliás, o político só faz repetir o juiz, isso na prática discursiva. Moralistas lá, moralistas cá. E isso, em ambas as hipóteses, carrega um déficit tremendo: democrático, pelo político, jurídico, pelo magistrado ou pelo teórico do Direito.

Se o Direito serve para controlar a política, quando a interpretação do Direito passa a absorver linguagem externa o Direito acaba por se desvencilhar da sua função, fugindo da sua integridade e adentrando a outros campos, políticos por excelência. O que dizer, então, de um político que usa tal prática linguística, quando o Direito a usa? Como controlar? A quem buscar a tutela dos direitos civis? Nada brota de auspicioso daí. E, para além do Direito, há, antes disso, um algoz bem definido: a política. A criminalização dela, institucionalmente falando, por meio de duas frentes.

A democracia é de via dupla: constitucional, antes de tudo, e representativa. O poder da maioria é relevante em uma democracia. Mas não é primordial. Antes dele, há

---

<sup>287</sup> Ibid., p. 77.

<sup>288</sup> Id.; Ibid.

o poder da contra-maioria. Que é manifestado por um pacto predecessor: a Constituição e a sua normatividade constitucional, que é superior. Trata-se, dito de outra forma, de uma maioria dentro ou sob a Constituição, não por cima ou fora dela.

Já a democracia representativa, assim como o sistema eleitoral, são os motores que fazem o voto transmutar-se em representação. Essa maioria importa. E é indispensável. Depois, uma vez empossada, a maioria cede, pois bem, à constitucionalidade, no curso da dinâmica política materializada pelo voto. O conceito de democracia vai além de ser um método de tomada de decisão de decisões coletivas, ou seja, as decisões da maioria não devem reduzir os direitos fundamentais dada a sua rigidez natural. Além disso, esse paradigma é caracterizado por ser aberto, o pluralismo político faz-se presente, isto é, grupos políticos dentro de um quadro de instituições estão sujeitos a regras fixas e estabelecidas, eles possuem o direito de expressar suas ideologias para a cidadania para obter sua adesão e alcançar o poder; as eleições periódicas e a rotação de funcionários públicos que atuam em nome do povo, são os elementos substanciais do Estado democrático, porque o poder é legitimado pela aceitação dos membros da comunidade, que, por meio de seu voto, elegem aqueles que os representarão no exercício do poder público por um determinado tempo<sup>289</sup>. O poder da maioria encontra freio. E é o da normatividade, da normatividade constitucional. Eis a fórmula, que deve, aliás, ser observada pelo próprio Judiciário, a partir da postura de “como decidir”.

A desqualificação da Política, principalmente no registro paroxístico que poderíamos caracterizar como antipolítica, encontrou na criminalização o mais poderoso dos instrumentos, na dependência, contudo, da publicidade espetacular dos procedimentos concretos. Os patíbulo operísticos do antigo regime foram substituídos pelo pelourinho virtual, atado ao qual o padecente já não vê desfilar diante de sua vergonha os curiosos da praça, mas é sua própria imagem que desfila, angustiada e impotente, por dezenas de milhares de lares<sup>290</sup>.

Mesmo em pleno século XXI, existe a tentativa de implementar uma “sociedade punitiva”, fruto de um projeto político transnacional, que recorre à legislação/

---

<sup>289</sup>MAGALHÃES, José Luiz. **Quadros de Democracia e Constituição**: tensão histórica no paradigma da democracia representativa e majoritária a alternativa plurinacional boliviana. In: FIGUEIREDO, Eduardo Henrique Lopes; MONACO, Gustavo Ferraz de Campos; MAGALHÃES, José Luiz Quadros (Coord.). *Constitucionalismo e Democracia*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

<sup>290</sup> BATISTA, VERA MALAGUTI. **Loïc Wacquant e a questão penal no capitalismo neoliberal**. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2012, p. 226.

interpretação coercitiva e às táticas policiais<sup>291</sup>. Porém, nas relações contemporâneas entre Direito e Política, o Direito estabelece as regras do jogo, de modo a determinar as esferas jurídico-políticas do ‘decidível’ e do ‘indecidível’, que é a dimensão substancial das garantias, hoje tão esquecidas, em especial, pelo próprio Poder Judiciário”<sup>292</sup>.

Populismo corriqueiramente vem pela política. Mas, não apenas. Populismo judicial-interpretativo também se mostra, vez ou outra – notadamente quando a lógica das coisas é invertida e juristas/julgadores passam a se manifestar por intermédio de fundamentos salvacionistas/pragmaticistas, como o “decido dessa forma mediante combate à corrupção” ou “julgo em atenção aos anseios do povo”. Se o ato de julgar/decidir estiver subordinado aos intuitos de “ficar bem com a audiência”, de parecer “justo a uma maioria ocasional” ou de “contabilizar popularidade por meio da caneta”, o Judiciário terá perdido a sua razão de ser, que não é a de angariar votos.

O que justifica indeferimentos de registro, ou cassações a granel (registros, diplomas, mandatos eletivos)? Se a política-eleitoral carrega os seus problemas, eles seriam resolvidos mediante cassações, pura e simplesmente? Decidir e impor o fragor da espada, por si, representaria atitude adequada? Ou a fundamentação da decisão, observados os direitos fundamentais dos acusados e, portanto, dos jurisdicionados perante a Justiça Eleitoral, seria o agir mais adequado, não obstante eventuais contendas políticas ou polêmicas envoltas a um ou outro candidato? Aqui sim a soberania popular encontra o seu maior respaldo, isto é: na proteção do voto depositado nas urnas, observada a legitimidade de um processo eleitoral. Ou seja: o Judiciário, notadamente o eleitoral, deve reverência a esse poder, porque é o poder formador da representatividade política. Ele não é absoluto, tampouco as campanhas são uma espécie de faroeste, mas desconstituí-lo só se justifica em hipóteses estremadas, observados eventuais ilícitos praticados no curso. Diferente é a soberania popular na dinâmica da política já posta institucionalmente. Aí vem o contramajoritarismo inerente ao poder constituinte originário. A interpretação jurídico-eleitoral deve encontrar os seus limites, contrapesos.

Se o populismo político, como diz Edson Kossmann, “vai além do limite democrático entre posições políticas e ideológicas antagônicas”<sup>293</sup>, o populismo, em si,

---

<sup>291</sup>AIETA, Vânia Siciliano. **Criminalização da Política**. Ob., cit., p. 40.

<sup>292</sup> Ibid., p. 40.

<sup>293</sup> KOSSMANN, Edson Luís. **A democracia no espelho: como os predadores fragilizam a democracia expondo-a ao populismo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2022, p. 172.

antes de qualquer coisa, “converte o adversário em inimigo a ser combatido e não apenas vencido no processo institucional”<sup>294</sup>. O populismo político visa aniquilar o adversário. Já o populismo de fundamentação jurídica aniquila direitos, ainda que no varejo. E, como não deixaria de ser, assim dinamiza observando um alvo: a política.

O Direito Eleitoral degenerado tem como primeira vítima a institucionalidade, concretizando a degeneração institucional. E esse fenômeno vem, de mais a mais, materializado pela criminalização da política, seja pela política mesmo, seja pelo Judiciário, sem contar a sociedade civil. Nele é insuflado uma ação de majoritarismo instantâneo (o anseio do povo que legitima leis que ferem direitos fundamentais, p. ex.<sup>295</sup>), criando uma espécie de “eterno retorno do poder constituinte, fazendo o direito refém da política e da moral. Ou melhor, desmaterializando o direito sempre que for conveniente, de modo a assegurar a manutenção do poder autocrático”<sup>296</sup>. E de contramajoritarismo vazio, apostando apenas no poder que a Justiça Eleitoral possui no sentido de desconstituir participações em eleições ou mandatos eletivos em sentido lato, como se o caminho, consubstanciado pelo processo judicial eleitoral, não fosse relevante, como se direitos e garantias processuais fossem subsidiárias e como se o moralismo fosse o fim a ser perseguido, não importando os freios consagrados pela constitucionalidade.

Fundamento demasiado recorrente em matéria eleitoral, por exemplo, é o de que o “interesse público” (na lisura das eleições, dizem) viria a se sobrepor ao “interesse individual”. Por este raciocínio, em razão de uma pretensa “supremacia do interesse público” em âmbito eleitoral, exurgem reiteradas defesas da submissão dos direitos individuais, ou seja, do manifesto sacrifício destes em prol de um pretenso “bem maior” (sic). Trata-se, pois, tal raciocínio, de uma tosca manipulação discursiva, interesseira mesmo, suplantada de modo a justificar a prática de diversas arbitrariedades, especialmente cercadas por um voluntarismo munido de instintos justiceiros.

Uma ética jurídica que não se confunda com o moralismo jurídico só pode ser, portanto, uma ética dos mínimos com vocação objetiva e universalizável. Os direitos

---

<sup>294</sup> Ibid., p. 172.

<sup>295</sup> “[...]. A utilização da soberania popular como fundamento último de qualquer ação de poder, possibilita que a política diretamente defina como se governa, como deve ser feita a lei e principalmente, a política, mediante substituição do direito por ideologia, permite que se interprete o direito da maneira que for mais conveniente ao pensamento político dominante” (ABBOUD, Georges. **Direito Constitucional Pós-Moderno**. Ob., cit., p. 101).

<sup>296</sup>ABBOUD, Georges. **Direito Constitucional Pós-Moderno**. Ob., cit., p. 99.

humanos fundamentais, juntamente com os deveres inerentes a cada indivíduo, seriam o melhor conteúdo - e o único possível - para integrar este consenso mínimo, mas exigente<sup>297</sup>. Esta concepção liberal de direitos será a âncora chave dos direitos individuais básicos que estão envolvidos nos temas abordados neste trabalho. São estes direitos que estão implicados quando são feitas tentativas de impor coercivamente a moralidade. Isto não significa que os direitos econômicos, sociais e culturais possam eventualmente ser seriamente comprometidos em determinadas circunstâncias. Mas são os direitos de liberdade, autonomia e segurança do indivíduo que ficarão principalmente ameaçados quando surgir o moralismo jurídico. E isto apesar de reconhecer as insuficiências que a concepção liberal clássica de direitos já demonstrou quando a igualdade gera tensões intransponíveis com a liberdade e exige para si um estatuto ao mesmo nível dos postulados da liberdade<sup>298</sup>. Ou seja: não se deve almejar “moralizações” à custa de direitos fundamentais, incluindo-se aí a normatividade dos direitos políticos.

Há, nestes movimentos, nas bem lançadas palavras de Ruy Samuel Espíndola, “[...] um processo crescente de marginalização dos políticos e de demonização da política representativa. Há um processo inconfesso de infantilização do eleitor e de sua capacidade de escolha”<sup>299</sup>. E não é, diga-se novamente, para isso que serve o Direito Eleitoral. Tampouco poderá, o Direito Eleitoral, ser manipulado como um objeto a serviço de uma espécie de autoritarismo semântico, tão propagado nestes tempos, cujo lugar da fala encontra assento na negação da política.

Evidente o é, vale dizer, que não estamos, com isso, a sufragar uma concepção nihilista do enredo, em absoluto. Tampouco, e o friso é importante, defendendo o engessamento dos juízes e Tribunais Eleitorais. A Justiça Eleitoral tem uma atuação salutar para a democracia brasileira, na proteção da normalidade, legitimidade e lisura dos processos eleitorais. E dela, pois, somos fieis defensores. Que isso, portanto, reste muito claro, até mesmo para evitar possíveis mal-entendidos. Da mesma forma, pensamos que também é relevante que a legislação eleitoral trace um sistema de inelegibilidades (*lato sensu*<sup>300</sup>) com mecanismos hábeis à impugnação de determinado

---

<sup>297</sup> ROJAS, Jesús Ignacio Delgado. **Ciudadania liberal y Moralismo legal**. Tesis doctoral dirigida por Eusebio Fernández García (dir. tes.). Universidad Carlos III de Madrid (2019).

<sup>298</sup> *Ibid.*

<sup>299</sup> ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. **Palavra e Memória**: Ob. Cit., p. 186.

<sup>300</sup> Condições de elegibilidade, incompatibilidades e causas de inelegibilidade inatas e cominadas.

registro de candidatura e até mesmo de um diploma já concedido, e que discipline fatos típicos, de modo a coibir que ilícitos sejam praticados no curso do processo eleitoral e que, uma vez praticados, em havendo provas irrefutáveis da prática e da sua relevância, sejam os envolvidos punidos, sempre respeitado o *due process of law* em sua amplitude.

É assim, por exemplo, com as previsões contidas nos artigos 30-A (arrecadação e gastos ilícitos de campanha eleitoral), 41-A (captação ilícita de sufrágio) e 73 e seguintes (condutas vedadas aos agentes públicos), todos Lei 9.504/97, com as previsões encartadas no artigo 22 da Lei Complementar n.º. 64/90 (abuso de poder econômico, político e uso indevido dos meios de comunicação social), e com o previsto no §10 do artigo 14 da CF (ação de impugnação de mandato eletivo). Partimos, então, da premissa de que a punição é necessária. A questão a saber, porém, é a seguinte: Quando punir? Quem punir? Como punir? Quando e como...

Dito de outro modo, só se afigurará como legítima a punição em havendo o respeito às regras do jogo e em se tratando de alvo relevante ou grave, a ponto de desvirtuar a normalidade e a legitimidade do processo eleitoral ou, ainda, embargar efetivamente a liberdade de escolha do eleitor (o que deve ser cabalmente provado, registre-se, tudo através de um devido e democrático processo legal). E não é diferente com relação às condições de elegibilidade e causas de inelegibilidade, para o efeito do (in)deferimento de registros de candidatura. A regra, pois, é a elegibilidade, não o contrário (como muitos pensam por aí). E o povo, diga-se de passagem, possui o direito fundamental de escolher os seus representantes, e de fazer escolhas erradas, inclusive.

Demonizar a política, entretanto, é abrir as portas para a exceção. Se a corrupção é um problema, almejar combatê-la de qualquer jeito, mediante atropelo de direitos fundamentais, ou desconstituindo a soberania popular de feição eleitoral mediante atropelos, só faz aprofundar o problema, criando outros, ademais. Isso sem citar o messianismo característico desses movimentos, como se pudéssemos resolver intempéries via medidas simplistas, e como se convivêssemos com um agir calcado numa simbiose deslocada do assento das coisas: direito é política e política é direito<sup>301</sup>.

Com base em discursos moralistas e teleológicos, relega-se a segundo plano direitos e garantias conquistados com muita luta ao longo dos tempos, frutos, pois, de

---

<sup>301</sup>“[...]. Eliminar a separação entre direito e política é condição necessária para se derrubar a democracia constitucional [...]”. (ABBOUD, Georges. **Direito Constitucional Pós-Moderno**. Ob., cit., p. 99).

um duro processo de evolução civilizatória. Com isso, toda lógica do sistema jurídico-constitucional resta subvertida. Lembremo-nos: os direitos fundamentais de voto e de candidatura são condições de protetividade de todos os demais direitos fundamentais que conhecemos<sup>302</sup>. E entre “normas de restrição de direitos e as que estabelecem direitos fundamentais, as primeiras devem, sobretudo, prestar homenagem às segundas”<sup>303</sup>.

Política vai mal? Façamos mais política, estimulemos a participação. Sem isso, a democracia representativa estará diminuída. E a democracia constitucional e representativa solapadas – soa até antipático, ou petulante, mas, como asseverou o poeta T. S. Eliot, bem citado por Rubem Alves, o que casa bem, observado o texto e o contexto, “numa terra de fugitivos, aquele que anda na direção contrária parece fugir”<sup>304</sup>.

### 2.1.2. A degeneração epistêmica

Se a degeneração institucional ataca por intermédio da criminalização da política, observada a baixa consideração, mesmo que seja *ad hoc*, existente para com ela e para com os direitos políticos e a soberania popular concretizada eleitoralmente, a degeneração epistêmica se opera na órbita teórico-interpretativa, por meio da qual “palavras de ordem política e preconceitos morais são introduzidos no discurso jurídico, com a finalidade prática de guiar a interpretação e a aplicação do direito”<sup>305</sup>.

Um dos pressupostos nodais da democracia é a participação política do povo, que tem no sufrágio universal - e no direito de elegibilidade - a sua principal forma de expressão política. O sufrágio universal e o direito de elegibilidade, considerados como tais, respectivamente, o direito de votar e o direito de ser votado, representam o núcleo central dos direitos políticos, sem os quais não haverá falar em democracia. Dito de outro modo: não há direitos políticos sem democracia e não há democracia sem o resguardo dos direitos políticos. É dessa maneira que, no regime democrático, as eleições cumprem um papel fundamental: é principalmente por meio delas que o povo irá expressar a sua soberania política. O Direito Eleitoral brasileiro, diante disso, é o

---

<sup>302</sup> ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. **Palavra e Memória**: Ob. Cit., p. 192.

<sup>303</sup> Ibid., p. 199.

<sup>304</sup> ALVES, Rubem. **Gandhi**. Folha de São Paulo, quarta-feira, 31 de janeiro de 2001. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/fsp/opiniao/fz3101200109.htm#:~:text=O%20poeta%20T.S.,sociais%20em%20que%20est%C3%A3o%20enraizados>. Acesso em: 29 dez. 2023.

<sup>305</sup> ABOUD, Georges. **Direito Constitucional Pós-Moderno**. Ob., cit., p. 72.

encarregado de disciplinar a democracia em sua manifestação política, garantindo, a partir do assentamento das regras do jogo eleitoral, a realização de eleições livres, autênticas e periódicas, expressão primeira do ideário democrático.

Numa acepção estrita, a soberania popular representa o vínculo jurídico-político mantido entre Estado e sociedade, que acaba por pregar a participação política dos cidadãos nos rumos políticos da Nação. Está, pois, intimamente relacionada à noção de cidadania. Por sua vez, este princípio basilar do Estado Democrático, à luz do arcabouço normativo posto, resta concretizado, na forma ativa, pelo sufrágio universal, pelo voto direto e secreto, plebiscito, referendo e iniciativa popular (CF, art. 1º, § único c/c art. 14, *caput*); e, na forma passiva, pelo direito de elegibilidade, ou seja, pelo direito de ser votado, de modo a possibilitar a ocupação dos Cargos Eletivos do país. Tal participação se dá, portanto, por meio do exercício dos direitos políticos, seja ativa, seja passivamente.

É justamente nesse espectro que os direitos políticos pertencem à faixa dos direitos fundamentais, “sendo que a sua maior importância radica no fato de que por meio do seu exercício é como se organiza e administra a sociedade”<sup>306</sup>. Os direitos políticos, que são vetores do regime democrático e, por via de consequência, do Direito Eleitoral, são direitos fundamentais de importância salutar, fazendo possível o jogo democrático. Não há democracia sem eleições livres, autênticas e periódicas.

No regime democrático o poder emana do povo, que o exerce principalmente de maneira indireta, através de representantes eleitos para tanto. Se a soberania política recai sobre o povo, há de haver meios para que essa supremacia popular reste materializada. E é nesse percurso que adentram os direitos políticos, como direitos fundamentais de participação política do povo, materializados, notadamente, pelo votar e ser votado. Logo, por oportuno, é salutar ter em conta que qualquer tentativa de diminuição destes direitos (fundamentais)<sup>307</sup>, algo tão recorrente na história recente do

---

<sup>306</sup> BARRAZA, Arturo. **Los Derechos Políticos Electoral de los Ciudadanos Mexicanos**. In: Apuntes de Derecho Electoral: una Contribución Institucional para el Conocimiento de la Ley como Valor Fundamental de la Democracia. México: El Tribunal, 2000. 2 v, p. 369.

<sup>307</sup> Limitar também encontra limites. A esse respeito, p. ex.: “O âmbito de proteção de um direito fundamental abrange os diferentes pressupostos fáticos e jurídicos contemplados na norma jurídica e a consequência comum, a proteção fundamental. Alguns chegam a afirmar que o âmbito de proteção é aquela parcela da realidade que o constituinte houve por bem definir como objeto de proteção especial ou, se se quiser aquela fração da vida protegida por uma garantia fundamental” (MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 164); tb.: “[...]. A locução originou-se de uma conhecida conferência sobre os limites dos direitos fundamentais is proferida por Karl August Betterman, na sociedade jurídica de Berlim, em 1964. Segundo Betterman, as

Direito Eleitoral brasileiro, antes de qualquer coisa, é atentar contra o próprio regime democrático.

Somente na democracia reside o direito, em toda sua plenitude, e nela residirá também, em toda sua integridade, o poder<sup>308</sup>. A democracia, como critério, é o que legitima o exercício do poder republicano. Já o direito é o que vem para regular a democracia e o mesmo exercício do poder. E o Direito Eleitoral? O Direito Eleitoral é ramo do conhecimento jurídico que existe para estabelecer os parâmetros que irão nortear as contendas eleitorais livres, justas e periódicas, ou seja, o processo formador da representação republicana pela via democrático-eleitoral.

Trata-se, nas palavras de Arenas Bátiz, de um conglomerado de princípios e de regras, também de julgados precedentes, que visam guiar a atuação dos *players* e das autoridades eleitorais, estas que, o detalhe é demasiado relevante, “[...] não podem invocar considerações políticas, sociais ou econômicas, senão prescrições jurídicas, como fundamento para ter autorizada ou não uma determinada conduta”<sup>309</sup>. Não se trata, o Direito Eleitoral, de um meio de politizar ou moralizar o Direito, mas de uma instituição destinada a “juridicizar as condutas que ocorrem em torno do fenômeno político-eleitoral, sendo essa a grande contribuição desse ramo jurídico ao desenvolvimento democrático”<sup>310</sup>. Direito Eleitoral é Direito. Não é moral. E não é política.

Quando falamos em degeneração epistêmica, desejamos, antes de qualquer coisa, ressaltar o importante papel da dogmática jurídica, no sentido de prescrever a construção e o estabelecimento de uma dinâmica democrática e constitucional no horizonte do Direito e da sua interpretação-aplicação. É imprescindível, pois, marcar

---

limitações aos direitos fundamentais, para serem legítimas, devem atender a um conjunto de condições formais e materiais estabelecidas na Constituição, que são os limites dos limites dos direitos fundamentais. Consoante seu pensamento, as condições mais importantes estabelecidas na Lei Fundamental são a garantia do conteúdo essencial e a dignidade humana [...]”. (PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. **Interpretação Constitucional e Direitos Fundamentais**: uma contribuição ao estudo das restrições aos direitos fundamentais na perspectiva da teoria dos princípios. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 298).

<sup>308</sup> LASALLE, Ferdinand. **Derecho y Poder, artículo editorial del diario**. Reforma de Berlín, del 7 de febrero de 1863, en: ¿Qué es una Constitución? Ed. Colofón, 6ª ed. México, 1994, p. 125.

<sup>309</sup> BÁTIZ, Carlos Emilio Arenas. **Marco Teorico del Derecho Electoral**. In: Apuntes de Derecho Electoral: una Contribución Institucional para el Conocimiento de la Ley como Valor Fundamental de la Democracia. México: El Tribunal, 2000. 2 v, p. 74.

<sup>310</sup> *Ibid.*, p. 75-76.

que dogmática e legalidade constitucional não podem “ser desgastadas em detrimento de uma interpretação ideológica que não detenha amarras”<sup>311</sup>.

A dogmática associada à positividade democrática dá início a novo estilo jurídico, que, assumindo a priori a verdade incontestável dos seus pressupostos, volta-se à análise das normas legais, dentro dos limites de sentido impostos pelo ordenamento<sup>312</sup>. A dogmática, nessa configuração específica, não se presta a descrever o que é o direito, mas a prescrever o que ele seria, com vistas a orientar a administração da justiça, a prever e a determinar decisões dos magistrados. Sua natureza é, portanto, tecnológica: ela atribuir a algumas das conclusões dos estudos feitos sobre as normas que compõem determinado ordenamento jurídico o papel de solucionar problemas práticos<sup>313</sup>. Mas, não a partir de qualquer solução e, aí sim, dizendo, inclusive, acerca do que *não* se deve fazer.

Devemos ser vozes corajosas na defesa do Estado de Direito, do devido processo legal, pois, nos dias de hoje, um virtuoso acusador, com medo de virar culpado por omissão, transforma até os advogados, defensores do acusado, em vilões<sup>314</sup>. Canetti, em sua obra “Massa e Poder”, nos deixa o ensinamento de que “a fuga em massa cessa, depois que os leões abatem suas presas”<sup>315</sup>. A Lei não pode ser esquecida ao sabor dos casuísmos. Os defensores do Estado Democrático de Direito precisam estar imunes ao pessimismo, pois sua fé precisa superar os dissabores que precisamos enfrentar no caminho<sup>316</sup>.

Não há como negar a existência de uma crise no e do Direito Eleitoral, não apenas aqui, mas, também aqui, todavia, inclusive por meio da sua dogmática<sup>317</sup>. Como Lenio Streck sustenta “não houve sequer ainda, no plano hermenêutico, a devida filtragem – em face da emergência de um novo modo (modelo) de direito, representado pelo Estado Democrático de Direito – desse (velho/defasado) direito”<sup>318</sup>. A crise ocorre em vários níveis. Em um nível mais alinhado com a proposta, a inefetividade da

---

<sup>311</sup> ABOUD, Georges. **Direito Constitucional Pós-Moderno**. Ob., cit., p. 76.

<sup>312</sup> Ibid., p. 76.

<sup>313</sup> Id; Ibid.

<sup>314</sup> AIETA, Vânia Siciliano. **Criminalização da Política**. Ob., cit., p. 116.

<sup>315</sup> CANETTI, Elias. **Massa e Poder**. 1ª ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2019, 624 p.; tb. AIETA, Vânia Siciliano. **Criminalização da Política**. Ob., cit., p. 116.

<sup>316</sup> AIETA, Vânia Siciliano. **Criminalização da Política**. Ob., cit., p. 117.

<sup>317</sup> Logo na subparte seguinte, como componente daquilo que chamaremos de “atores da degeneração”, incluiremos, não sem razão, a doutrina jurídico-eleitoral como tal.

<sup>318</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e decisão jurídica**. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 99.

Constituição decorre da mera ignorância acerca da diferença entre texto e norma ou entre vigência e validade. Nesse patamar, o pensamento dogmático-objetificante do direito faz com que a validade se equipare à vigência, sendo ainda raros os operadores jurídicos que conseguem avançar para além dessa armadilha do objetivismo metafísico (sem esquecer que a outra face do objetivismo é o subjetivismo, que viceja no imaginário jurídico, a partir da tese de que o texto seria apenas a “ponta do iceberg”)<sup>319</sup>. É nesse contexto – entendendo que a Constituição, enquanto explicitação do pacto de (re)fundação da sociedade ocorrido a partir de um legítimo processo constituinte, define um novo modelo de nação – que devemos posicionar a reflexão acerca do papel do direito no Estado Democrático de Direito. A(s) crises (s) do Estado, do direito (e da Constituição) devem ser entendidas enquanto possibilidades de sua própria superação<sup>320</sup>.

Mas, para isso, logo de início, é preciso superar ou fazer superar as crises do próprio Direito, que, no âmago do Direito Eleitoral, a partir do déficit epistêmico que estamos procurando denunciar, poderiam ser divididas em duas partes (uma *crise de duplo alcance*, pode-se dizer assim), quais sejam: **a)** crise de baixa constitucionalidade e baixa proteção de alguns dos mais valiosos espólios do liberalismo, consubstanciados, basicamente, na proteção dos direitos individuais e dos direitos políticos; **b)** crise hermenêutica, onde boa parcela dos juristas permanece aferrada a paradigmas metafísicos, ora objetificantes, ora subjetificantes, incluindo-se aí a recepção acrítica de teorias estrangeiras, que só faz servir como biombo argumentativo para encobrir a discricionariedade do intérprete-aplicador.

A degeneração epistêmica ataca por meio de duas frentes de ação, dito de outra forma: a *primeira* tem como alvo a Constituição, o constitucionalismo e os tesouros do liberalismo garantístico; a *segunda* tem como alvo a hermenêutica, com o aglomerar de atores que ignoram os influxos da viragem linguística. Isso, ao fim e ao cabo, traz consigo uma série de consequências, dentre elas o aflorar de uma baixa teoria e o concretizar de uma baixa aplicação, com seus efeitos todos, dentre eles o consequencialismo, vilão do Direito Eleitoral que promove a queda de direitos individuais e políticos, a partir de uma semântica moralista-finalística (fins almejados

---

<sup>319</sup> Ibid., p. 100.

<sup>320</sup> Ibid., p. 102.

justifica(ria)m os meios...)<sup>321</sup>. Tratemos, então, feito o introito, desses dois “clichês”, através dos quais, por conta dos quais, chamamos o enredo de degeneração epistêmica do direito eleitoral e processual eleitoral.

**a. Degeneração epistêmica (primeiro flanco) - a baixa constitucionalidade e o ataque ao liberalismo, aos direitos individuais e aos direitos políticos pelas vias doutrinárias e interpretativas do fenômeno jurídico-eleitoral:**

O passo brasileiro quedou-se permeado pela realização de processos eleitorais, e eles foram acompanhados por determinadas disciplinas ao longo do tempo. Entretanto, se isso é verdade, verifica-se, contudo, que esses regramentos ladearam momentos históricos próprios, cercados por coronelismos, patronatos, censitarismos, desordens, fraudes, instabilidades institucionais, autoritarismos e demais visões que não mais encontram assento na era contemporânea. Assim esperamos, ao menos.

A isso, então, correspondera um “Direito Eleitoral” (ou lei eleitoral, melhor dizendo) cercado por todos esses problemas, geralmente como um instrumento hegemônico a serviço do poder instalado. De mais a mais, nesse mesmo contexto, não havia, nos regramentos, um caráter de generalidade, o que somente começou a mudar com a Revolução de 1930, oportunidade na qual foi instituído, em 1932, o primeiro Código Eleitoral. Foi em 1946, de igual maneira, que a Constituição passou a determinar como competência privativa da União a atividade legislativa em matéria eleitoral. Entretanto, de lá para cá, a história demonstra que esses períodos foram marcados por golpes e contragolpes, não havendo, pois, a mínima estabilidade institucional, quiçá democrática. Convenhamos, portanto: não se pode atribuir o nome de Direito Eleitoral a isso, ainda mais se passarmos a olhar o novo com os olhos do novo, como deve ser.

No momento atual, os países latino-americanos transitam por uma etapa de fortalecimento de suas instituições democráticas. Transcorrido certo tempo desde a restauração do constitucionalismo democrático em quase todos os países da América Latina (no Brasil isso veio a partir de 1988), as questões vinculadas com a designação dos governantes seguem assumindo uma transcendência particular. Assim, questões

---

<sup>321</sup> Lenio Streck chama isso de *crise de paradigmas de dupla face*, conceito que adaptamos e reformulamos para explorar o fenômeno degenerativo aqui no âmbito do Direito Eleitoral. A esse respeito, p. ex., ver: STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e decisão jurídica**. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 102 ss.

relacionadas com os sistemas eleitorais mais adequados, com a estrutura encarregada do controle dos atos eleitorais e dos litígios a que eles podem dar lugar, assim como também a problemática em torno do financiamento dos partidos e das campanhas, constituem, entre muitas outras, questões de singular importância na agenda das novas democracias. É certo que a consolidação da democracia na América Latina (e no Brasil não é diferente) depende de vários fatores: variáveis socioeconômicas, desenvolvimento de uma cultura democrática, estruturas de poder institucional etc. Uma fonte de consolidação da democracia, sem embargo, é o direito eleitoral, e o seu desenvolvimento passa por um direito eleitoral democrático e pela manutenção do progresso que se alcançou<sup>322</sup>.

Tem razão, assim, Manuel Aragón, quando enfatiza a estreita relação entre direito eleitoral e democracia, e quando estabelece, como sua finalidade, a manutenção e a consolidação da democracia como critério que inspira as soluções técnicas do direito eleitoral<sup>323</sup>. O Direito Eleitoral, como ramo da ciência jurídica, é, portanto, um amigo da democracia. Mais do que isso: considerando-se tratar de um ramo do direito incumbido de disciplinar o processo de escolha dos representantes do povo, é um meio de garantia do regime democrático, com importância salutar para a manutenção desse sistema, sobretudo por restar umbilicalmente vinculado à expressão primeira do ideário democrático, ou seja, a escolha dos mandatários políticos por intermédio de eleições, que deve se dar, sobremaneira, considerado o processo de evolução civilizatória até a consolidação do Estado Democrático de Direito, de maneira efetivamente democrática, assim o sendo por intermédio do voto livre, secreto e igual para todos.

É, pois, o princípio democrático, o instituidor desta disciplina, não se concebendo - e é aí que queremos chegar - cogitar de um Direito Eleitoral que não esteja conforme para com tal paradigma. Além disso, não há que se falar em um Direito Eleitoral que não tenha partido daí, e que, por intermédio do princípio democrático, não carregue como diretriz a soberania popular (o povo é o principal ator deste processo), o sufrágio universal, livre, direto, periódico e igual para todos, o voto secreto, a liberdade e a igualdade entre os competidores, a não interferência indevida no processo por parte de outras instituições, a afirmação dos direitos políticos ativos (votar) e passivos (ser votado), o respeito aos direitos fundamentais dos indivíduos envolvidos à disputa e em

---

<sup>322</sup>NOHLEN, Dieter; SABSAY, Daniel. **Derecho Electoral**. Ob., cit., p. 02.

<sup>323</sup>In: NOHLEN, Dieter; SABSAY, Daniel. **Derecho Electoral**. Ob., cit., p. 02.

determinados litígios judiciais, a lisura das eleições (*free and fair elections*), a normalidade e a legitimidade do processo eleitoral (a serem garantidas em respeito às regras do jogo democrático e constitucional) e, ademais, a confiabilidade e adequabilidade no e do resultado produzido e colhido nas urnas (*one man one vote*).

A ideia de um Direito Eleitoral deve estar intimamente ligada ao Estado Democrático de Direito<sup>324</sup>. No Brasil, por sua vez, a instituição deste paradigma se deu em 1988, com a promulgação da conhecida “Constituição Cidadã”, em 05 de outubro daquele ano. Tivemos, a partir desse momento, a consolidação de uma ordem jurídica rica em direitos e garantias individuais e sociais. Rompeu-se, definitivamente, com o passado. E o Estado, de “inimigo”, passou a ser garantidor. Muito embora as crises apontadas, é preciso resistir, citando aqui a Lenio Streck<sup>325</sup>.

De igual maneira, com o assentamento do princípio democrático, norte de todo o sistema, após um longo período de idas e vindas, a soberania política foi (tardamente) transferida das fardas para o povo, isto é, deu-se o rompimento para com o passado, sendo que a regência do presente (e futuro) passou a exigir que todo o poder emanaria do povo e em seu nome seria exercido, sobretudo pela via indireta, por meio de representantes eleitos livre, imparcial e periodicamente. O Direito Eleitoral, então, diante do novo sistema jurídico-político instaurado em 1988, que, dentre tantas outras garantias, veio a determinar a realização sistemática de eleições livres, diretas e autênticas, despontou, pois bem, como o ramo do direito encarregado de disciplinar esse rico processo de escolha e legitimação da representação popular, sendo um *longa manus* direto do princípio democrático e dos seus corolários, dentre eles a soberania popular.

Nesse cenário, não há como se cogitar de um Direito Eleitoral (e também Processual Eleitoral) sem que se tenha em vista o momento da instituição do Estado Democrático de Direito brasileiro, a partir da promulgação da Carta de 1988, pois, é a partir daí que ele, isto é, o Direito Eleitoral, efetivamente surge ou se materializa como um ramo do direito, e não em momento anterior. À luz desse democrático paradigma, qual seria, então, o fundamento de sua existência, que não a disciplina formal e material

---

<sup>324</sup>Não por acaso, Manuel Aragón acaba por asseverar que: “Por un lado, en la medida que el derecho electoral cimienta la certeza de que la representación política corresponde a la voluntad política del electorado expresada a través del voto, en igual medida este derecho se convierte en un instrumento técnico-jurídico para garantizar la democracia”. (In: NOHLEN, Dieter. **Tratado de derecho electoral comparado de América Latina**. Ciudad de México: FCE, 1998, p. 07).

<sup>325</sup>STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e decisão jurídica**. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 96.

da soberania popular e a garantia dos direitos dos atores do processo eleitoral e da lisura das eleições através da principiologia constitucional e do regramento posto<sup>326</sup>? E como poderíamos falar, assim, acerca de um Direito Eleitoral, sem que ele estivesse, tanto na legislação, quanto na aplicação, legitimado pela normativa constitucional?

O que queremos dizer, em suma, é o seguinte: o direito eleitoral (e processual eleitoral) deve passar, necessariamente, por uma leitura (filtragem) constitucional, a qual deverá submeter tanto a atividade legiferante do Estado, quanto à interpretação e aplicação das regras democraticamente assentadas. Não se concebe, por conseguinte, cogitar de um Direito Eleitoral (e Processual Eleitoral) que esteja afastado desse pressuposto. O fundamento originário e legitimante da existência do Direito Eleitoral e Processual Eleitoral reside no cânone do Estado Democrático de Direito, na Constituição Federal de 1988, portanto, sendo que, assim, a sua legitimação somente se dará, inarredavelmente, como corolário direto do princípio democrático e, pois, da soberania popular, por meio da sua instrumentalidade constitucional.

É à luz do princípio democrático que se deve, precisamente, estudar os modos de organizar a administração eleitoral, os sistemas de votação, recebimento e apuração dos votos, a legislação eleitoral como um todo (incluindo-se o processo judicial eleitoral) e a interpretação a ser atribuída ao direito posto pelos Tribunais especializados nos casos que lhes forem submetidos. O Direito Eleitoral, enfim, deve estar em estrita harmonia para com o princípio democrático, tendo, ao citarmos mais uma vez o jurista espanhol Aragón, duas vertentes primordiais: a primeira, ao ser uma técnica jurídica a serviço da democracia, um instrumento, pois, de garantia; a segunda, por seu turno, ao desempenhar uma função legitimadora, já que a democracia se afiança precisamente graças ao correto funcionamento dos processos eleitorais. Para levar a termo essa dupla função é que o Direito Eleitoral e o Processo Eleitoral devem estar compostos por regras em estrita consonância para com os princípios vetores da democracia de direito, de tal maneira que seja assegurada a plena higidez dos direitos políticos, ativos ou passivos, protegendo-os de interferências indevidas, a soberania popular contra investidas de terceiros coadjuvantes (dentre eles, a própria Justiça Eleitoral, que não está autorizada a interferir na escolha do eleitorado sem razão legal/constitucional e proporcionalmente

---

<sup>326</sup> Quando nos referimos à garantia dos direitos dos atores do processo eleitoral, queremos nos referir, também, aos atores passivos, isto é, os partidos, as coligações e os candidatos. Isso, evidentemente, alcança à seara processual eleitoral, que deve passar por uma leitura estritamente constitucional, de tal maneira a efetivarem-se todas as garantias constitucionalmente asseguradas no âmago das contendas levadas ao Judiciário Eleitoral via direito de ação e de petição.

hábil a tanto)<sup>327</sup>, a igualdade ou isonomia de oportunidades entre os candidatos, o respeito às regras (democráticas) do jogo (democrático) e aquelas outras exigências capazes de possibilitar que o Estado Democrático de Direito se consolide cada vez mais<sup>328</sup>.

O fundamento da existência e legitimidade do Direito Eleitoral brasileiro, enfim, é o cânone do Estado Democrático de Direito, o princípio democrático e a soberania popular. Tais corolários, por si, foram instituídos no Brasil a partir de 1988 com a promulgação da Constituição Federal, que instalou, por estas bandas, uma nova era. Não se pode, portanto, cogitar de um Direito Eleitoral que não esteja em conformidade com tais pressupostos e que, até mesmo, seja anterior a isso (de onde exsurge uma necessária – e séria – filtragem da legislação infraconstitucional). E, sobretudo, não se pode analisar a problemática sem manter vistas ao conteúdo legitimador deste ramo da disciplina jurídica. É, pois bem, o paradigma da democracia constitucional, por meio do princípio democrático, atrelado à densidade normativa de vários dispositivos da Constituição (CF, arts. 1º, 5º, 14 etc.), que legitima o Direito Eleitoral (e Processual Eleitoral) como instrumento de disciplina do processo político-eleitoral, de modo a dar plena concretude à soberania política do povo.

A Constituição, segundo Paulo Brossard de Souza Pinto, foi elaborada pelos representantes do povo brasileiro “para organizar um regime democrático”. Sobre base que não muda, o conceito de democracia se enriquece com o tempo. Em verdade, a despeito de todas as mudanças, historicamente verificadas, há elementos que permanecem. Assim, embora possa haver eleição sem democracia, parece certo que não há democracia sem eleição<sup>329</sup>. E o princípio democrático, na dicção de Brossard, seria “mediata e imediatamente resultante de sufrágio popular”<sup>330</sup>.

É preciso, então, vez mais eu ressalto, *olhar o novo com os olhos do novo*, mirando que o verdadeiro Direito Eleitoral deve restar permeado pelo ideário democrático e, conseqüentemente, pela consciência de que o poder emana do povo, sendo que a sua legitimação, como instrumento de regulamentação/disciplina, garantia e

---

<sup>327</sup> “[...]. A atuação da Justiça Eleitoral há de se fazer de forma minimalista, com observância do princípio da proporcionalidade, evitando-se indevida alteração da vontade popular [...]” (Agravo Regimental em Recurso Especial Eleitoral nº172, Rel. Min. Gilmar Mendes, Publicação: DJE – Diário de Justiça Eletrônico, 03/02/2017).

<sup>328</sup>In: NOHLEN, Dieter. **Tratado de derecho electoral comparado de América Latina**. Ciudad de México: FCE, 1998, p. 07 ss.

<sup>329</sup>PINTO, Paulo Brossard de Souza. **O Impeachment**. Ob., cit., p. 09.

<sup>330</sup> Ibid., p. 09.

legitimação, aí reside. Do contrário, estaríamos tratando de algo que, paradoxalmente, estaria a disciplinar o processo de sufrágio da representação popular, mesmo estando afastado do corolário da democracia constitucional<sup>331</sup>.

A esse respeito, exsurge a necessidade de um regramento e de uma interpretação em consonância com a Constituição Federal (frente ao paradigma do constitucionalismo do Estado Democrático de Direito), de onde, aliás, restará (ou ao menos deveria estar) repelida qualquer tentativa de menoscabo (por meio, inclusive, de retrocessos na sua proteção) dos direitos políticos ativos e passivos e demais direitos fundamentais assegurados, indistintamente, pela CF. Também, nesse desiderato, qualquer espécie de ativismo restará deslegitimada, pois que o fruto desse fenômeno, plasmado na interferência indevida no processo de escolha da representação popular, nada mais é do que o bombardeio da soberania popular e, conseguintemente, a usurpação do inatacável protagonismo do povo no centro deste processo. Daí, aliás, que o princípio democrático e a soberania popular são importantes mecanismos de interpretação do regramento jurídico-eleitoral, como freios eficientes a qualquer tentativa de deslocar resultados de processos eleitorais do voto para outra esfera de poder<sup>332</sup>.

A primeira parte da obra trouxe, entretanto, os caminhos de uma degeneração anunciada, da proclamação da República ao advento da conhecida Lei de Inelegibilidades de 2010. E demonstrou que a força motriz de diversos movimentos rupturais na história brasileira foi a fala de moralização da política e das instituições. O ponto alto foi, então, justamente a citada lei, que, por intermédio de um discurso moralizador e criminalizante, absorveu, inclusive, práticas linguísticas e textuais do regime militar de 1964/85. O novo subordinado ao velho, com o apoio considerável de

---

<sup>331</sup>Ocorre, no entanto, que o desalinho de paradigmas que permeia o direito brasileiro tem sido insistente em bradar o contrário, vindo daí a resistência em constitucionalizar-se o direito eleitoral (e o processual eleitoral), com todas as vicissitudes que disso proveem. Aliás, por qual razão, não fosse isso, seguiríamos apostando em um “Código Eleitoral” que, contraditoriamente, remonta aos idos de 1965, correspondendo, por consequência, a uma criação (com viés autoritário, por certo) da ditadura? Sistematizando o problema, a questão poderia ser posta da seguinte forma: como poderíamos apostar em um “Código” que se encontra demasiado afastado do paradigma da democracia de direito, se é o próprio que, por meio do princípio democrático, legitima o Direito Eleitoral (e Processual Eleitoral) como instrumento de disciplina do processo político-eleitoral, de modo a dar plena concretude à soberania política do povo, não vislumbrada naqueles nebulosos tempos de antanho? Eis aí a questão. Há, é bem verdade, um projeto de Novo Código Eleitoral em trâmite no Congresso. Porém, enquanto escrevemos aqui, contextualizando a escrita, os debates se encontram inertes junto ao Senado Federal.

<sup>332</sup> Não é que a Justiça Eleitoral não possa (e não deva, inclusive) interferir em determinadas situações, justamente para tutelar o caráter democrático dos processos eleitorais, ao impor, por exemplo, cassações de registros, diplomas ou mandatos eletivos. Ocorre que isso é a exceção, jamais a regra. O que verificamos atualmente, contudo, é que tais situações vêm se mostrando cada mais agigantadas, e o ideário repressivista que permeia a legislação e a *práxis* eleitoral de hoje não nos desmente.

parte da política autofágica, da dogmática jurídica e dos tribunais. Essa *trahison de clerics*, ademais, foi sendo absorvida, a partir daí, pela prática jurídico-eleitoral, numa espiral de baixa constitucionalidade, que veio desembocar não apenas em matéria de inelegibilidades em sentido estrito, mas no bojo dos processos judiciais eleitorais sancionadores em geral.

Na degeneração epistêmica do Direito Eleitoral Sancionador direitos individuais e direitos políticos, núcleo duro do liberalismo ou do constitucionalismo em seu primeiro estágio, além de máxima proteção e efetividade, viraram, aos olhos de muitos, não mais substantivos, mas adjetivos, adquirindo tom pejorativo, quase um xingamento, justamente porque nós, hereges, ao propagarmos tais alertas, seríamos defensores ou coniventes com corrupções. Esse núcleo de proteção da cidadania seria, assim, resultado de “fracassos políticos e sociais”<sup>333</sup>, como que a rememorar os pensamentos de Julius Blinder, “um dos maiores juristas neo-hegelianos do período entre guerras, (que) criticou os feitos e fundamentos da tradição contratualista”<sup>334</sup> – para ele, a filosofia de orientação liberal, que definia e legitimava o Poder a partir do indivíduo e da defesa da sua liberdade, teria por alicerce uma compreensão equivocada, pois o Homem só teria individualidade enquanto membro de um grupo<sup>335</sup>. Os interesses do grupo se sobreporiam aos dele, portanto<sup>336</sup>.

Foi exatamente assim com a ficha-limpa e com os fundamentos legitimadores da sua constitucionalidade, de onde partiram elementos como “moralidade”, “combate à corrupção”, “bem comum”, “vontade popular” e afins para sustenta-la. Mesmo que a presunção de inocência estivesse sob ataque – afinal, condenação não transitada em julgado, notadamente em processo acusatório, não é condenação, mesmo que a irretroatividade das leis punitivas/restritivas de direito estivesse sob ataque – afinal, na época dos decretos condenatórios não havia essa lei alargadora de prazos e, em determinados casos, sequer mesmo a causa de inelegibilidade, e, diga-se, mesmo que os direitos políticos assim o estivessem, isso em sua perspectiva passiva – ser votado.

---

<sup>333</sup>ABBOUD, Georges. **Direito Constitucional Pós-Moderno**. Ob., cit., p. 82.

<sup>334</sup> Ibid., p. 82.

<sup>335</sup> BINDER, Julius. **Der autoritare Staat**. Logos, Internationale Zeitschrift für Philosophie der Kultur, vol. 22, 1933, p. 126-160; tb. ABBOUD, Georges. **Direito Constitucional Pós-Moderno**. Ob., cit., p. 82.

<sup>336</sup> “[...]. A mesma noção, um pouco mais tarde, levaria ao instituto jurídico da *Volksgemeinschaft* (“comunidade popular”), pretexto e inspiração para que os tribunais alemães revisassem automaticamente decisões judiciais inferiores, a fim de que os interesses da comunidade pudessem ser colocados acima de todos os outros. [...]” (ABBOUD, Georges. **Direito Constitucional Pós-Moderno**. Ob., cit., p. 83).

Mas não parou aí ou ficou por aí. Nessa marcha “[...] o não direito começa a destruir o direito, ao mesmo tempo, transformando-se no direito em si, agora degenerado”<sup>337</sup>. Onde o direito e a moralidade se fundem a política (auto sabotadora, em sua perspectiva institucional, ou das ruas) absorve o direito. Toda visão antiliberal, até os dias atuais, estrutura-se de forma a desacreditar e a agredir as conquistas liberais, principalmente, os espaços institucionais para eliminação e tratamento do dissenso. Nesse aspecto, o antiliberalismo até hoje se manifesta: (i) demonizando o espaço da deliberação política; (ii) desacreditando das instituições democráticas tradicionais; (iii) desacreditando a própria democracia como mecanismo demorado e ineficiente para encaminhar as mudanças necessárias na sociedade; e (iv) investe pesadamente contra a estrutura liberal de aplicação do poder, em especial, a sanção penal, acusando a estrutura liberal como ineficiente e beneficiadora do criminoso por estabelecer procedimentos formais para legitimação da decisão sancionatória<sup>338</sup>. Em relação ao último ponto, percebe-se claramente que o ataque ao liberalismo, a um só tempo, estabelece-se como ataque ao formalismo instituidor do pensamento liberal transformador do *due process of law*, devidamente procedimentalizado, como condição *sine qua non* para atuação do Estado<sup>339</sup>. Em lugar da autonomia conceitual e circunscrita do jurídico, a autonomia existencial sem limites. O direito se dilui na política que, por sua vez, engloba a moral<sup>340</sup>.

O Direito Eleitoral, ao disciplinar o processo de eleição dos mandatários populares, é um mecanismo da democracia. A ela, portanto, deve restar intimamente conectado. A Constituição, por sua feita, na era contemporânea, por carregar força normativa, é a grande lei a ser respeitada, a força motriz do regime, sendo que a atuação legiferante do Estado, assim como a interpretação e aplicação do regramento posto, a devem inarredável obediência. Logo, os discursos de colonização do direito pela moral, a defesa da submissão dos direitos políticos a argumentos de política ou de moral, as visões populistas imersas na seara eleitoral e processual eleitoral (como a chancela constitucional de leis com base em argumentos calcados na “vontade popular”), o menoscabo de direitos fundamentais nos litígios advindos desse processo, a aposta no protagonismo judicial, na discricionariedade do intérprete e no decisionismo, são todas posições que não encontram guarida na democracia de direito (no constitucionalismo

---

<sup>337</sup> ABBOUD, Georges. **Direito Constitucional Pós-Moderno**. Ob., cit., p. 83.

<sup>338</sup> Ibid., p. 86.

<sup>339</sup> Ibid., p. 86.

<sup>340</sup> Id; Ibid.

proveniente do Estado Democrático de Direito, portanto), devendo, pois bem, ser peremptoriamente rechaçadas.

Também as construções pautadas na compreensão de que o Direito Eleitoral (e o Processual Eleitoral) seria um meio de extirpar a corrupção da sociedade brasileira são deveras equivocadas. Trata-se de um grande populismo, alcançando até mesmo o ponto de flertar com visões relativamente fascistas, como a dicotômica relação entre bem e mal ou entre puros e impuros. Basta, afinal, verificar o incessante desrespeito ou menosprezo à democracia representativa e aos direitos fundamentais com base em pretensos clamores populares facilmente manipuláveis, que vem depois sustentados por “visões íntimas” dos agentes estatais encarregados da aplicação-interpretação.

No campo doutrinário há dois problemas, para ficar apenas aqui. O primeiro é justamente a absorção desses ímpetus moralizadores de modo acrítico, como ocorre, inclusive, com um dos mais prestigiados escritores brasileiros, um dos mais fervorosos defensores da normativa de 2010, aliás<sup>341</sup>. Já o segundo é aquilo que Adriano Soares da Costa chamou de “infantilismo teórico”, ou seja: trata-se de um movimento que se alimenta de jurisprudência, que, por sua vez, “se alimenta de si mesma, estando de costas para a doutrina juseleitoral”<sup>342</sup>. Não é que a jurisprudência, como fonte do Direito que é, não seja relevante, ainda mais tratando-se do TSE. Mas, sim, que o Direito Eleitoral não é isso. Trata-se, de outro modo, de uma fonte, apenas. A doutrina não pode restar caudatária de decisões judiciais, do contrário perde até mesmo a sua razão de ser. De uma forma de outra, incorre, pois, a doutrina, exatamente no que denunciemos aqui: a baixa constitucionalidade, que, na dicção de Espíndola, “[...] desconhece a importância e o papel da Teoria da Constituição e da Teoria dos Direitos Fundamentais para iluminar a compreensão dos principais institutos do Direito Eleitoral”<sup>343\_344</sup>.

---

<sup>341</sup> É de Djalma Pinto que falo, para quem: "Os valores éticos devem pautar o comportamento também daqueles que se propõem a disputar mandato. Afinal, tornar-se-ão, após eleitos, agentes do poder estatal" (PINTO, Djalma. **Elegibilidade no Direito brasileiro**. São Paulo. Atlas. 2008, p. 59). A menção ao termo “valores” escancara a reprimenda de teses voluntaristas, para as quais a Constituição representaria uma “ordem concreta de valores”, sendo que o papel do intérprete seria o de desvelá-los. Esses valores éticos, no mais, quais seriam? Seriam universais? E, o mais importante, como fazê-los observar os mesmos valores? E o que fazer quando não os observarem? Vagueza pura, com o respeito devido e merecido.

<sup>342</sup> COSTA, Adriano Soares da. **Instituições de Direito Eleitoral**. 9ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 16.

<sup>343</sup>ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. **Palavra e Memória**: Ob. Cit., p. 202.

<sup>344</sup> Ruy Samuel Espíndola vai no mesmo sentido do que estamos a expor, ainda que não refira o termo “baixa constitucionalidade”, a saber: “[...]. A compreensão do direito positivo precisa de elementos teóricos à compreensão desse mesmo direito. Sem adequadas compreensões e pré-compreensões de alguns institutos de Direito Constitucional, não se pode emprestar a mais adequada eficácia e justiça a

Citem-se também as resoluções da Justiça Eleitoral, agora no campo regimental, através, inclusive, de um exemplo relativamente recente. Falo aqui da Resolução, de 20 de outubro de 2022, que dispôs “sobre o enfrentamento de informações que comprometam a integridade do processo eleitoral”<sup>345</sup>. A norma estabeleceu que, após decisão colegiada que determine a retirada de conteúdo desinformativo, a própria Presidência do TSE poderá determinar a extensão de tal decisão a conteúdos idênticos republicados. Ou seja, conteúdos irregulares replicados em outros canais (URL) que não fosse aqueles apontados na decisão inicial, passaram a poder ser retirados sem a necessidade de uma nova ação que questionasse esses novos canais. Violação ao devido processo legal aqui, porquanto inexistente ação, contestação, defesa.

Tratou-se aqui de uma expansão do poder de polícia da Justiça Eleitoral no controle da propaganda, no mais, que, mesmo de ofício, passou a poder determinar a remoção de conteúdo. Outro problema foi o avanço no controle de conteúdo de propaganda, o que, nos termos do artigo 41 da Lei nº 9504/97, não é permitido. Poder de polícia serve para controlar forma, jamais conteúdo de propaganda<sup>346</sup>.

A mesma Resolução trouxe restrição à veiculação de propaganda paga nas 48 horas que antecedem o pleito, assim como nas 24 horas seguintes à votação. Restringiu-se, portanto, a veiculação de propaganda paga na internet (impulsão) por meio de Resolução, o que violou o artigo 57 ss. da Lei nº 9.504/97, sendo que a propaganda em geral, incluindo-se a internet, é permitida até a véspera do pleito (sábado). A veiculação de propaganda, mediante impulsão ou não, é vedada no dia da eleição, apenas.

E a Resolução, a mesma de 20 de outubro de 2022, trouxe, no mais, previsão segundo a qual seria vedada a divulgação ou compartilhamento de fatos sabidamente inverídicos ou gravemente descontextualizados que atinjam a integridade do processo eleitoral, inclusive os processos de votação, apuração e totalização de votos. Nesses

---

institutos de Direito Eleitoral, sejam eles materiais ou processuais. E esse é papel da ciência, dos doutores, dos estudiosos [...]” (ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. **Palavra e Memória**: Ob. Cit., p. 202).

<sup>345</sup> BRASIL, Tribunal Superior Eleitoral. **TSE aprova nova resolução para dar mais efetividade ao combate à desinformação ao processo eleitoral**. Disponível em: <https://www.tse.jus.br/comunicacao/noticias/2022/Outubro/tse-aprova-resolucao-para-dar-mais-efetividade-ao-combate-a-desinformacao-no-processo-eleitoral>. Acesso em: 30 dez. 2023.

<sup>346</sup> **LE, art. 41**: A propaganda exercida nos termos da legislação eleitoral não poderá ser objeto de multa nem cerceada sob alegação do exercício do poder de polícia ou de violação de postura municipal, casos em que se deve proceder na forma prevista no art. 40. § 1º O poder de polícia sobre a propaganda eleitoral será exercido pelos juízes eleitorais e pelos juízes designados pelos Tribunais Regionais Eleitorais. § 2º O poder de polícia se restringe às providências necessárias para inibir práticas ilegais, vedada a censura prévia sobre o teor dos programas a serem exibidos na televisão, no rádio ou na internet.

casos, o TSE passou a poder determinar às plataformas digitais a imediata remoção da URL, URI ou URN, sob pena de multa de R\$ 100 mil por hora de descumprimento, a contar do término da segunda hora após o recebimento da notificação. Quanto à divulgação de conteúdos a atacando a urna eletrônica, não há problemas, afinal, se está apenas fazendo valer o que já foi decidido, inclusive pela Corte. Porém, a Resolução trouxe previsão de multa, o que foi feito para além dos limites legais.

O panorama exposto acima denota, então, uma investida do TSE que, a pretexto de combater a desinformação, passou por cima de várias regras da própria Constituição. Violou o artigo 41 da Lei das Eleições, considerado a extrapolação do poder de política do magistrado eleitoral. O artigo 57 da Lei das Eleições também foi atacado, naquilo que se refere à possibilidade de veiculação de propaganda na internet, mediante impulsionamento ou não, até a véspera da eleição (sábado anterior ao dia da votação). A criação de sanções via Resolução também é de ser criticada. E isso, no fim das contas, trouxe uma série de ilegalidades (constitucionais e em sentido estrito), a começar pelo princípio republicano, afinal, o Poder Judiciário Eleitoral, mesmo que não exercido seu poder regulamentar, não apenas substituiu o legislador, como desrespeitou comandos legais já estabelecidos. O artigo 105 da Lei das Eleições também foi inobservado, afinal, tal dispositivo legal prevê expressamente que o TSE, no exercício do poder regulamentar, não pode restringir direitos ou estabelecer sanções distintas das previstas em Lei. O princípio republicano assim também exige. Sem contar, ademais, que a Resolução em comento veio no âmago do processo eleitoral, o que ataca o artigo 16 da CF (princípio da anualidade eleitoral). Não obstante, portanto, a preocupação de Giovanni de Gregorio quanto à existência do que ele chama de “poderes irresponsáveis”<sup>347</sup>, a questão é que, a pretexto de limitar o poder das plataformas, em geral, e combater a desinformação, em específico, não se pode passar por cima da Constituição, tampouco da legalidade estrita, o que ocorreu na espécie. Em síntese: não se combate um mal criando outros.

Já no campo jurídico-judicial essa baixa constitucionalidade opera por frentes diversas. E exemplos vários há (serão desenvolvidos mais à fundo adiante): os incessantes discursos calcados numa espécie de cruzada pela moralização da política, que, por consequência, dão azo a posturas apegadas a uma espécie de pragmatismo, pois

---

<sup>347</sup> GREGORIO, Giovanni de. **Digital Constitutionalism In Europe: reframing rights and powers in the algorithm society**. United Kingdom: Cambridge University Press, 2022, p. 19.

que calcadas em pretensos clamores sociais e assentadas à margem da ordem constitucional. Logo, passamos a conviver com decisórios apegados a acríticos e descriteriosos argumentos tão recorrentes no exercício da dinâmica jurídico-eleitoral, como: (I) verdade real; (II) livre convencimento (motivado ou não, não importa); (III) livre apreciação da prova; (IV) ritos processuais (que são garantias contra o (ab)uso de poder) massacrados a partir de posturas voluntaristas; (V) provas colhidas e acolhidas ao arrepio do contraditório; (VI) direitos fundamentais submetidos a argumentos vagos e meramente retóricos como o “interesse público” ou o “bem comum”; (VII) decisões judiciais carecedoras de fundamentação idônea e, por certo, desprovidas de um agir constitucional; (VIII) tentativas de subordinação do direito (ou da sua autonomia) a argumentos de moral ou de política; (IX) a moral subjetiva como predadora ou adjudicadora do direito; (X) provas ilícitas acolhidas com lastro em argumentos discricionários e abstratos e, como tais, facilmente manipuláveis, como o já mencionado “interesse público”, mesmo que a Constituição impeça que qualquer indivíduo seja investigado, denunciado, processado e condenado com base em elementos probatórios obtidos por meios ilícitos; (XI) a marcante figura do juiz-ator ou juiz-inquisidor; (XII) o pamprincipiologismo (Streck); (XIII) o instrumentalismo ou, até mesmo, o inquisitivismo; (XIV) o apego a mitos interpretativos desconectados do paradigma do Estado Democrático de Direito, como os tais fatos públicos e notórios (a quem?), a analogia (a quê) e os princípios gerais de direito (e os princípios constitucionais, como ficam?); (XV) a aposta em indícios e presunções (?) como elementos hábeis a desconstituir um registro de candidatura, um diploma ou até mesmo um mandato eletivo; (XVI) inversão do ônus da prova; (XVII) a sustentação de construções voluntaristas-axiologistas como a tese que princípios são valores, que dá azo à malsinada ponderação de valores; (XVIII) interpretações teleológicas ou finalísticas e consequencialistas; e aquelas outras pregações que acabam por descambar numa cena na qual impera o apego ao protagonismo/decisionismo, para citar estas, apenas, por ora.

Mas não paramos por aqui, de igual forma. Citemos casos rumorosos, tais como: o primeiro, o famoso “juízo da Chapa-Dilma Temer”, de onde partiu muitas dessas considerações acima referidas, e que é desenvolvido, à minúcia, em livro<sup>348</sup>.

---

<sup>348</sup> BARCELOS, Guilherme. **Crítica Hermenêutica do Direito Eleitoral: o julgamento da Chapa Dilma-Temer pelo Tribunal Superior Eleitoral**. Curitiba: Juruá, 2018.

Também o julgamento do ex-Presidente Jair Bolsonaro, que levou à imposição de sanção de inelegibilidade por eventuais ilícitos perpetrados no curso das eleições de 2022, onde ele foi derrotado, não passou incólume: o caso esteve centrado na rumorosa reunião realizada pelo então Presidente com Embaixadores, onde ele teria acusado fraudes em nosso sistema de votação. A fala, não há dúvidas foi demasiado infeliz, errônea, tacanha até. Porém, para fins eleitorais, será que deveria ter sido trazida à tona perante a jurisdição eleitoral, observados os seus contextos? Creio, sinceramente, que o foro mais adequado não seria esse. Mas há mais. Houve déficits de procedimentalidade, de igual modo, de devido processo legal ali, a citar: inobservância do artigo 44, §1º, da Res. TSE nº 23.308, que dá concretude ao devido processo e regulamenta a processualística à luz da lei (houve multiplicidade de imputações e a acusação não foi chamada a suprir); o artigo 23 da LC nº 64/90, em sua atual redação, foi trazido pelo voto condutor, de modo a calcar a condenação, como se pudéssemos aceitar condenações judiciais em processos acusatórios/sancionatórios com lastro em fatos públicos e notórios, indícios e presunções; a própria “ementa do golpe” veio após, a destempo, mediante alargamento da causa de pedir fática da ação, o que foi rechaçado, mesmo que por maioria, no caso da Chapa Dilma-Temer, sem contar a aparente inobservância da cadeia de custódia e, ainda, a quebra de equidistância, pois foram determinadas, de ofício, diligências complementares. O artigo 22, X, da LC 64/90 autorizaria, é bem verdade. Porém, elas foram determinadas a partir de um documento novo, extemporâneo, que nada têm a ver com o objeto da inicial. Não apenas, então, se admitiu um fato verdadeiramente novo, como o juiz, de ofício, passou a tentar instruí-lo. Isso quebra a imparcialidade judicial. Fere o contraditório substancial e a paridade de armas. E desequilibra a balança. A defesa também requereu diligências a partir daí e foram indeferidas. Sem contar que foram trazidos prints de páginas internet sem autenticação.

Caso mais recente até, mas não menos rumoroso, contou com um voto divergente, que acabou compondo a minoria de dois votos, aportando como premissa decisória uma violenta inversão da ordem das coisas, tudo ao afirmar, para fins de sustentar o seu edito condenatório, que “Havendo diferentes caminhos interpretativos a seguir, a meu ver a tônica deve ser a defesa da normalidade das eleições e a prudência no

uso do dinheiro público, isso tanto no caso concreto como para projeção ao futuro”<sup>349</sup>. A presunção de inocência e a presunção de legitimidade do sufrágio foram para o espaço aqui. Além de também ter lançado mão do malfadado artigo 23 da LC n° 64/90<sup>350</sup>.

Destaque-se, enfim: os direitos políticos, seja na esfera ativa (direito de votar), seja na esfera passiva (direito de ser votado), são verdadeiras condições de possibilidade para a democracia. O que precisa ser legitimada, então, é a respectiva restrição (direta ou indireta, total ou parcial), jamais o exercício. De igual maneira, no cenário de eventual contenda judicial (impugnação de registro de candidatura, ação de investigação judicial eleitoral, representação eleitoral, recurso contra a expedição do diploma, ação de impugnação de mandato eletivo, por exemplo) o que precisa ser legitimado é o poder de punir do Estado, e não a higidez de um registro de candidatura, de um diploma ou até mesmo de um mandato eletivo em curso.

Essa legitimação se dará frente ao que, eis a questão? Não deve ser mediante atropelos ou através de sanhas punitivas, defendidas, inclusive, pelos apupos, *a la carte*. O Direito Eleitoral Contemporâneo somente se legitima(rá) na medida em que se democratizar e for devidamente constituído a partir da Constituição. É apenas a partir da crença de que a Constituição deve constituir, que se poderá compreender que o fundamento legitimante da existência do Direito Eleitoral (e também do processo judicial eleitoral) se dá por intermédio da sua instrumentalidade constitucional.

O Direito Eleitoral deve, então, ser lido a partir da Constituição Federal, sendo que, assim, somente poderíamos cogitar de um efetivo Direito Eleitoral democrático tendo em mente que a sua origem e a sua legitimidade, como um instrumento de disciplina do processo de escolha da representação do povo, reside no paradigma da democracia de direito, e que, ademais, o poder emana do povo, cabendo, ao povo, a escolha dos seus representantes e o protagonismo inalienável no miolo deste método. Também, e por fim, neste contexto de um Direito Eleitoral Sancionador, não há como ignorar que toda e qualquer restrição ou sanção imposta aos candidatos deverá restar legitimada pela principiologia constitucional e pelo respeito incondicional aos direitos e

---

<sup>349</sup> BRASIL. Tribunal Regional Eleitoral do Paraná (TRE-PR). **Ações de Investigação Judicial Eleitoral n°s 0604176-51.2022.6.16.0000 e 0604298-64.2022.6.16.0000**. Disponível em: <https://www.tre-pr.jus.br/comunicacao/noticias/2024/Abril/julgamento-de-cassacao-de-senador-e-retomado-nesta-quarta-feira-3>. Acesso em: 09 abr. 2024.

<sup>350</sup> Na atuação redação. Há projeto de Novo Código Eleitoral tramitando no Congresso Nacional, através do qual esse dispositivo é extirpado do ordenamento jurídico. Porém, no momento em que escrevemos, ele ainda está posto. No mais, se extirpado vier a ser, a pergunta é: as práticas também o serão?

garantias fundamentais. Ao punitivismo, tão propagado hodiernamente por estas trincheiras, notadamente através de um (acrítico) ideário consequencialista, há limites (e não são poucos): e o primeiro deles, e principal, é a normatividade constitucional, com a qual o Direito Eleitoral, em todos os seus meandros, deve restar íntima e necessariamente conectado. A Constituição constitui. E nós, definitivamente, não estamos e não podemos estar afastados desse paradigma constituinte.

**b. Degeneração epistêmica (segundo flanco) – o problema hermenêutico e a recepção acrítica e descriteriosa de teorias estrangeiras:**

O catálogo de vítimas da degeneração epistêmica do Direito Eleitoral Sancionador possui uma segunda página, aquela que lida com a hermenêutica e com aquilo que Otavio Luiz Rodrigues Jr, fazendo referência a Reinhard Zimmermann, alertou, isto é: “Frequentemente nós também encontramos vinho velho sendo servido em novas taças”<sup>351</sup>. Precisamos, portanto, no horizonte do Direito Eleitoral Sancionador, mesmo correndo o risco de sermos alcunhados de hereges ou, pior, de sermos jogados à fogueira<sup>352</sup>, falar acerca do neoconstitucionalismo ou das assim denominadas teorias neoconstitucionalistas, vendidas por aí como pós-positivistas, mas que não passam de mecanismos retóricos tendentes a patrocinar a inclusão, por intermédio do ato de interpretar-aplicar, de uma moral adjudicadora da autonomia do Direito.

Princípios constitucionais, força normativa da Constituição, eficácia dos direitos fundamentais e fortalecimento da jurisdição constitucional como contrapeso aos demais poderes, notadamente através do exercício de uma função contramajoritária tendente à proteção dos direitos fundamentais. Todas essas construções são marcas do constitucionalismo emergente do pós-Segunda Guerra, e com elas estamos de pleno acordo. São questões irrenunciáveis para nós outros. Porém, não reside aí o problema. O problema, por outro lado, se encontra em como nós lidamos, temos lidado ou lidaremos

---

<sup>351</sup> RODRIGUES JR., Otavio Luiz. **Direito Civil Contemporâneo**: estatuto epistemológico, constituição e direitos fundamentais. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2019, p. 147; tb. ABBOUD, Georges. **Direito Constitucional Pós-Moderno**. Ob., cit., p. 74.

<sup>352</sup> “[...]. O neoconstitucionalismo se expande, às expensas da recepção acrítica da teoria, financiado pela plasticidade e pela ductilidade que possui, muito em razão de se estruturar sobre postulados superficiais. O neoconstitucionalismo, em razão das características retro, converteu-se num credo religioso, que a todos integra; os críticos, a seu turno, porque contestam os dogmas, tornam-se hereges” (ABBOD, Georges. **Direito Constitucional Pós-Moderno**. Ob., cit., p. 75).

com essa complexidade. Não no fenômeno, portanto, mas no âmbito de como encarar este fenômeno, ou seja, na perspectiva relacional entre *ser e ente*<sup>353</sup>.

Nossa digressão rápida ao neoconstitucionalismo busca, com Georges Abboud, esclarecer e demonstrar como teorias contemporâneas, orientadas por ideias valiosas como democracia e direitos fundamentais, “repetem equívocos epistêmicos do direito degenerado, condenando e repudiando o formalismo frio das regras e da positividade em prol de valores a serem concretizados pela subjetividade do intérprete”<sup>354</sup>.

Esse é o risco de não se compreender adequadamente um paradigma teórico. Assim, o “neoconstitucionalismo” é, sobretudo, um conceito sem sentido, que tem servido de base para duas práticas patológicas em nosso sistema jurídico: 1) tem servido para legitimar um sem número de ativismos judiciais e julgamentos discricionários ao argumento de que o juiz já não é mais aquele boca fria da lei, logo, está livre para fazer justiça, inclusive corrigindo o direito vigente e democraticamente estatuído; e 2) a ideologia neoconstitucionalista ao se espalhar nas áreas específicas do direito tem disseminado completa insegurança jurídica por meio de extermínio da própria dogmática<sup>355</sup>. Não é diferente quanto Direito Eleitoral/Processual Eleitoral, ou, se assim quisermos, quanto ao mesmo Direito Eleitoral Sancionador, onde vicejam adeptos de um Direito “fofo ou simpático”<sup>356</sup>, a alguns ou para alguns, obviamente, sempre tendente a “ferrar” (muitos) outros, como se fossem, estes, “cidadãos de segunda classe”.

O Direito do Estado Democrático de Direito “[...] não é indiferente às razões pelas quais um juiz ou um tribunal toma suas decisões. O Direito, sob o paradigma do

---

<sup>353</sup> Não é à toa, aliás, que o Professor Lenio Streck, a partir da sua Crítica Hermenêutica do Direito, abandonou, desde há muito, o termo “neoconstitucionalismo”, passando a utilizar o termo “constitucionalismo contemporâneo”, justamente para se afastar de tendências que usam daquela referência para promover arbitrariedades interpretativas no ato de aplicar o Direito.

<sup>354</sup> ABOUD, Georges. **Direito Constitucional Pós-Moderno**. Ob., cit., p. 75

<sup>355</sup> Ibid., p. 75.

<sup>356</sup> “[...] Ouço em palestras e em salas de aula e leio em artigos e livros comentários duros e enfáticos, do tipo: ‘o direito das regras, da subsunção, do juiz boca da lei, esse está morto, enterrado’. ‘Hoje estamos na era dos princípios. E o que são princípios? Ora, princípios são valores. O que vale hoje são os princípios’. E mais blás, blás e blás... Os adeptos de tais teses transformaram a autonomia do direito em um território ‘fofo’, ‘dúctil’. Flambaram o Direito. O resultado? Isso tudo que está por aí. Um dos mecanismos para esse desiderato é o verbo ‘pamprincipiologizar’. Cada um pode abrir uma fábrica de álibis e enunciados performativos, colocando a grife ‘princípio’. [...]”. (STRECK, Lenio Luiz. **O pamprincipiologismo e a flambagem do Direito**. Revista Consultor Jurídico, São Paulo. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2013-out-10/senso-incomum-pamprincipiologismo-flambagem-direito/>. Acesso em: 31 dez. 2023).

Estado Democrático de Direito, cobra reflexão acerca dos paradigmas que informam e conformam a própria jurisdição constitucional”<sup>357</sup>. Tenhamos isso em conta, pois.

A **primeira inverdade** proveniente daí é a de que o neoconstitucionalismo, posto como está, seria pós-positivista. Isso nada mais é do que uma cegueira, deliberada ou não, acerca dos paradigmas jurídico-filosóficos, que faz obnubilar a relevância da normatividade constitucional e de como lidar com ela. A esse respeito, embora o avanço que as diversas posturas críticas têm representado no campo da teoria do direito e do direito constitucional, “torna-se necessário, ainda, reafirmar uma velha questão, sobre a qual venho me debruçando, mormente a partir da Constituição de 1988: a crise de paradigmas que atravessa o imaginário dos juristas”<sup>358</sup>.

Essa crise, a seu turno, é a crise dos paradigmas aristotélico-tomista e da filosofia da consciência, ou seja, no nosso aprisionamento tardio ao esquema sujeito-objeto, onde, de um lado, o intérprete ainda hoje se encontra “preso” ao texto legal, isto é, o objeto aprisiona o sujeito e, de outro, o intérprete, de refém do texto, se torna dono dos seus sentidos, isto é, o sujeito assujeita o objeto. Pois o positivismo jurídico é muito mais complexo do que se costuma anunciar. Não há um positivismo, o ponto é este, mas vários positivismos. Neles, todavia, há uma marca comum: a discricionariedade. E a Literatura, vez mais, pode nos ajudar a entender os grandes dilemas contemporâneos sobre a interpretação da lei e do direito, consoante afirma Lenio Streck. Veja-se que, em pleno século XXI, ainda não conseguimos superar o embate “objetivismo-subjetivismo”, razão e vontade, como decidir etc.<sup>359</sup>.

Shakespeare, no início do século XVII, antecipou a discussão hermenêutica que será o centro das preocupações dos juristas do século XIX até os nossos dias. Entre as várias peças, há uma em especial, escrita por volta de 1604, chamada Medida por Medida. A estória se passa em Viena. O Duque Vivêncio, em face de um quadro de desordem e corrupção de costumes, transfere a seu amigo Ângelo o governo, simulando tirar um período de férias, em que visitaria a Polônia. Sob novo comando, a guarda prende o jovem Cláudio, sob a acusação de ter fornicado com Julieta, sua namorada.

---

<sup>357</sup>OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. **Jurisdição e Hermenêutica Constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004, p. 51.

<sup>358</sup>STRECK, Lenio Luiz. A atualidade do debate da crise paradigmática do Direito e a resistência positivista ao constitucionalismo contemporâneo. **RIPE – Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos**, Bauru, v. 40, n. 45, p. 257-290, jan./jun. 2006.

<sup>359</sup> STRECK, Lenio Luiz. **É possível fazer Direito sem interpretar?** Revista Consultor Jurídico, São Paulo, 19 abr. 2012. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2012-abr-19/senso-incomum-jurisprudencia-transita-entre-objetivismo-subjetivismo>. Acesso em: 31 dez. 2023.

Incontinenti, é condenado à morte por Ângelo. Cláudio, então, pede a sua irmã Isabela, para que interceda por ele junto a Ângelo. Isabela busca persuadir Ângelo. Este diz que Cláudio é um transgressor da lei e que ela estaria perdendo o seu tempo. Diz, também, que no contexto dado, a lei não permite vicissitudes idiossincráticas. É ela a palavra do poder: “A lei, não eu, condena o seu irmão. Se fosse meu parente, irmão ou filho, seria o mesmo. Ele morre amanhã”<sup>360</sup>.

Isabela retorna no dia seguinte e insiste na tese. Ângelo se mantém irredutível. Entretanto, enquanto falava, a concupiscência tomava conta de Ângelo, vendo que por debaixo das vestes de Isabela (ela estava vestida com roupa de noviça) um belo exemplar da espécie humana se escondia. Assim, em um instante, Ângelo, aquele “poço de virtude”, transmuda-se, dizendo à Isabela que “se o amasse em retorno, seu irmão seria poupado”. De escravo da lei, de escravo da estrutura, do “que está dado”, Ângelo se transforma em “senhor da lei”, “senhor dos sentidos”<sup>361</sup>.

Do extremo objetivismo, Ângelo vai ao completo subjetivismo. Qual é o pior dos Ângelos? O I ou o II? Ou seja, duzentos anos antes das críticas de Ihering à juíza Pórcia de O Mercador de Veneza – outro exemplo de juiz solipsista shakespeariano – essa discussão já estava posta pelo bardo. Temos aí mistério entre o mito do dado e o voluntarismo, entre concepções objetivistas e subjetivistas e, fundamentalmente, buscando construir respostas para esse dilema entre Ângelo I e II<sup>362</sup>.

Essa crise de paradigma(s), à evidência, atinge o conjunto das Instituições encarregadas de administrar a justiça. Por mais que os juristas, especialmente aqueles que se dizem práticos ou pragmáticos, digam que o que importa é “resolver casos”, tenho que o direito, na democracia, não sobrevive sem uma adequada teorização. Ou seja, o direito necessita de teorias que explicitem as condições para o adequado fornecimento de respostas (decisões) que estejam em conformidade com a Constituição. Este é ponto central da reflexão jurídica: a necessidade de uma teorização, que decorre do caráter *alográfico* do direito, como diz Eros Grau. O direito necessita de um *medium interpretandi*. Sem a teoria, não há direito. O que quero dizer é que não é qualquer pessoa que pode ou que sabe interpretar a lei. Mesmo que um dispositivo legal esteja

---

<sup>360</sup> Ibid.

<sup>361</sup> Id.; Ibid.

<sup>362</sup> STRECK, Lenio Luiz. **É possível fazer Direito sem interpretar?** Revista Consultor Jurídico, São Paulo, 19 abr. 2012. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2012-abr-19/senso-incomum-jurisprudencia-transita-entre-objetivismo-subjetivismo>. Acesso em: 31 dez. 2023.

formulado na mais simples linguagem ordinária, ainda assim a sua interpretação não pode ser feita afastada daquilo que se pode chamar de campo jurídico<sup>363</sup>.

As palavras da lei somente adquirem significado a partir de uma teorização, que já sempre ocorre em face de um mundo concreto, segundo Lenio. A teoria é que é a condição de possibilidade de esse “dar sentido”. Esse sentido vem de fora. Não há um “sentido evidente” (ou imanente). As palavras das leis não contêm um “sentido em si”. Um exemplo de Paulo Barros de Carvalho ajuda para compreender melhor essa questão: se uma lei diz que três pessoas disputarão uma cadeira no senado da República, nem de longe se pode pensar que três pessoas disputarão o móvel do Senado<sup>364</sup>.

Ocorre que o propagado neoconstitucionalismo, se algo fez superar, foi apenas a primeira faceta do positivismo jurídico, a de feição literalista, legalista, a do Ângelo I, caindo, entretanto, no Ângelo II. Não deixou de ser positivista. O positivismo jurídico, de uma vez por todas, é algo muito mais complexo do que se costuma propagar. E não se resume às teses sintáticas, que aprisionam o sujeito (intérprete) ao objeto (texto), indo, justamente, àquelas que, por outra via, passam a fazer com que o sujeito (o intérprete) se assenhore do objeto (o texto). De um lado: positivismo legalista, jurisprudência analítica e jurisprudência dos conceitos. De outro, como resposta: escola do direito livre, jurisprudência dos interesses e realismo jurídico. Todas, diga-se, escolas frutos positivistas. As primeiras, sintáticas. As segundas, semânticas. Discricionárias, ambas. Assim como os derivados disso: positivismo normativista, jurisprudência dos valores, teoria da argumentação jurídica.

Eis aí o grande problema, portanto, das teses voluntaristas, ditas neoconstitucionalistas ou pós-positivistas, aventadas atualmente no Brasil. De um lado, ao bradarem a aplicação subsuntiva das regras em easy-cases, essas teses sequer se desvencilharam do velho positivismo ou do positivismo primitivo (de cunho sintático). E, de outro, ao apostarem na discricionariedade do intérprete-aplicador para a solução dos ditos hard-cases, não romperam o cordão umbilical do positivismo normativista e com as suas vertentes ou vulgatas (como a jurisprudência dos valores, a teoria da argumentação de Alexy e o realismo jurídico característico dos EUA).

Nesse sentido, note-se que: (a) continuamos a pensar que a lei é a única fonte, ignorando que a própria Constituição é a nova fonte; (b) continuamos a acreditar no

---

<sup>363</sup> Ibid.

<sup>364</sup> Id.; Ibid.

mundo ficcional das regras, ignorando que a (velha) teoria da norma necessita recepcionar a era dos princípios, que, fundamentalmente, introduzem no Direito a realidade escamoteada historicamente pelo mundo das regras do positivismo, mas, ao mesmo tempo, utilizamos isso para dar qualquer sentido ao texto; (c) não nos damos conta de que o esquema sujeito-objeto, sustentador do modo dedutivo-subsuntivo de interpretar, sucumbiu em face do giro linguístico-ontológico (em especial, a hermenêutica, sem olvidar a importância das teorias discursivas); (d) porque atrelados ao esquema sujeito-objeto, não conseguimos compreender a relação entre texto e norma, isto é, do objetivismo simplificador partimos em direção aos diversos axiologismos. Como consequência, estabeleceu-se um “ceticismo hermenêutico”, cujo resultado é a arbitrariedade interpretativa<sup>365</sup>.

Na dicotomia que vislumbramos reside, pois, uma questão metafísica: de um lado, a metafísica clássica, aquela lá dos gregos, onde nós, o sujeito, estaríamos aprisionados ao objeto – tal como no Diálogo, de Platão, a partir de Crátilo<sup>366</sup>. De outro, a metafísica moderna, a partir de Descartes, com o seu antropocentrismo, que promove, na espécie, uma inversão, assentada num viés assujeitador, como se o sujeito, e a sua consciência, fosse dona do Mundo ou dos seus sentidos<sup>367</sup>.

É por isso que Lenio Streck insiste em dizer que o neoconstitucionalismo não é pós-positivista, ao contrário. E acerta. Como diz o Maestro, a superação do positivismo “implica enfrentamento do problema da discricionariedade judicial ou, também poderíamos falar, no enfrentamento do solipsismo da razão prática”<sup>368</sup>. Não é, contudo, o que se vê. É dessas teses voluntaristas, fundamentadas na subjetividade/discricionariedade, ainda hoje presas ao paradigma da filosofia da consciência, que exsurge o pensamento segundo o qual os princípios representariam valores, dando azo, portanto, para discursos colonizadores da autonomia do direito, por meio de argumentos de cunho axiológico, de moral, moralistas.

---

<sup>365</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Devemos nos importar, sim, com o que a doutrina diz**. Revista Consultor Jurídico, São Paulo, 5 jan. 2006. Disponível em: [http://www.conjur.com.br/2006-jan-05/devemos\\_importar\\_sim\\_doutrina](http://www.conjur.com.br/2006-jan-05/devemos_importar_sim_doutrina). Acesso em: 31 dez. 2023.

<sup>366</sup> PLATÃO. **Crátilo**: diálogo sobre a justeza dos nomes. 2ª ed. Lisboa: Sáda Costa, 1994, p. 155-156.

<sup>367</sup> DESCARTES, René. **Discurso de método**. Trad.: Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 1996, p. 38-39.

<sup>368</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Observatório Constitucional**: porque a ponderação e a subsunção são inconsistentes. Conjur. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2014-abr-26/observatorio-constitucional-porque-ponderacao-subsuncao-sao-inconsistentes>. Acesso em: 31 dez. 2023.

O mais evidente é, sem dúvida, a insistência em um modelo lógico-subsuntivo para casos fáceis, por um lado, e a utilização de versão renovada dos cânones de interpretação, por outro, por intermédio do assenhramento dos sentidos pela subjetividade do intérprete. Nisso reside a raiz do problema, em sua primeira vertente. Enfrentar, então, esse “novo” protagonismo, na dicção de Streck, “[...] será o papel de uma hermenêutica preocupada com a democracia”<sup>369</sup>. A alternativa para fugir desses modelos é uma alternativa hermenêutica, partindo-se para um novo modelo que coloca o texto como um evento, e a norma como o resultado da compreensão do texto e do evento a partir da diferença ontológica<sup>370</sup>.

Já **asegunda inverdade** é dúplice, composta, por um lado, pela afirmativa de que princípios seriam valores, através da apelação argumentativa de que a Constituição seria uma “ordem concreta de valores”, e, por outro, pela ponderação à brasileira daí também proveniente, absolutamente desapegada da própria teoria que lhe daria sustentação.

Em 1988 o Brasil recebeu uma nova Constituição, rica em direitos fundamentais, com a agregação de um vasto catálogo de direitos sociais. Ocorre que não havia uma teoria constitucional adequada às demandas de um novo paradigma jurídico. Essas carências jogaram os juristas brasileiros nos braços das teorias alienígenas. Conseqüentemente, as recepções dessas teorias foram realizadas, no mais das vezes, de modo acrítico, sendo a aposta no protagonismo dos juízes o ponto comum da maior parte das teorias<sup>371</sup>. Logo, as recepções das teorias voluntaristas – em especial as que colocam a Constituição como ‘ordem concreta de valores’ (portanto, com filiação na jurisprudência dos valores e com tendências à incorporação das teses do realismo jurídico), ultrapassaram esse “modelo de aplicação do Direito”<sup>372</sup>.

Assim sendo, houve uma troca: do modelo que apostava na estrutura do Direito (objetivismo), passou-se a adotar uma postura de perfil subjetivista, que deu – e dá – azo não somente ao decisionismo *stricto sensu*, mas também ao instrumentalismo (processo civil, processo eleitoral) e ao inquisitivismo (processo penal, processo penal

---

<sup>369</sup>STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**. Ob., cit., p. 84.

<sup>370</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**. Ob., cit., p. 238.

<sup>371</sup>STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**. Ob., cit., p. 83-84.

<sup>372</sup>Ibid., p. 84.

eleitoral)<sup>373</sup>. Enfrentar, então, esse “novo” protagonismo, na dicção de Streck, “[...] será o papel de uma hermenêutica preocupada com a democracia”<sup>374</sup>.

O problema encontra o ponto de estofamento em uma verdadeira mixagem teórica<sup>375</sup>, representando, pois, uma espécie de “institucionalização da discricionariedade” a partir da recepção equivocada de teorias estrangeiras, as quais foram erguidas em tempo e contexto distintos, à luz das respectivas realidades locais. Ante a falta, teorias alienígenas acabaram importadas no pós-Constituição de 1988, e assim o foram de maneira errônea, como sói ocorrer na tradição jurídica brasileira, diga-se de passagem. A respectiva recepção, por seu turno, relegou-nos, ao fim e ao cabo, uma verdadeira ode ao discricionarismo interpretativo, que promove, pela via epistêmica, degeneração.

Logo, destas teorias, citamos, com Lenio Streck, as seguintes: jurisprudência dos valores alemã, teoria da argumentação jurídica de Robert Alexy (a ponderação alexyana) e realismo jurídico norte-americano (ativismo estadunidense). Vejamos, então, cada uma dessas recepções equivocadas, assim o sendo fatal e claramente “[...] pelo modo como são trabalhadas no Brasil, a Jurisprudência dos Valores e a teoria da argumentação de Robert Alexy serão analisadas em conjunto”<sup>376</sup>.

Com efeito, no direito alemão, a Jurisprudência dos Valores serviu para “[...] equalizar a tensão produzida depois da outorga da Grundgesetz pelos aliados, em 1949[...]”<sup>377</sup>. Ou seja: [...] nos anos que sucederam à consagração da lei fundamental, houve um esforço considerável por parte do *Bundesverfassungsgericht* para legitimar uma Carta que não tinha sido constituída pela ampla participação do povo alemão. Daí a afirmação de um *jus* distinto da *lex*, ou seja, a invocação de argumentos que permitissem ao Tribunal recorrer a critérios decisórios que se encontravam fora da estrutura rígida da legalidade. A referência a valores aparece, assim, como mecanismo de ‘abertura’ de uma legalidade extremamente fechada<sup>378</sup>.

Nesse sentido, Lenio Streck alerta para o fato de que a tese da Jurisprudência dos Valores é, até hoje, de certo modo, preponderante naquele Tribunal, circunstância que tem provocado historicamente fortes críticas no plano da teoria constitucional ao *modus* interventivo do tribunal alemão. Além disso, diz Streck, não há como descurar que “[...]”

---

<sup>373</sup>Id.; Ibid.

<sup>374</sup>STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**. Ob., cit., p. 84.

<sup>375</sup>STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**: Ob., cit., p. 47.

<sup>376</sup> Ibid., p. 47.

<sup>377</sup> Ibid., p. 48.

<sup>378</sup>Id; Ibid.

a referida tensão efetivamente teve, a partir do segundo pós-guerra, papel fundamental na formatação da teoria constitucional contemporânea, por exemplo, em Portugal, na Espanha e no Brasil”<sup>379</sup>. Entretanto, este é o ponto, “[...] os juristas brasileiros não atentaram para as distintas realidades (Brasil e Alemanha)”<sup>380</sup>.

Mais precisamente, a invocação de valores, sob o subterfúgio do uso de princípios constitucionais, aliado ao uso constante de conceitos fluídos sem justificativa, faz com que conceitos dogmáticos percam sua importância na aplicação do direito. Por exemplo, em termos de segurança jurídica, conceito dogmático como o de negócio jurídico, na prática, tem apresentado cada vez menos serventia, uma vez que pode sofrer mutações de toda ordem sob o argumento de boa-fé, função social ou qualquer outro termo vago que se queira invocar para se alcançar a decisão mais “justa” pelo julgador, [...] sob o argumento de fazer o bem e prestigiar a justiça<sup>381</sup>.

Esse manejo de conceitos fluídos, vagos e, a partir daí, facilmente manipuláveis, atrelada à ponderação como praticada aqui, compõem, sobretudo, a degeneração epistêmica em sua vertente hermenêutica, a qual, atrelada à primeira e à baixa constitucionalidade dali derivada, serve, a mais não poder, dentre outros exemplos, para desencadear a adoção, no âmbito do processo judicial eleitoral sancionador, de provas ilícitas, que, como tais, deveriam ser imprestáveis. O devido processo legal eleitoral que se lasque, assim sendo, afinal, o que “vale” é a condenação, é o interesse público de lisura eleitoral, sendo que o processo e as suas garantias seriam um estorvo para alcançá-la<sup>382</sup>.

---

<sup>379</sup>STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**: Ob., cit., p. 48.

<sup>380</sup>Ibid., p. 49.

<sup>381</sup>ABBOUD, Georges. **Direito Constitucional Pós-Moderno**. Ob., cit., p. 75

<sup>382</sup>Veja-se: “[...] mesmo que prova tivesse sido obtida por meio pouco recomendável, de qualquer sorte deve ser imperiosamente valorada por conta da **natureza dos interesses defendidos**, com a aplicação do **princípio da proporcionalidade, invocado para salvaguardar valores maiores**, in casu, a **supremacia do interesse público**. Trilhando nesse entendimento, gizo o fato de que nos sistemas jurídicos em geral, **os valores por eles protegidos encontram-se escalonados conforme o grau de importância atribuído pela sociedade**. Assim, a materialização dos **valores** e direitos que se mostram **mais importantes**, em casos específicos, pode-se dar através da aceitabilidade processual de provas colhidas, mesmo que logradas mediante meios não previstos em lei. Nessa esteira de intelecção, a incidência da **Teoria da proporcionalidade amaina a vedação ao uso da prova obtida por meio impróprio para admiti-la excepcionalmente em casos de extrema gravidade, dando abrigo, destarte, a outros valores fundamentais, considerados mais urgentes na concreta avaliação do caso**. Nesse passo, a proibição da prova adquirida por meio distinto daquele corriqueiramente admitido, não se afigura absoluta, **podendo ceder quando em conflito com outro direito fundamental, de maior peso**, isso em decorrência da isenção ao respeito que se deve a outras garantias de igual ou superior relevância, como ocorre na vertente, pois aqui os bens jurídicos tutelados, quais sejam, o Estado Democrático de Direito, a soberania popular, **a lisura e transparência das eleições** suplantam – e muito – o bem jurídico hipoteticamente

No caso específico do Brasil, onde, historicamente, até mesmo a legalidade burguesa tem sido difícil de “emplacar”, a grande luta tem sido de estabelecer condições para o fortalecimento de um espaço democrático de edificação da legalidade, plasmado no texto constitucional<sup>383</sup>. Da Jurisprudência dos Valores os teóricos brasileiros tomaram emprestada a tese fundante – a de que a Constituição é uma ordem concreta de valores, sendo papel dos intérpretes o de encontrar e relevar esses interesses ou valores. O modo mais específico de implementação dessa recepção foi a teoria da argumentação de Robert Alexy (segunda recepção equivocada), que, entretanto, recebeu uma leitura superficial por parcela considerável da doutrina e dos tribunais<sup>384-385</sup>.

E o apelo à discricionariedade ou ao subjetivismo dessa ponderação de valores (em uma mescla da jurisprudência dos valores e da teoria da argumentação jurídica) “simplesmente denuncia o apego à filosofia da consciência”<sup>386</sup>. De igual modo, a utilização dos cânones de interpretação – e isso já é (mera) consequência do paradigma epistemológico da filosofia da consciência – também demonstra essa prisão metafísica. De fato, Alexy tenta retomar os cânones por outro ângulo, tendo em vista que eles não teriam mais regras de interpretação, mas tão somente “formas de argumentos”, conforme Perelman. Mas, no fundo, não é isso que acontece, já que o modelo de fundamentação metafísica logo se mostra e Alexy é obrigado a dar às “formas de argumentos” uma função constitutiva e diretiva, na medida em que, para ele, “formas distintas (de argumentos) podem levar, no contexto da discussão de um problema, a soluções completamente diferentes”. Esse problema é típico da hermenêutica técnico-normativa bettiana e acaba sendo resolvido a partir de um metacritério ou de uma solução metafísica objetivista (isso também ocorre com as teses que trabalham com “postulados” normativos, pelas quais é possível uma regra “valer” mais do que um princípio, assim como até mesmo transformar um princípio em uma regra). Alexy acaba resolvendo-o da primeira forma quando pressupõe, na teoria do

---

violado: a privacidade da empresa pertencente ao acionado. [...]”. (grifo nosso). BAHIA. Tribunal Regional Eleitoral. Recurso Eleitoral n°. 13653-50. Salvador, 24 de maio de 2011.

<sup>383</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**: Ob., cit., p. 49.

<sup>384</sup> Ibid., p. 49.

<sup>385</sup> Isso fica claro na obra daquele que talvez seja o maior expoente do neoconstitucionalismo à brasileira, e entusiasta, portanto, da jurisprudência dos valores e da teoria da argumentação de matiz alexyana, ou seja, Luís Roberto Barroso, senão vejamos: “[...] a colisão entre princípios constitucionais decorre, como assinalado acima, do pluralismo, da diversidade de valores e de interesses que se abrigam no documento dialético e compromissório que é a Constituição. Como estudado, não existe hierarquia em abstrato entre tais princípios, devendo a precedência relativa de um sobre o outro ser determinada à luz do caso concreto”. Cf. BARROSO apud Ibid.

<sup>386</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**. Ob., cit., p. 238.

discurso prático geral, a utilização de “regras de prioridade de segundo nível” para solução de conflitos de “regras de prioridade” de primeiro nível. Na teoria do discurso prático jurídico, vai sustentar que determinados argumentos tenham *prima facie* um maior peso. Novamente, o trilema de Munchausen surge e o retrocesso sucessivo de soluções metafísicas vai se impondo<sup>387</sup>.

Daí a pergunta: qual é a diferença desses critérios (ou fórmulas) dos velhos métodos de interpretação, cujo calcanhar de aquiles – na feliz expressão de Eros Grau e Friedrich Muller – é(ra) exatamente não ter um critério para difundir qual o melhor critério, que, em outras palavras, comparei, em textos anteriores, com a “ausência/impossibilidade” de um *Grundmethode*? Portanto, nesse ponto há que se dar razão a Habermas e nos adeptos de sua teoria, sobre as suas críticas ao “uso discricionário da ponderação” e à “ponderação discricionária” (aliás, a própria ponderação passa a ser, por si só, instrumento para o “livre exercício” da relação sujeito-objeto). A ponderação sempre leva a uma abstração em face do caso, circunstância que “reabre” para o juiz a perspectiva de argumentação sobre “o caráter fundamental ou não do direito”, já reconhecido desde o início como fundamental, e assim acaba tratando esses direitos como se fossem “valores negociáveis”, com o que se perde a força normativa da Constituição, que é substituída pelo “discurso adjudicador” da teoria da argumentação jurídica<sup>388</sup>.

Sobre isso, então, ao criticar a tese de que princípios são valores, com ênfase na citada jurisprudência dos valores, assim como na teoria da argumentação, há que se dar muita razão ao que dizia o mesmo Habermas, para quem “apenas direitos podem ser invocados em um jogo argumentativo”<sup>389</sup>. Segundo ele, um julgamento orientado por princípios “precisa decidir qual pretensão e qual ação em um dado conflito é correta - e não como ponderar interesses ou relacionar valores”<sup>390</sup>.

Os princípios não podem ser tratados como sucedâneos dos velhos princípios gerais do direito (positivismo normativista), tampouco como uma cláusula de abertura, ao final e ao cabo – Friedrich Muller mesmo, o pai do pós-positivismo, afirma,

---

<sup>387</sup> Ibid., pp. 238-239.

<sup>388</sup> Ibid., p. 239.

<sup>389</sup> HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. v. I. p. 259.

<sup>390</sup> Ibid., p. 260-261.

acertadamente, que “os direitos humanos não são valores, são normas, e, quando a Constituição os positiva, se tornam direitos vigentes”<sup>391</sup>.

Neste ponto em específico, de mais a mais, também há que se dar razão a Carl Schmitt. Em texto intitulado *La tiranía de los valores*, Schmitt acaba por fazer a seguinte e oportuna indagação: “Los valores no son, sino valen. ¿En qué se basa su validez? Se puede basar – exclusivamente - en ponencias, y tenemos que preguntar: ¿Quién es el que establece los valores?”<sup>392</sup>. Consequentemente, a assertiva é de Schmitt,

“[...]. Si algo tiene valor y cuánto, si algo es valor y en qué grado se puede determinar solamente desde un supuesto punto de vista o criterio particular. La filosofía de valores es una filosofía de puntos? la ética de valores, una ética de puntos. No es casualidad que palabras como punto de vista, punto de partida, punto visual y punto de mira aparezcan continuamente en su vocabulario. No son ni ideas ni categorías, ni tampoco principios o premisas. Son simplemente puntos. [...] Puntos de vista, puntos de partida y puntos visuales no tienen consistencia por sí mismos. Su función y su sentido, por el contrario, implican que se cambien según cambia la situación. [...]”<sup>393</sup>.

Como efeito, a partir dessa perspectiva, é que, dizendo da tirania dos valores, o alemão acaba por afirmar, enfim, que quem diz valor quer fazer valer e impor. As virtudes se exercem, as normas se aplicam, as ordens se cumprem; mas os valores se estabelecem e se impõem. Quem afirma sua validade tem de fazê-los valer. Quem diz que valem, sem que ninguém os faça valer, quer enganar. Se algo tem valor, e quanto, se algo é valor, e em que grau, apenas se pode determinar isoladamente, desde um ponto de vista pressuposto ou de um critério particular<sup>394</sup>. Eis, aí, pois, o caminho para a discricionarietà. Discricionarietà, por sua vez, nada mais é do que arbitrariedade. E esta, ou seja, a arbitrariedade, enfim, não se coaduna, definitivamente, com o ideário democrático. Logo, é importante ter em mente, desde já, que princípios não são valores. Valores são contingenciais, isto é, cada um tem os seus (!).

Em seguida, por oportuno, Schmitt cita Hartmann, tudo para observar que os valores sempre valem para alguém, aparecendo, desgraçadamente, o “reverso fatal”

---

<sup>391</sup> MÜLLER, Friedrich. **Métodos de trabalho do Direito Constitucional**. Trad. Peter Naumann. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005; MÜLLER, Friedrich. **O novo paradigma do Direito**: introdução à teoria e metódica estruturantes do direito. Trad. Dimitri Dimoulis et al. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

<sup>392</sup> SCHMITT, Carl. **La tiranía de los valores**. Buenos Aires: Hydra. Introducción de Dotti, 2009, p. 69.

<sup>393</sup> Ibid., p. 71.

<sup>394</sup> Ibid., p. 73.

(Schmitt): também valem sempre contra alguém. Mais grave é que, além de não se ter logrado superar a teoria subjetiva dos valores, segundo a lógica do valor prevalece a seguinte norma: o preço supremo não é demasiado para o valor supremo e cumpre que seja pago, justificando a submissão do valor maior ou do sem valor. Aí se manifesta a “tirania dos valores”, a respeito da qual diz Hartmann: “Cada valor, se se apoderou de uma pessoa, tende a erigir-se em tirano único de todo o *ethos* humano, ao custo de outros valores, inclusive dos que não lhe sejam diametralmente opostos.”. A apreensão do significado da expressão tirania dos valores dá-nos - a observação é de Carl Schmitt - “[...] a chave para compreendermos que toda teoria dos valores nada mais faz senão atizar e intensificar a luta antiga e eterna entre convicções e interesses”<sup>395</sup>.

A aceitação de uma hierarquia de valores obscurece a distinção juridicamente essencial entre criação e aplicação de normas jurídicas — no caso, constitucionais — e corrompe qualquer relevância que, histórica e politicamente, se vem retirando da distinção entre poder constituinte e poderes constituídos. Assim, é inadmissível a uma ordem constitucional de perfil democrático, que se quer realizar como governo racional de normas predispostas, e não como uma consolidação arbitrária de desígnios da vontade de poderosos, consentir com a presença de alguém — pessoa ou instituição — que tenha poderes para coercitivamente estabelecer tal ordem hierárquica, com o que se aceitaria a presença de um indivíduo ou instituição que se sobreporia à própria Constituição, pois, do ponto de vista lógico, aquele que pudesse dizer, de forma absoluta e abstrata, o que, dentro da Constituição, tem mais ou menos valor normativo estaria sendo posto ou se pondo acima da própria Constituição<sup>396</sup>.

Daí que, da jurisprudência dos valores, os teóricos brasileiros (por todos, lembremos Luis Roberto Barroso, Ana Paula de Barcellose Daniel Sarmento tomaram emprestado a tese principal, repetida *ad nauseam*, de que ‘a Constituição é uma ordem concreta de valores’, sendo o papel dos intérpretes o de encontrar e revelar esses interesses ou valores (por vezes, ocorre uma mixagem dessa postura com as teses da *Interessenjurisprudenz*, de Philipp Heck, que, aliás, foi quem cunhou a expressão *Abwägung* – sopesamento)<sup>397</sup>. Sequer original, portanto, o é a dita ponderação.

---

<sup>395</sup> Ibid., p. 74.

<sup>396</sup> GUEDES, Néviton. **A Constituição contra a tirania dos valores**. Revista Consultor Jurídico. Conjur. 2013, 3p.

<sup>397</sup> STRECK, Lenio Luiz. As recepções teóricas inadequadas em terrae brasilis. **Revista de Direitos Fundamentais e Democracia**, Curitiba, v. 10, n. 10, p. 10, jul./dez. 2011.

Como dito, a forma mais específica dessa implantação “[...] foi a teoria da argumentação de Robert Alexy, que, entretanto, recebeu uma leitura superficial por parcela considerável da doutrina e dos Tribunais de *terrae brasilis*”<sup>398</sup>. O Direito Constitucional brasileiro, nessa medida, foi tomado pelas teorias da argumentação jurídica, sendo raro encontrar constitucionalistas que não se rendam à distinção (semântico) estrutural regra-princípio e à ponderação (Alexy). A partir desse equívoco, são desenvolvidas/seguidas diversas teorias/teses por vezes incompatíveis entre si<sup>399</sup>.

Na maior parte das vezes, os adeptos da ponderação não levam em conta a relevante circunstância de que é impossível – sim, insista-se, é realmente impossível – fazer uma ponderação que resolva diretamente o caso. A ponderação – nos termos propalados por seu criador, Robert Alexy – não é (insista-se, efetivamente não é) uma operação em que se colocam os dois princípios em uma balança e se aponta para aquele que “pesa mais” (sic), algo do tipo “[...] entre dois princípios que colidem, o intérprete escolhe um” (sic). Nesse sentido é preciso fazer justiça a Alexy: sua tese sobre a ponderação não envolve essa “escolha direta”<sup>400</sup>.

As teorias matrizes têm, em si, descompassos evidentes, em especial, o fato de se considerarem pós-positivistas, quando, em verdade, não são. A aposta na discricionariedade *ratio final* denuncia o apego ao juspositivismo de cariz semântica, de onde exsurge apenas e tão somente a superação do positivismo primitivo, e nada mais; mesmo assim, de qualquer maneira, parcela considerável da doutrina e dos tribunais brasileiros conseguiu ainda operar a respectiva recepção de maneira equivocada, tudo ao desconsiderar, primeiramente, o contexto no qual as teorias foram erguidas e, de mais a mais, os seus meandros; daí, por exemplo, que, se a teoria da argumentação de Robert Alexy foi desenvolvida para “racionalizar” a jurisprudência dos valores do Tribunal Constitucional alemão, aqui no Brasil ela foi recepcionada de maneira evidentemente errônea (superficial e acrítica), relegando-nos, pois, uma o oposto, ou seja, uma clara “irracionalidade”, tudo a partir do momento em que se acredita que a ponderação poderia se dar de maneira direta e representar uma verdadeira escolha do intérprete. O Direito, a partir daí, nada mais seria do que resultado das visões do Mundo de quem o aplica.

---

<sup>398</sup> Ibid., p. 10

<sup>399</sup> Id.; Ibid.

<sup>400</sup> STRECK, Lenio Luiz. As recepções teóricas inadequadas em *terrae brasilis*. **Revista de Direitos Fundamentais e Democracia**, Curitiba, v. 10, n. 10, p. 10, jul./dez. 2011.

Nesse contexto, Lenio Streck vai dizer também, à luz deste conjunto de incongruências, que, no Brasil, no uso (absolutamente) descriterioso da teoria alexyana, transformaram a ponderação em um “princípio”. Com efeito, se, na formatação proposta por Alexy, a ponderação conduz à formação de uma regra – que será aplicada ao caso por subsunção –, os tribunais brasileiros utilizam esse conceito como se fosse um enunciado performativo, “uma espécie de álibi teórico capaz de fundamentar os posicionamentos mais diversos. Esse tratamento equivocado – que enxerga a ponderação como um princípio – fica evidente a partir de uma simples pesquisa nos tribunais brasileiros”<sup>401</sup>.

De se consignar, por fim, que esse uso da ponderação como um “verdadeiro” princípio decorre de um fenômeno muito peculiar à realidade brasileira, o pamprincipiologismo. Em linhas gerais, o pamprincipiologismo é um subproduto do “neoconstitucionalismo” à brasileira, que acaba por fragilizar as efetivas conquistas que formaram o caldo de cultura que possibilitou a consagração da Constituição brasileira de 1988. Esse pamprincipiologismo faz com que – a pretexto de se estar aplicando princípios constitucionais – haja uma proliferação incontrolada de enunciados (standards) para resolver determinados problemas concretos, muitas vezes ao alvedrio da própria legalidade constitucional<sup>402</sup> - como o devido processo legal.

Assim, com apoio na doutrina de Streck, não há como ignorar que toda essa discussão repousa raízes no debate/enfrentamento do Constitucionalismo (Contemporâneo) – considerado como tal o constitucionalismo originado do pós-segunda guerra - com o (velho) positivismo (que possui várias facetas). Com efeito, diz o autor que o positivismo se ergueu a partir da crença de que o mundo poderia ser abarcado pela linguagem e que a regra, no plano do direito, ‘abarcaria essa ‘suficiência de mundo’. Ou seja, a ideia seria de que a regra suportaria, à exaustão, a descrição da realidade. A partir disso, começam os problemas do positivismo primitivo. A razão (objetivismo) começa a dar lugar à vontade do intérprete (subjetivismo)<sup>403</sup>.

Veja-se o longo caminho percorrido desde o positivismo primitivo até as correntes que surgiram após a segunda guerra mundial. Nesse sentido, é razoável apontar para a jurisprudência dos valores e o positivismo normativista kelseniano como

---

<sup>401</sup>Ibid., p. 12-13.

<sup>402</sup>Id.; Ibid.

<sup>403</sup>STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**. Ob., cit., p. 169-170.

as matrizes que colocaram na vontade o locus do fundamentum. Na insuficiência daquela parte da linguagem para fornecer as respostas, chama-se à colação a subjetividade do intérprete, que, de forma solipsista, levanta o véu que “encobre” a resposta que a regra não pôde dar. Já os “efeitos colaterais” do voluntarismo da jurisprudência dos valores podem ser vistos nas teses conhecidas como “neoconstitucionalistas”, onde a ponderação de valores se transformou no canal de institucionalização de uma ampla discricionariedade/arbitrariedade.

Em caminho similar, temos a utilização tábula rasa do termo ativismo judicial na doutrina e na jurisprudência, com inspiração central no realismo norte-americano – e esta é a terceira recepção equivocada de que fala Streck<sup>404</sup>.

Nos Estados Unidos – e esta é/foi a terceira recepção equivocada –, a discussão sobre o governo dos juízes e sobre o ativismo judicial acumula mais de duzentos anos de história. Não se pode esquecer, por outro lado, que ativismo judicial nos Estados Unidos foi feito às avessas num primeiro momento (de modo que não se pode considerar que o ativismo seja sempre algo positivo). O típico caso de um ativismo às avessas foi a postura da Suprema Corte estadunidense com relação ao *New Deal*, que, aferrada aos postulados de um liberalismo econômico do tipo *laissez faire*, barrava, por inconstitucionalidade, as medidas intervencionistas estabelecidas pelo governo Roosevelt<sup>405</sup>. As atitudes intervencionistas a favor dos direitos humanos fundamentais ocorrem em um contexto que dependia muito mais da ação individual de uma maioria estabelecida do que pelo resultado de um imaginário propriamente ativista. O caso da Corte Warren, por exemplo, foi resultante da concepção pessoal de certo número de juízes e não o resultado de um sentimento constitucional acerca desta problemática<sup>406</sup>.

Já no Brasil, como diz Streck, “[...] esse tema toma ares dramáticos [...]”<sup>407</sup>. Basta lembrar, nesse sentido, que ativismo judicial aparece como um princípio no anteprojeto de Código Brasileiro de Processo Coletivo (art. 2º, letra i). Por certo, tal projeto de lei não foi ainda analisado pelo Poder Legislativo, mas a simples menção ao ativismo judicial como um ‘princípio norteador’ (sic) do processo coletivo brasileiro já

---

<sup>404</sup> STRECK, Lenio Luiz. As recepções teóricas inadequadas em terrae brasilis. **Revista de Direitos Fundamentais e Democracia**, Curitiba, v. 10, n. 10, p. 2-37, jul./dez. 2011.

<sup>405</sup> WOLFE, Christopher. **The rise of modern judicial review**: from constitutional interpretation to judge-made law. Boston: Littlefield Adams Quality Paperbacks, 1994.

<sup>406</sup> STRECK, Lenio Luiz. As recepções teóricas inadequadas em terrae brasilis. **Revista de Direitos Fundamentais e Democracia**, Curitiba, v. 10, n. 10, p. 2-37, jul./dez. 2011.

<sup>407</sup> *Ibid.*, p. 14.

dá conta do estado de profundo impasse teórico que impera na doutrina<sup>408</sup>. Como se pode, então, perceber,

“[...] a assim denominada ‘era dos princípios’, que propiciou o surgimento de textos constitucionais com características sociais-diretivas, encontrou – mormente em países como o Brasil – um imaginário jurídico ainda fortemente dependente da metodologia tradicional e de suas variações, a partir de um amplo espectro que abrangia desde formalistas até adeptos do direito alternativo (realistas ao estilo dos Critical Legal Studies)”<sup>409</sup>.

Com efeito, de um lado, doutrina e jurisprudência, ainda ligadas à dogmática jurídica tradicional, continuaram a sustentar práticas normativistas, com enormes dificuldades para compreender minimamente o advento de uma nova teoria das fontes; já de outro, setores que, embora engajados na concretização da Constituição, passaram a apostar no Poder Judiciário como condutor desse processo, mas sem a correspondente reflexão acerca das condições de possibilidade desse protagonismo. Ou seja, a falta de teorias adequadas às demandas de uma Constituição como a brasileira permitiu a formação de um forte protagonismo judicial<sup>410</sup>.

O espantoso é que, mesmo diante de um texto constitucional riquíssimo em direitos fundamentais-sociais – experiência única no mundo – os intérpretes brasileiros ainda assim vêm buscando descobrir “valores escondidos” embaixo dessa densa tessitura legal<sup>411</sup>. Com isso, evidentemente, há uma resistência ao constitucionalismo contemporâneo que, conforme o Lenio Streck, “[...] exige uma nova teoria das fontes, uma nova teoria da norma e um novo modo de compreender o Direito”<sup>412</sup>.

Isto, definitivamente, ainda não aconteceu. E, ainda hoje, permanecemos caudatários de teorias ultrapassadas ou, de outra forma, especificamente, do positivismo jurídico, em suas várias vertentes. Logo, em um prisma, de maneira geral, o objeto (texto legal) segue assenhorando-se do sujeito (intérprete), algo que dá conta de um legalismo rasteiro, que ignora a existência da (força normativa da) Constituição e dos princípios constitucionais. E, noutro, o sujeito (intérprete) assujeita-se do objeto (texto legal/constitucional), dando margem justamente ao axiologismo/voluntarismo característico e familiar à parcela das *práxis* jurídica brasileira.

---

<sup>408</sup>Id.; Ibid.

<sup>409</sup>STRECK, Lenio Luiz. As recepções teóricas inadequadas em terrae brasilis. **Revista de Direitos Fundamentais e Democracia**, Curitiba, v. 10, n. 10, p. 2-37, jul./dez. 2011.

<sup>410</sup> Ibid., p. 19.

<sup>411</sup>STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**. Ob., cit., p. 169-170.

<sup>412</sup> Ibid., p. 170.

O resultado de tudo isso, por sua vez, está aí. O reescrever dos textos legais e, hoje em dia, mesmo do texto constitucional, ao bel-prazer do intérprete aplicador (p. ex. ficha-limpa; presunção de inocência; foro privilegiado etc.). Decisões morais e políticas e não de princípio (p.ex. ponderação de valores absolutamente desvirtuada teoricamente, que serve apenas como álibi retórico a encobrir aquilo que de antemão o intérprete decidiu!). Como que a repristinar aquilo que (erroneamente) disse o *Justice* Charles Evans Hughes, segundo o qual: “Estamos sob uma Constituição, mas a Constituição é o que os juízes dizem que é”<sup>413</sup>. Parece-nos que a noção (verdadeiro princípio) de supremacia da Constituição acabou confundida como supremacia dos juízes. Assim sendo, de uma “supremacia constitucional” passou-se a uma “supremacia judicial”, como se a Constituição fosse aquilo que o Judiciário diz que ela é<sup>414</sup>.

O Brasil, quando da promulgação da Constituição de 1988, não estava preparado para olhar o novo com os olhos do novo. A ausência de uma teoria constitucional e de uma teoria da decisão, sobretudo no âmbito da jurisdição constitucional, fez com que os juristas brasileiros patrocinassem a importação equivocada de teorias alienígenas, dentre as quais citamos a jurisprudência dos valores alemã, a teoria da argumentação jurídica de Alexy e o realismo jurídico norte-americano. Eis os efeitos disso tudo: arbitrariedades interpretativas de toda ordem, onde os juízes, especialmente os constitucionais, vêm decidindo por argumentos de moral e de política, arbitrários, por suas visões de mundo e vontades. Tudo como se fossem os superegos da sociedade brasileira<sup>415</sup>.

Para Habermas, a viragem linguística estabeleceu uma base metódica mais segura para a filosofia, libertando-a das aporias teóricas associadas à consciência. Desse modo, cristalizou-se o entendimento ontológico da linguagem, que teve o condão de tornar a sua função hermenêutica independente dos processos de aprendizagem, evidenciando clara evolução dos símbolos linguísticos, agora inseridos num universo poético originário<sup>416</sup>.

---

<sup>413</sup>BARCELOS, Guilherme. **Revisitando as origens da Judicial Review**: o nascedouro do controle judicial de constitucionalidade, de Sir. Edward Coke à John Marshall. Florianópolis: Habitus, 2018, p. 242.

<sup>414</sup>Ibid., p. 242.

<sup>415</sup> BARCELOS, Guilherme. **O STF e o neoconstitucionalismo à brasileira**: quem nos protege da bondade dos bons? Palestra. Concipol (Teresina-PI). 25 maio 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/palestra-concipol-stf-guilherme-barcelos.pdf>. Acesso em: 31 dez. 2023.

<sup>416</sup> HABERMAS, Jurgen. **Pensamento pós-metafísico**. Rio de Janeiro: Tempo brasileiro, 1990, p. 16.

Consequentemente, tal mudança de paradigma acabou por inundar as mais diversas áreas do conhecimento, tendo em vista a inserção da linguagem no centro de amplas reflexões, sobretudo nas ciências humanas e sociais aplicadas. Pode-se citar, a título de exemplo, a influência decisiva da viragem linguística na fenomenologia<sup>417</sup> de Martin Heidegger<sup>418</sup>. Pavimentaram essa estrada rumo ao protagonismo da linguagem, sem prejuízo de inúmeros outros teóricos de expressão, Ludwig Wittgenstein, com a sua filosofia da linguagem ordinária, bem como Hans-Georg Gadamer, expoente da hermenêutica filosófica. Para esses prestigiosos filósofos, cujas teorias serão brevemente apresentadas adiante, o sujeito surge na e pela linguagem, que não se encontra ao livre dispor, como outrora se concebia<sup>419</sup>.

Fundamentalmente, é preciso compreender que esses modelos subsuntivos e as tentativas de reprimir axiologismos e/ou realismos jurídicos (tardios) não têm qualquer sustentação na filosofia, invadida que foi pela linguagem no século XX (*linguistic turn*)<sup>420</sup>. Há limites no processo interpretativo. Na verdade, há muitos limites. E isto é assim. Afinal, no nosso cotidiano também não podemos sair por aí dizendo qualquer coisa sobre qualquer coisa. As coisas têm nome; não que esse nome provenha de uma essência; mas também não advém do cogito solitário do intérprete. Tudo isso o paradigma linguístico-filosófico que revolucionou o século XX já nos deixou muito claro. O processo hermenêutico não autoriza atribuições arbitrárias ou segundo a vontade e o conhecimento do intérprete<sup>421</sup>, muito menos para driblar a legalidade constitucional, o devido processo legal e as garantias processuais.

---

<sup>417</sup> “[...]. A fenomenologia heideggeriana foi concebida sob forte influência da fenomenologia de Edmund Husserl. O filósofo alemão buscou afastar as influências metafísicas e pensar o ser humano em sua concretude, estabelecendo relevante discussão acerca da confusão que até então se fazia entre os conceitos de ser e ente” (STEIN, Ernildo. **Introdução ao pensamento de Martin Heidegger**. Porto Alegre: PUCRS, 2011).

<sup>418</sup> BLANCO, Carlos Nieto. **La conciencia linguística de la filosofía**. Madri: Trotta, 1997, p. 271.

<sup>419</sup> JUNIOR, Williem da Silva Barreto; KARAM, Henriete. **Linguistic Turn, Wittgenstein, Gadamer e o Direito**. Revista Brasileira de Direito, Passo Fundo, vol. 17, n. 3, setembro-dezembro, 2021.

<sup>420</sup> “[...]. Assim, tanto o ideário grego, de viés dualista-metafísico, quanto a abordagem subjetivista, a partir da qual o homem se apresenta como o centro do conhecimento (filosofia da consciência), foram postos em xeque quando se concebeu que os usos linguísticos estão intrinsecamente relacionados a práticas sociais, a partir da ativa mediação pela linguagem, em sua inafastável condição criativa. A viragem linguística descortinou a ideia de que a linguagem, em contraponto ao que até então se imaginava, não seria a mediadora externa da relação sujeito-objeto, mas condicionante ativa das relações entre os sujeitos, num contexto de permanente intersubjetividade. Observou-se, aí, expressiva mudança paradigmática, por meio da qual a linguagem foi instituída como fundamento de possibilidade, passando à condição de protagonista nas discussões travadas no campo da filosofia” (RORTY, Richard. **Esperanza o conocimiento?** Una introducción al pragmatismo. Buenos Aires: Fondo de cultura económica, 1994, p. 10 ss.).

<sup>421</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Devemos nos importar, sim, com o que a doutrina diz**. Revista Consultor Jurídico, São Paulo, 5 jan. 2006. Disponível em: <[http://www.conjur.com.br/2006-jan-05/devemos\\_importar\\_sim\\_doutrina](http://www.conjur.com.br/2006-jan-05/devemos_importar_sim_doutrina)>. Acesso em: 31 dez. 2023.

**c. Os efeitos concretos e nocivos da degeneração epistêmica – e de como até mesmo a “Teoria do Avestruz” virou “fonte” do Direito Eleitoral Sancionador:**

A Justiça Eleitoral possuiu grandes julgamentos em sua história, verdadeiros marcos decisórios transcendentais, observados o tempo e o contexto no qual foram prolatados. Marcaram não apenas a época na qual sobrevieram, mas ficaram registrados para a posteridade. Citemos, a esse respeito, por exemplo: **a)** o julgamento da consulta do Partido Social Democrático (PSD) e da representação da OAB Nacional acerca da Constituinte eleita em dezembro 1945 e dos seus poderes, cuja atuação desencadearia na Carta democrática de 1946; **b)** o cancelamento do registro do Partido Comunista (PCB); **c)** o julgamento do registro de candidatura de Leonel Brizola ao posto de Governador do Rio Grande do Sul, em 1958, pelo TRE-RS; **d)** o julgamento, pelo TSE, em 1976, acerca da constitucionalidade de previsão da LC n° 05/70, que previa atração de causa de inelegibilidade sem condenação transitada em julgado; **e)** o julgamento, em 1984, acerca da temática da fidelidade partidária no Colégio Eleitoral (a eleição presidencial era indireta); **f)** a apreciação do registro de candidatura de Silvío Santos à Presidência da República, em 1989; **g)** os casos de inelegibilidade de Fernando Collor de Mello, em 1998, e de Humberto Lucena, em 1994<sup>422</sup>. Além de outros mais recentes, como o julgamento da Chapa Dilma-Temer, o registro de candidatura de Lula, em 2018, e o julgamento da sanção de inelegibilidade de Bolsonaro, em 2023.

Inobstante a grandeza de todos esses *cases*, assim como a relevância de muitas das figuras que estiveram envolvidas neles ou com eles, queremos aqui dar destaque aos caminhos percorridos no bojo destas contendas/demandas jurídico-judiciais, observados os respectivos conteúdos, notadamente das decisões judiciais correspondentes. A pergunta, dito de outro modo, é: será que esses julgamentos, especialmente a partir de 1988 e o novo paradigma advindo daí, tiveram, em suas fundamentações decisórias, o cuidado e o retorque proporcionais a eles? Traremos de um: o julgamento da Chapa-Dilma-Temer, reeleita nas eleições presidenciais ocorridas em 2014, por meio da Ação de Investigação Judicial Eleitoral (AIJE) n° 194358, que tramitou em conjunto com a

---

<sup>422</sup> BRASIL, Tribunal Superior Eleitoral. **Julgados históricos**. Disponível em: <https://www.tse.jus.br/jurisprudencia/julgados-historicos>. Acesso em: 31 dez. 2023.

AIJE n° 154781, a Ação de Impugnação de Mandato Eletivo (AIME) n° 761 e a Representação Eleitoral (RP) n° 846<sup>423</sup><sub>424</sub>.

Em 17 de junho de 2017 o julgamento da “Chapa Dilma-Temer” se consumou perante o TSE, ocasião na qual, por maioria de quatro votos a três, as ações foram julgadas totalmente improcedentes. Votaram pela cassação os Ministros Herman Benjamin, Rosa Weber e Luiz Fux. Votaram pela absolvição os Ministros Gilmar Mendes, Admar Gonzaga, Tarcísio Vieira de Carvalho Neto e Napoleão Nunes Maia. Por apertada maioria, portanto, as ações foram julgadas improcedentes, negando-se, dessa maneira, a cassação dos diplomas – e dos mandatos – outorgados aos candidatos eleitos na eleição presidencial de 2014, sobretudo a Temer, afinal, Dilma já havia caído por outra via.

Duas questões despontaram como as mais relevantes no curso deste emblemático caso jurídico, quais sejam: o debate acerca da “estabilização da demanda” e da “(im)possibilidade de o juiz eleitoral produzir provas de ofício”, isso em sede de arguição preliminar, além do efetivo julgamento de mérito da controvérsia.

Os votos proferidos, vencedores (ao menos em parte) e vencidos, contaram, no entanto, com diversas incongruências, as quais não passam, pois, por um mínimo crivo hermenêutico-constitucional. Noutras palavras, o julgamento da Chapa Dilma-Temer pelo TSE, sobretudo naquilo que representou o cerne do debate travado no âmbito da jurisdição eleitoral de teto, contou com diversas anomalias insustentáveis hermenêutica e constitucionalmente, cristalizando, pois, exemplo clarividente de um ativismo judicial na Justiça Eleitoral brasileira.

Destacando a nomenclatura “ação de investigação judicial eleitoral”, trazida no art. 22 da LC 64/90, afirmou o Relator daquele caso que o procedimento tem por finalidade última descortinar e punir ilícitos, tanto alegados inicialmente quanto revelados no curso da ação. Sustentou ainda que as ações eleitorais, pelo interesse público de seu objeto, devem possibilitar a apuração da chamada “verdade real”. E ressaltou que essa compreensão é respaldada pelo art. 23 da LC 64/90, que chega a

---

<sup>423</sup> Não que outros não tenham tido as suas intempéries, como no caso do ex-Presidente, no qual houve uma espécie de quebra de equidade, assim como alguns atropelos ao devido processo, notadamente no apelo, vislumbrado pelo voto condutor, sobretudo, ao artigo 23 da LC n° 64/90 (como se um processo acusatório devidamente constitucionalizado pudesse aceitar, para fins de justificar um decreto condenatório, indícios, presunções ou fatos públicos e notórios não alegados pelas partes).

<sup>424</sup> A esse respeito, ver: BARCELOS, Guilherme. **Crítica Hermenêutica do Direito Eleitoral: o julgamento da Chapa Dilma-Temer pelo Tribunal Superior Eleitoral**. Curitiba: Juruá, 2018.

permitir ao Tribunal decidir com base em quaisquer indícios, presunções, circunstâncias e fatos que “preservem o interesse público de lisura eleitoral”, mesmo aqueles não indicados ou alegados pelas partes. As provas em voga deveriam ser acolhidas e apreciadas, compreendeu o Relator, acompanhado por outros dois julgadores, assim tendo agido com lastro em uma deficiência constitucional e hermenêutica considerável.

E aqui começaram os problemas. Em que pese à nomenclatura, a AIJE se afigura como um processo judicial, devendo-se, dessa maneira, fazer valer a normatividade constitucional, especialmente os princípios constitucionais da ampla defesa, do contraditório e do devido processo legal (CF, art. 5º, inc. LIV e LV). A questão é que, ao afirmar que a AIJE seria uma “investigação”, o Relator do feito, ignorando a necessária imparcialidade do juiz, lançou-se na condição de verdadeiro inquisidor, produzindo inúmeras provas – documentais e testemunhas, além de periciais – sem que nenhuma das partes as tenha requerido, e em manifesto prejuízo da defesa, diga-se<sup>425</sup>.

A improcedência das ações, com a absolvição da chapa presidencial eleita em 2014, no fim das contas, foi acertada, embora o caminho percorrido, da propositura das ações ao julgamento, não tenha sido sem solavancos. Inúmeras foram as incongruências, como demonstrado – verdade real, livre convencimento, livre apreciação de provas, produção de provas pelo juiz, interesse público de lisura eleitoral etc.). Todos estes problemas não passariam, definitivamente, por uma filtragem hermenêutica (superação do esquema sujeito-objeto pelo giro ontológico linguístico e superação da discricionariedade tipicamente positivista) e constitucional (autonomia do Direito, normatividade constitucional, jurisdição constitucional, contraditório, não surpresa, imparcialidade do magistrado, devido processo legal, fundamentação das decisões judiciais, proibição de provas ilícitas, sistema acusatório). Este tipo de comportamento, longe de representar um compromisso dos candidatos com a busca por uma maior lisura

---

<sup>425</sup>Divergiram, contudo, pelo bem da normatividade constitucional, os Ministros Napoleão Maia, Admar Gonzaga, Tarcísio Vieira e Gilmar Mendes, tudo por entenderem que o acolhimento destas provas, produzidas a destempo, afrontaria o devido processo legal, o rito processual constante do artigo 22 da LC nº 64/90 e garantia da estabilização da demanda. E acertaram, afinal, o rito processual subjacente não autorizaria tal prática e não houve qualquer declaração de inconstitucionalidade, de modo a não se aplicarem os dispositivos legais correspondentes. Decidir como decidiu o Relator representaria deixar de aplicar um dispositivo legal sem o atravessamento da jurisdição constitucional. Além disso, considerada a natureza acusatória do processo judicial eleitoral, não haveria como aceitar que o juiz produzisse provas a seu bel-prazer, o que o transformaria em inquisidor e sepultaria a necessária imparcialidade, considerada a equidistância que o julgador deve manter em relação às partes. Além disso, afrontaria, pois o devido processo legal e o contraditório – paridade de armas. Os votos vencedores, portanto, se afiguraram aqui como corretos. A resposta por eles consagrada foi uma resposta constitucionalmente adequada.

nas eleições, “[...] seria mera instrumentalização da Justiça Eleitoral para fins individuais, tarefa à qual ela jamais deve se prestar a assumir”<sup>426</sup>.

A razão para o destacamento deste julgado é o fato de ele ter congregado todos – ou grande parte deles – os sintomas degenerativos que desenvolvemos aqui, a baixa constitucionalidade e o déficit hermenêutico. O primeiro no transpasse de garantias processuais com lastro em fundamentos finalísticos. O segundo, a aposta na discricionariedade interpretativa para chegar a fins previamente estabelecidos. Em maior ou menor medida não passariam por essa filtragem hermenêutica e constitucional, seja porque impuseram aos demandados indevida inversão do ônus da prova e presunção de culpa, seja porque os respectivos fundamentos consubstanciaram, como visto acima, argumentos de moral e de política, e não argumentos de princípio. Sem mencionar o insistente apelo ao art. 23 da LC. 64/90<sup>427</sup>, como se tal dispositivo legal representasse uma “carta-branca” para que o magistrado pudesse transformar o processo judicial eleitoral em verdadeiro instrumento de inquisição.

Mas não ficou aí, no entanto. Na concretude da dinâmica do julgamento, e com fins de encobrimento de um escancarado instrumentalismo consequencialista, o ponto alto desse gap degenerativo de feição epistemológica acabou se dando no lançar mão do que poderíamos chamar de “teoria do avestruz”<sup>428</sup>.

O voto onde isso esteve presente, prolatado que foi, aliás, por um dos mais expressivos membros do Colegiado naquela quadra dos acontecimentos, fala por si: uma vez já ajuizadas as ações, limites temporais à produção de novas provas sobre novos pretensos fatos delituosos, em respeito à estabilização da demanda e ao princípio do contraditório e do devido processo legal, constituiriam “filigranas”. Nas palavras do

---

<sup>426</sup> GRESTA, Roberta Maia; NEISSER, Fernando Gaspar. Análise completa do julgamento da chapa Dilma/Temer pelo TSE. **Justificando**, [S.l.], 16 jun. 2017. Disponível em: <<http://www.justificando.com/2017/06/16/analise-completa-do-julgamento-da-chapa-dilma-temer-pelo-tse/>>. Acesso em: 31dez. 2023.

<sup>427</sup> Importante reiterar: no momento da escrita o dispositivo ainda se encontra de pé, havendo, entretanto, projeto de Novo Código Eleitoral em trâmite no Congresso. Pode ser que ele caia, e nós esperamos que sim. Para além daí, todavia, indagamos: as práticas, sustentadas pela literalidade de um texto que já caiu de maduro, também cessarão?

<sup>428</sup> Não é da “teoria da cegueira deliberada”, também chamada de “teoria do avestruz”, que falamos aqui. O contexto é bem diverso, portanto. A esse respeito, p. ex., ver: VALLÈS, Ramon Ragués I. **La ignorancia deliberada en Derecho penal**. Barcelona: Atelier, 2007; tb. BECK, Francis Rafael. A Doutrina da Cegueira Deliberada e sua (In)aplicabilidade ao Crime de Lavagem de Dinheiro. In: WEDY, Miguel Tedesco; CALLEGARI, André Luís (Org.). **Lavagem de Dinheiro**. São Leopoldo: Unisinos, 2011. p. 123-141 e; PACELLI, Eugênio; CALLEGARI, André. **Manual de Direito Penal**. Parte Geral São Paulo: Editora Atlas, 2017, p. 276-277.

voto seria “impossível uma corte descobrir e não levar em consideração. Nós somos uma corte. Avestruz é que enfia a cabeça no chão”.

Indago: quem pode ficar feliz com isso? A esse respeito, Rafael Tomaz de Oliveira é oportuno ao responder que os felizes, com esse tipo de aparição, talvez tenham sido – e sigam sendo, afinal, muito mais veio depois disso – “aqueles que perfilam uma teoria pragmática do Direito (mas aí, seria de se perguntar, essa seria uma teoria jurídica?), que no fundo podem dizer: Estão vendo, é isso mesmo, sempre dizemos a vocês que o Direito nada mais é do que política judiciária...”<sup>429</sup>.

Desponta clarividente aqui uma compreensão que carregamos há tempos já, qual seja: quem se debruça cientificamente sobre o Direito, tentando aumentar o rigor com relação àquilo que pode ser considerado o melhor argumento ou a melhor interpretação para o Direito de uma comunidade, “não deixa de ter que se passar pelo rabugento e intransigente ‘cientista’ que quer promover um certo ‘cuidado epistêmico’ com relação à produção de sua área de conhecimento”<sup>430</sup>.

O mesmo votando, com certo tom solene, afirmou que o tribunal não poderia produzir um julgamento que desconsiderasse a “realidade política” que perpassa o caso. Rebelou-se também contra a técnica processual propriamente dita. Fazendo coro à velha moda instrumentalista, disse que as “questões de fundo” não podem prevalecer sobre as questões de mérito, sendo necessário que o acórdão a ser produzido pelo tribunal seja “o máximo possível coincidente com a realidade”. Outro voltou a esgrimir o vetusto “princípio” (sic) da verdade real.[...]. Mas é de se anotar que, com esse tipo de argumento, qualquer que seja o resultado, ficará, do ponto de vista jurídico, profundamente afetado. Somos mesmo um país que pratica um tipo de Direito que ainda não se libertou completamente de comportamentos medievais. Além de tudo o que foi dito acima, temos ainda que este processo acaba por desnudar que não conseguimos diferenciar Direito de política. Tudo nele é estranho. A começar pelo fato de ter durado tanto tempo. Daí que faz sentido a tese de que um processo que fique permanentemente em aberto nunca deixará de possibilitar nova instrução probatória. O que seria kafkiano<sup>431</sup>.

---

<sup>429</sup> OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **Quem venceu no TSE? A teoria do avestruz ou do cofrinho?** Revista Consultor Jurídico, São Paulo, 10 jun. 2017. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-jun-10/diario-classe-quem-venceu-tse-teoria-avestruz-ou-cofrinho>>. Acesso em: 31 dez. 2023.

<sup>430</sup> Ibid.

<sup>431</sup> Id.; Ibid.

De todo modo, é certo que esse julgamento, independentemente de seu resultado, entrou para a história. Seja porque “julgou a lisura da candidatura do presidente no exercício do mandato; seja porque assistimos a este triste espetáculo de medievalização do Direito. Ou ainda, de imersão da técnica jurídica em um neodireito germânico. Do julgamento de Jesus Cristo, passando pela “teoria do cofrinho” até chegar à metáfora da corte-avestruz”<sup>432</sup>. Quem foi exitoso, quem não foi? Nós sabemos. Mas houve, entretanto, um perdedor indiscutível: a Ciência Jurídica. O Direito Eleitoral Sancionador.

### 2.1.3. A degeneração instrumentalizadora

Falamos acerca das vítimas da degeneração, seja pela via institucional, seja pela via epistêmica. Apresentados, então, esses alvos, precisamos agora lidar com a “caixa de ferramentas intelectuais”<sup>433</sup> desse movimento degenerativo em matéria eleitoral.

De início, lembremos que Bernd Ruters identifica em sua obra quatro pontos de partida salutares para a destruição de qualquer sistema jurídico democrático, a saber: a) a proclamação de uma nova ideia sobre a essência última do Direito, apresentado como algo em constante mutação e alheio às instituições; b) a elaboração de uma nova teoria das fontes do direito que devem ter preeminência em relação às leis já existentes, que deixam de ser o fundamento último de validade da ordem jurídica; c) a redefinição ideológica do conteúdo e alcance das cláusulas gerais e conceitos legais indeterminados e; d) a criação de estruturas mentais pré-jurídicas e pré-modernas, tais como comunidade, homogeneidade e ordem vital, que adquirem caráter normativo, transformando-se nos novos fundamentos da ordem jurídica<sup>434</sup>.

Ao longo de sua história, a teoria do direito desenvolveu uma série de raciocínios e conceitos auxiliares que devem servir para tornar visíveis, administráveis e orientadas, de acordo com o respectivo sistema, as difíceis e tensas relações entre legislação e jurisprudência<sup>435</sup>. Esses raciocínios, marcos epistemológicos e conceitos auxiliares, segundo Ruters, alcançam ou deveriam alcançar especial significado em

---

<sup>432</sup> OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **Quem venceu no TSE? A teoria do avestruz ou do cofrinho?** Revista Consultor Jurídico, São Paulo, 10 jun. 2017. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-jun-10/diario-classe-quem-venceu-tse-teoria-avestruz-ou-cofrinho>>. Acesso em: 31 dez. 2023.

<sup>433</sup> Termo referido por Georges Abboud, a saber: ABOUD, Georges. **Direito Constitucional Pós-Moderno**. Ob., cit., p. 120.

<sup>434</sup> RUTHERS, Bernd. **Derecho degenerado**. Ob., cit., p. 194; tb. ABOUD, Georges. **Direito Constitucional Pós-Moderno**. Ob., cit., p. 120.

<sup>435</sup> RUTHERS, Bernd. **Derecho degenerado**. Ob., cit., p. 193.

tempos de eventuais câmbios sociais e políticos, marcados também por anseios populares em razão de intempéries existentes no regime – como a corrupção, pois é aí, não raro, “que se deseja transformar as ‘velhas’ leis em ‘novas’ regulações política e/ou popularmente desejadas, de modo que aquelas, mantidas, se tornem úteis para esse propósito transformador, ou sejam deixadas de lado como ultrapassadas (‘obsoletas’)”<sup>436</sup>.

Quando falamos em transformar leis, falamos, desde logo, não apenas nas leis em sentido estrito, frutos do legislador ordinário, mas da própria Lei das Leis. A Constituição, então, com toda a sua carga normativa, notadamente na consagração e na proteção de direitos, e a teoria do Direito, que seriam freios a tais levantes, passam ser vistos como estorvos ante os fins almejados, alegadamente transformadores, e, como estorvos, ou caem de um golpe só, ou são paulatinamente rebentadas, em doses homeopáticas, inclusive mediante interpretação jurídica desvirtuada dos pré-compromissos consagrados pela institucionalidade jurídica e pelos marcos teóricos capazes de explicar o fenômeno e dar suporte ao regime jurídico daí advindo<sup>437</sup>.

Ocorre que, em matéria de Direito, essa destruição ou esse movimento de enfraquecimento, da legalidade – constitucional, inclusive – através de argumentos finalísticos<sup>438</sup>, mesmo que seja pontual, eventual ou ad hoc (e não de enxurrada), geralmente se assenta de maneira aparentemente eufemística, sofisticada, com aparência de juridicidade. Dito de maneira mais clara, ninguém diz que está fazendo exatamente o que está fazendo. Há, por outro lado, o trazer de bombos argumentativos ou de fundamentação para dar uma aura de legitimidade ao que se está promovendo, como a própria aplicação desvirtuada ou tabula rasa de teorias jurídicas, de modo a trazer uma aparência de robustez ao que não passa, nas palavras de Paulo Brossard, de uma visão “amesquinhada, porém, de modo contínuo e progressivo, pela doutrina, legislação e

---

<sup>436</sup> Ibid., p. 193.

<sup>437</sup> Oportuno rememorar a escrita de Vilém Flusser: “[...]. Pois tudo desapareceu. Não de ‘golpe’, mas aos pedaços. Não com o aparecimento de tanques nas ruas. [...]. A realidade caía aos pedaços, e aos pedaços ficou engolida pelo abismo” (FLUSSER, Vilém. **Bondelos: uma autobiografia filosófica**. São Paulo: Annablume, 2007, p. 33).

<sup>438</sup> “[...] o uso da ‘teleologia da norma’ como método interpretativo se constitui como uma capa de fumaça cinzenta sobre a compreensão e a aplicação de um texto normativo, sendo vista também como alçada meramente argumentativa que funciona como canalizador de determinadores valores que se quer conservar. Ora, a questão teleológica, o estudo filosófico dos fins, justificada filosoficamente por Platão e Aristóteles, já não contempla o que se tem de mais atual no campo da filosofia e, consequentemente, do direito, uma vez que um não se sustenta sem o outro” (NOGUEIRA, Alexandre de Castro. **Decisão judicial na Justiça Eleitoral**. Ob., cit., p. 106).

jurisprudência”<sup>439</sup>, da Constituição Federal, da sua normatividade, dos direitos individuais e políticos. Um menoscabo do que “é substancial no sistema brasileiro”<sup>440</sup>. E fora da Lei, já disse e escreveu o gaúcho, “não há solução”<sup>441</sup>.

Na era do constitucionalismo contemporâneo, em que o centro do debate jurídico perpassa pela Constituição Federal, por suas regras e por seus princípios, não haveria, desde logo, como falar em princípios gerais do direito (e os princípios constitucionais, como ficariam?), assim como em costumes (de quem?), analogias (a que?) e afins, de modo a interpretar-se, a partir daí, o próprio direito, ou, de outra forma, a considerarmos tais figuras como “fontes do direito”. Trata-se, por oportuno, tudo isso, de indicativos que remontam a um momento no qual não conhecíamos uma Constituição. Ou, ao menos, não a conhecíamos tendo em conta a sua força normativa.

Logo, falar em princípios gerais do direito é simplesmente repristinar um estágio no qual essas figuras eram invocadas para suprir as “lacunas” do direito. E não é diferente, ao fim e ao cabo, com os costumes (sic) e, também, com as ditas analogias. Mantê-las, hodiernamente, nada mais é do que ignorar, por completo, a densidade normativa da Carta Maior, que, como tal, acaba por invadir a esfera da legalidade, e, no mais, uma legalidade construída através dos princípios constitucionais, que, em verdade, são verdadeiras condições de possibilidade para um agir constitucionalizado. Assim sendo, não é correto, definitivamente, falar-se em princípios gerais do direito, costumes e analogias como fontes do direito ou “métodos” ou “mecanismos” de interpretação ou “métodos” destinados à suprir as “lacunas” do direito.

Em verdade, e a bem da verdade, estamos imersos num ambiente em que impera a chamada crise das fontes jurídicas, no qual, não raramente, domina a cegueira quanto à Constituição Federal, assim como aos Tratados Internacionais dos quais o Brasil é signatário. Esse fenômeno, por sua vez, é justamente o que vem a dar azo à repristinação de dogmatismos que não mais se adéquam aos tempos de hoje. E o positivismo jurídico, em suas diversas facetas, deste problema, é um exemplo. “O” exemplo, melhor dizendo. Desse modo, verifica-se, na prática jurídica contemporânea, uma clara crise das fontes do direito, gerada justamente pela ausência de uma

---

<sup>439</sup>PINTO, Paulo Brossard de Souza. **O Impeachment**. Ob., cit., p. 08.

<sup>440</sup> Ibid., p. 11.

<sup>441</sup>BROSSARD, Paulo. **Fora da lei não há salvação**. Porto Alegre: [s.n.], 1970. 8 p. [52969] STF F 320.981 B874 FLS.

consolidada teoria jurídica à luz do paradigma da democracia constitucional<sup>442</sup>. E veja-se mais: quando se fala em analogia, nada raramente, é em prejuízo do acusado, o que só vem consolidar o problema.

O Direito Eleitoral, definitivamente, surge quando da opção do legislador constituinte pela instituição de um Estado Democrático de Direito. Isto é, a partir do momento em que a CF/88 assentou a instituição de um Estado Democrático (e de Direito), proclamando este princípio (princípio democrático), e a consequente soberania política do povo (o poder emana do povo, que o exerce direta e - principalmente - indiretamente), o Estado brasileiro fez a (acertada) opção por relegar ao próprio povo a escolha dos seus representantes. Considerando que isso se dá por meio de eleições livres, justas e periódicas, a serem realizadas em todas as esferas governamentais (União, Estados e Municípios), tanto para o Executivo, quanto para o Parlamento, necessária se fez a regulamentação do processo eleitoral, ou seja, a disciplina do processo de escolha dos representantes populares. Frente ao quadro, consequentemente, o Direito Eleitoral despontou como o ramo do direito público encarregado de disciplinar o processo de escolha dos mandatários do povo. E, assim sendo, é exatamente na Constituição que ele encontra a sua gênese precípua. E nem poderia ser diferente, aliás.

Entretanto, conquanto pacífica a afirmação segundo a qual o Direito Eleitoral brasileiro, como consequência das bases políticas do modelo de Estado consagrado a partir de 1988, viria a encontrar na Carta Política a sua pedra angular, isso não basta para o fiel esgotamento da temática. Noutras palavras, e para ser ainda mais claro, não basta apenas dizer isso. O raciocínio é correto, afinal, o Direito Eleitoral veio para disciplinar o processo de escolha da representação política da Nação, nos moldes do que preconizado pela novel Lei Maior. Contudo, apesar de correto, temos que dizer - insistindo nisto - que o mesmo raciocínio é insuficiente ou incompleto. Em verdade, ainda não assimilamos o paradigma do Estado Democrático de Direito. E o constitucionalismo contemporâneo, de fato, (ainda) não aconteceu.

---

<sup>442</sup>Exemplo evidente do que dissemos acima são as teorias ditas pós-positivistas que, mesmo assim, acabam apostando no protagonismo judicial e na discricionariedade do intérprete, pensamentos produtos da importação acrítica de teorias alienígenas marcadas pelos voluntarismos que as cercam (jurisprudência dos valores, teoria da argumentação alexyana e realismo jurídico norte-americano, por exemplo). O neoconstitucionalismo, então, vendido como uma teoria pós-positivista, na verdade não o é, vez que superou, tão somente, o positivismo primitivo de índole sintática. A aposta na discricionariedade e no decisionismo também é positivista, apenas com outra faceta, enfim.

Reféns ainda estamos de uma prática sustentada por posturas objetivistas (por exemplo, o exegetismo) e, de outro, quando geralmente interessa, no subjetivismo, que vem encobrir o solipsismo (livre convencimento, livre apreciação das provas, protagonismo judicial, ponderação de valores, etc.). Ou seja, nada mais, nada menos, do que o (ainda vigente) esquema sujeito-objeto, que nos remete, ao final e ao cabo, à metafísica clássica (de matiz objetivista – o sujeito como refém do objeto) e à metafísica moderna (de matiz subjetivista – na qual o sujeito assenhora-se do mundo/objeto).

Deve-se ter em mente, a esse respeito, que, no modelo do constitucionalismo contemporâneo, a Constituição, por possuir força normativa, acaba por invadir a legalidade, irradiando todos os seus efeitos para o espaço público democrático. Daí, pois bem, que a concepção de legalidade dos tempos de hoje emana uma legalidade constitucional, não se podendo, de um lado, de maneira rasa, reconhecer-se a vigência e a aplicabilidade de qualquer lei ou dispositivo legal e, de outro, partir-se para o campo da discricionariedade interpretativa, como se a principiologia constitucional fosse um instrumento de abertura semântica, ou como se os princípios fossem um mecanismo de (re)introdução da moral ou da política no âmbito do direito.

Se o horizonte é e deve ser a Constituição brasileira de 1988, necessária também uma visão adequada da teoria das fontes, a impor sua vinculação com as diretrizes fundamentais do modelo de Estado Democrático de Direito. Já essa verdadeira instituição, prevista no caput do art. 1º, Constituição Federal (CF), prescreve a lei como fonte de criação dos direitos e dos deveres (art. 5º, II, CF) e estabelece o judiciário (jurisprudência) como importante guardião dos direitos e da Constituição (art. 5º, XXXV, CF). Os doutrinadores, por sua vez, pautados na liberdade científica e acadêmica (art. 5º, IX, CF), possuem relevante papel de apresentação do sistema jurídico e social, assim como a doutrina possui importante função de analisar a concretização da democracia, da separação dos poderes e da efetivação dos direitos. Além das fontes internas, a Constituição brasileira põe em destaque o Direito Internacional dos Direitos Humanos ao afirmar que 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”<sup>443</sup>.

---

<sup>443</sup> MARRAFON, Marco Aurélio; ROBL FILHO, Ilton Norberto. **A crise das fontes jurídicas enquanto crise do Estado Democrático de Direito**. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-

No entanto, a prática jurídica contemporânea, sobretudo em terras brasileiras, vem demonstrando essa clara crise de paradigmas e, conseqüentemente, na compreensão e utilização das fontes do direito atual, cujo centro do debate deve perpassar necessariamente pela Constituição. E, como consequência direta disso, há um condenável arrefecimento do Estado Democrático de Direito – a degeneração epistêmica fala alto.

Não esqueçamos que a Constituição Federal como cláusula pétreia, arrola, dentre outros direitos e garantias individuais, a segurança, considerada como tal não somente a segurança física ou individual do cidadão, mas, também, a segurança jurídica que, para Canotilho, é a “garantia da estabilidade jurídica, segurança de orientação e a realização do Direito”<sup>444</sup>. Dependendo, pois bem, de escolhas subjetivas (discricionárias ou arbitrárias) do intérprete, além de tudo o que foi dito, não representa nada mais do que uma insegurança instalada, que dará (e dá) azo, seguramente, a inúmeras incongruências<sup>445</sup>.

Falamos, até agora, acerca dos “antigos métodos de interpretação” e de como eles ainda vicejam na práxis jurídico-eleitoral brasileira, conceitos e cláusulas indeterminadas manejados com fins pré-estabelecidos, mesmo que com outras vestes ou com as pompas de teorias alienígenas distorcidamente aplicadas<sup>446</sup>. Mas não paramos por aí. E nem devemos parar. Se, por um lado, na dicção de Rhuters, vivemos numa via de trânsito marcada pela dicotomia entre “nova realidade e velhas normativas”, marcadas justamente pelo apego a velhos institutos que não teriam mais assento nos

---

Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.9, n.3, 3º quadrimestre de 2014. Disponível em: [www.univali.br/direitoepolitica](http://www.univali.br/direitoepolitica) - ISSN 1980-7791. 1439.

<sup>444</sup>CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Ob., cit., p. 257.

<sup>445</sup>CF, art. 60. [...]; § 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: **I** - a forma federativa de Estado; **II** - o voto direto, secreto, universal e periódico; **III** - a separação dos Poderes; **IV** - os direitos e garantias individuais.

<sup>446</sup> “[...]. A questão, entretanto, assume contornos mais complexos quando as teorias da argumentação, a partir dessa distinção estrutural easy-hard cases, sustentam que os princípios (somente) são chamados à colação para a resolução dos assim denominados casos difíceis. Mas, pergunto: um caso pode ser fácil ou difícil ‘antes de acontecer juridicamente’? Veja-se que, aparentemente, a distinção easy-hard cases não acarretaria maiores problemas no plano hermenêutico-aplicativo, não fosse o seguinte ponto: o de que é pela ponderação que se resolverão os hard cases. Dito de outro modo, a admissão da cisão estrutural easy-hard cases passa a ser condição de possibilidade do ingresso da ponderação no plano da interpretação jurídica. Tudo isso para dizer que não podemos mais aceitar que, em pleno Estado Democrático de Direito, ainda se postule que a luz para a determinação do direito in concreto provenha do protagonista da sentença. Isso quer dizer que, para além da cisão estrutural entre casos simples e casos difíceis, não pode haver decisão judicial que não seja fundamentada e justificada em um todo coerente de princípios que repercutam a história institucional do direito. Desse modo, tem-se por superada a discricionariedade (que, no mais das vezes, descamba na arbitrariedade interpretativa) a partir do dever fundamental da resposta correta que recai sobre o juiz no contexto do paradigma do Estado Democrático de Direito” (STRECK, Lenio Luiz. **Lições de Crítica Hermenêutica do Direito**. Ob., cit., p. 130-131).

dias de hoje, por outro nos deparamos com um cenário de “nova ‘justiça’ contra alegadas ‘velhas leis’”<sup>447</sup>, o que vem para promover a derrocada da normatividade em prol de concepções vazias de justiça, como decidir para atingir o “bem geral”, o “interesse comum”, as “ânsias e os apelos majoritários” ou o “sentimento popular”.

Há algum tempo, como dizem Amanda Cunha e Luiz Magno Bastos, que a espetacularização das ações midiáticas de combate à corrupção tem ocupado as manchetes dos jornais e tem produzido um discurso de depuração da política, “com uma elevada capacidade de fragilização das garantias constitucionais do devido processo legal, garantias estas conquistadas a duras penas no processo civilizatório ocidental”<sup>448</sup>.

Esse fenômeno, a seu turno, poderia ser intitulado de “neopopulismo eleitoral”, não apenas pelas vias da sociedade civil, mas, também, através do ramo jurídico, onde pipocam, vez ou outra, pensamentos reducionistas da importância da representação política, cuja legitimidade se assenta no voto, por meio de frases de efeito ou mesmo de gatilhos hermenêuticos que, de densidade jurídica, nada possuem – voz das ruas, opinião pública, anseios populares, vontade da maioria.

Este neopopulismo eleitoral, que sustenta, a mais não poder, a baixa constitucionalidade apontada na via degenerativa, e que permeia parte considerável do imaginário imerso na teoria e na prática do direito, de onde provém, por exemplo, discursos de defesa de uma espécie de “caça às bruxas”, de colonização do direito pela moral e de submissão dos direitos políticos a argumentos de política ou de moral, acríticas visões populistas imersas na seara eleitoral e processual eleitoral, caracterizadas pelo desprezo aos direitos fundamentais dos acusados nos litígios advindos do certame eleitoral, a defesa do ativismo judicial, dentre outras, não encontra assento no constitucionalismo proveniente do Estado Democrático de Direito.

A influência desses movimentos repressivistas, os mesmos que extrapolam os limites do Estado Democrático de Direito e ignoram a pedra angular da soberania política do povo, calcados em discursos populistas de política e de moral (e não de princípio), somente se justifica pela crise de paradigmas, bem como pela absoluta ignorância (talvez voluntária, inclusive) quanto aos fundamentos do próprio Direito Eleitoral.

---

<sup>447</sup> RHUTERS, Bernd. **Derecho degenerado**. Ob., cit., p. 193-195.

<sup>448</sup>CUNHA, Amanda Guimarães da; BASTOS, Luiz Magno P. **Direito Eleitoral Sancionador**: o dever de imparcialidade da autoridade judicial. 1ª ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2021, p. 12.

O Direito Eleitoral não pode mais ser visto e vendido como um inimigo dos atores do processo eleitoral (como o é em relação aos candidatos), tampouco como um instrumento de “pureza” (sic) ou de “moralização” (sic) do regime democrático, como se fosse um mecanismo instituído e manejado de modo a derrocar da vida brasileira a corrupção que a açoita (no público e no privado) desde o início dos tempos. Isso, aliás, a qualquer custo, conforme pregações várias que circundam o direito atual, mesmo que tais investidas venham a ferir de morte direitos e garantias consagrados no ordenamento jurídico interno e internacional (como os próprios direitos políticos, notadamente na esfera passiva). Absolutamente não. Não é disso, definitivamente, que se trata. E não é para isso que o Direito Eleitoral serve.

O próprio Direito, aliás, não é mera instrumentalidade racional a serviço alheio. E a democracia não representa um fim em si mesma, devendo, ao contrário, ser consolidada dia após dia, de onde exsurge, para tanto, diga-se, a subordinação insofismável aos princípios e preceitos constitucionais<sup>449</sup>.

No Brasil, é importante rememorar, golpes de Estado foram dados em nome da “democracia” ou através de uma retórica de “proteção do regime democrático”. Também em nome da “moralidade administrativa”, vale lembrar, de igual maneira<sup>450</sup>. Já em tempos mais recentes, salvos dos períodos autoritários/disruptivos, ao menos assim esperamos, convivemos, todavia, também com medidas exceção, as quais, ainda que não sejam no atacado, ou no todo, não atacam menos o regime, porquanto o correm internamente, ainda que em doses homeopáticas. Dentre elas, a seu turno, estão, sim, as investidas de moral, eufemisticamente intituladas “contra a corrupção”, que não enxergam os limites dos direitos fundamentais como freios pré-institucionalizados aos seus intentos purificadores. Não é à toa que sucumbem – lobos em peles de cordeiros acabam sempre sendo expostos. E mais: medidas, mesmo bem-intencionadas, como tomadas na defesa da democracia ou da higidez do processo eleitoral ou do sistema de votação, podem restar desvirtuadas pelos ímpetos discricionários de um ou de outro

---

<sup>449</sup> Ela representa um mecanismo de legitimação do exercício do poder constituído, a partir do qual serão garantidos os demais direitos encartados na Constituição – os direitos fundamentais. O Estado Democrático de Direito, constituído no pós-Guerra, representa a união entre democracia, exercício do poder político pela via democrática e Estado de Direito.

<sup>450</sup> Vide, novamente, a Parte I, desde os – tantos – movimentos rupturais referidos, até os dias de hoje, com a redução normativa de direitos fundamentais através destes mesmos discursos, em plena vigência da Constituição de 1988 e da consagração do Estado Democrático de Direito no Brasil. E o pior: com lastro em uma semântica não apenas similar, como idêntica, àquela utilizada pelo regime vencido por este paradigma instituidor e constituidor de uma nova era nesta Nação de proporções continentais.

com o peso de uma caneta ao seu dispor, promovendo consequências também com feições excessivas (inquéritos semi-eternos, jurisdição universal, violação ao juiz natural, determinações de ofício contra o princípio acusatório e a separação entre investigação, acusação e juiz, decisões instantâneas sem contraditório e sem possibilidade sequer mesmo de recurso, imposições sem publicidade e sem dar ao afetado conhecimento acerca do teor das decisões que lhe sustenta... e por aí vai). E como se dá esse enfraquecimento dos pilares civilizatórios do Estado Democrático de Direito? Ele, por regra, possui método, mesmo pelos que dizem defende-los. Voltemos, pois, à caixa de ferramentas...

#### **a. Novas fontes do Direito Eleitoral:**

A primeira maneira é o estabelecimento de novas fontes do Direito, o que, em matéria eleitoral, é useiro e vezeiro: a) vazão aos apupos populares, quaisquer que sejam; b) combate à corrupção, como se o Direito Eleitoral servisse pra isso; c) moralidade como se fosse cláusula pétreia, ou seja, como se a busca dessa referência não estivesse subordinada às garantias constitucionais; d) interesse público; e) reformulação do país, em busca de uma sociedade mais justa e límpida. Isso para ficar apenas aqui, devendo considerarmos também os seus similares linguísticos. Critérios todos metajurídicos, alheios à normatividade, e que são usados como gatilhos degenerativos via doutrina ou decisão.

Essas novas fontes permitiram – vide ficha-limpa perante o STF e o TSE<sup>451</sup>–que “os Tribunais passassem a desconsiderar o princípio legal e constitucional da vinculação do juiz à legalidade (especialmente a constitucional)”<sup>452</sup>, uma vez que, antes do que submetido à Lei, o juiz deveria estar vinculado à verdadeira ideologia de refundação do país, utilizando-se, para tanto, e de maneira evidentemente ineficaz, desses trunfos, que são, em verdade, populistas e/ou demagogos. Morismo via Direito Eleitoral<sup>453</sup>.

---

<sup>451</sup> É impossível, a quem realmente presa pela normatividade constitucional e por toda carga de significados que ela atrai, concordar e se calar com o que fizeram, as majorias do STF e, antes do TSE, naquela quadra da história. Julgaram, ambas, com lastro em apelos populares e interesse público pela moralização. Espanta, e espanta mesmo, que muitos e muitas instituições não apenas tenham ficado caladas quando daquilo, mas para com aquilo tenham anuído explicitamente.

<sup>452</sup>ABBOUD, Georges. **Direito Constitucional Pós-Moderno**. Ob., cit., p. 121.

<sup>453</sup> A referência é a Sérgio Moro e à Operação Lava-Jato, que é, ao menos argumentativamente, filha do fichalimpismo e do que ele até hoje representa.

Criar novas fontes do direito, nesse contexto, nada mais é do que possibilitar que o Judiciário, citando Georges Abboud, “atue sem qualquer tipo de amarra, possibilitando-o agir pensando apenas no futuro”<sup>454</sup>. Ao fim e ao cabo, tal mudança de perspectiva acaba diluindo as diferenças democráticas fundamentais entre decidir a administrar, ou seja, entre direito e política<sup>455</sup>. E entre direito e moral(ismo).

#### **b. A exceção introduzida na interpretação-aplicação do Direito Eleitoral:**

Começo parafraseando Bernd Rhuters para dizer acerca de duas constituições, uma, a verdadeira Constituição, que, pela via da aplicação, no entanto, acaba cedendo, soçobrada em prol de uma outra constituição, que advém pela ótica do intérprete-aplicador, aquele que, não raro, possui quase que um êxtase em ter uma “constituição para chamar de sua”. É o intérprete que se apropria dos textos e dos sentidos dos textos, bem como o que cria, aliás, novos sentidos ou fins, estabelecidos arbitrariamente, por óbvio, que seriam aqueles a nortear a sua atuação. Uma constituição constituída por ele.

De acordo com Rhuters, esse tipo de perspectiva desencadearia os seguintes fenômenos: a) a ideologia e não mais o legislativo passaria a ser a força atualizadora do direito, permitindo a sua alteração e adequação àquilo que representaria a vontade do povo; b) ocorreria uma separação entre legalidade e normativismo, fazendo com que os juízes passassem a poder deixar de se vincular ao Direito, sempre que considerassem as leis, dentre elas a Lei das Leis, obsoletas em face de uma nova realidade; c) a vontade popular poderia impor a renovação de todas as fontes do Direito, transformando-se no ator permanente das mudanças jurídicas; d) a legitimidade da ordem normativa passaria a depender de estruturas pré-normativas, já faladas aqui, como a vontade do povo, o interesse público, o sentimento majoritário; e) a atuação do direito passaria a ser feita por mera decisão política do Estado, e de uma maioria de ocasião, sem critérios de validade, sendo desnecessária qualquer participação do Legislador Constitucional<sup>456</sup>.

Em suma, poderíamos resumir o que foi dito pelo autor alemão, a partir da afirmativa segundo a qual estaríamos, com isso, criando uma espécie de “eterno poder constituinte”, de modo que a emergência de ocasião viria justificar uma medida decisória qualquer. Isto é: se temos, diante de nós, determinado problema, e se a

---

<sup>454</sup> ABBOUD, Georges. **Direito Constitucional Pós-Moderno**. Ob., cit., p. 121.

<sup>455</sup> Ibid., p. 121.

<sup>456</sup> RHUTERS, Bernd. **Derecho degenerado**. Ob., cit., p. 100.

normativa superior representa um freio à alegada solução, passemos por cima dela. Um poder constituinte permanente, puro e simples. Uma galáxia de vontades. E um vazio de Direito<sup>457</sup>.

No que diz respeito ao surgimento do estado de exceção, Agambem nos ensina que ele surge em decorrência da suspensão total ou parcial da legalidade. Já no que tange à sua localização, Agambem afirma que o estado de exceção não é nem exterior nem interior ao ordenamento jurídico e o problema de sua definição diz respeito a um patamar, ou a uma zona de indiferença, em que dentro e fora não se excluem, mas indeterminam. A suspensão da norma não significa sua abolição e a zona de anomia por ela instaurada não é (ou, pelo menos, não pretende ser) destituída de relação com a ordem jurídica<sup>458</sup>. A força da política autodestrutiva e dos discursos de moral vaga e predatória substituem a Lei, amparadas, inclusive, por agentes ou intérpretes dela, que ferem, aliás, juramentos, manifestando-se, em suas dinâmicas, como verdadeiros predadores da Legalidade.

### **c. Polarização - o Direito Eleitoral operado pelo binômio amigo-inimigo:**

A partir do momento em que se enxerga o Direito Eleitoral Sancionador como um instrumento destinado a combater a corrupção eleitoral ou evitar a corrupção administrativa, para além do desvirtuamento do seu assento na ordem jurídica, há uma inversão concreta de perspectiva, que vai respingar diretamente na dinâmica interpretativa das normas correspondentes e numa quebra de legalidade no âmago dos processos judiciais eleitorais, notadamente naqueles de feição acusatória. Os candidatos, a partir daí, passam a ser vistos como alvos. A aplicação do Direito como o meio de atingi-los. E a soberania popular se torna facilmente superável, tudo em prol de um alegado valor superior – o de purificar o espaço público, mesmo que com alto custo, ou seja, o transpasse da presunção de legitimidade do voto e das garantias individuais.

Guardadas as distinções de tempo, contexto e lugar, e de regime, sobretudo, com Carl Schmitt aprendemos, entretanto, “que uma das ferramentas mais eficientes para

---

<sup>457</sup> “[...]. A lei como muleta, a eliminação da separação de poderes, a política engolindo o direito... Tudo se justificava a pretexto de permitir que o soberano se manifeste sem amarras ou limitações. A Constituição escrita, juntamente das regras legais, esconderia esse soberano e o impediria de agir de acordo com o que fosse necessário para a proteção do Estado e de seu povo” (ABBOUD, Georges. **Direito Constitucional Pós-Moderno**. Ob., cit., p. 126).

<sup>458</sup>ABBOUD, Georges. **Direito Constitucional Pós-Moderno**. Ob., cit., p. 121; tb. AGAMBEM, Giorgio. **Estado de exceção**. Ob., cit., p. 15-17.

apodrecer uma democracia constitucional é por meio da inserção, no seu âmago, da polarização”<sup>459</sup>. E, para quem eventualmente compreender como exagerada a referência, basta sair porta afora e enxergar onde o Ocidente está se metendo, também pela dicotomia polarizada, pela visão recíproca do outro como inimigo, sobretudo na política hodierna<sup>460</sup>. Uma sociedade polarizada é solo fértil para a ascensão da política autoritária, que desconhece os limites da tolerância mútua essencial à manutenção de qualquer regime democrático. Uma sociedade polarizada é uma sociedade descrente na solução negociada da política, conseqüentemente, está à mercê dos demagogos de plantão que apresentam um discurso autocrático, populista e demonizador da política e que se impõe como a solução pronta e simples para as diversas agruras sociais<sup>461</sup>.

Voltando ao Direito, e deixando a política de lado, a pergunta é: se nesta a polarização corrói, por que poderíamos aceitar este tipo de pensamento imerso no âmago daquele? Por que poderíamos anuir para com isso? O abuso estaria sendo tolerável? O discurso de moralização, pela via jurídica, sempre traz consigo esse matiz (vide ficha-limpa, e os discursos legitimadores da sua constitucionalidade, os mesmos que fizeram e seguem fazendo escola, com as mesmas notas de atropelo de direitos individuais).

Já os pensadores que passam a desenvolver um pensamento crítico a respeito destes movimentos moralistas, são vistos como inimigos, sim, além de serem imputados de conivência para com a corrupção (novamente a ficha-limpa, inclusive recentemente, quando o STF avaliou a hipótese de detração e, diga-se, a própria Lava-Jato). Ou seja, quem discorda e critica essas investidas, que não vêm limites, aliás, é alguém que perdeu a condição de falar, de expor, de pensar mesmo e de expressar o pensamento. É um adversário, um polo oposto, um sujeito que não merece a condição de diálogo. O que se viu, e nem adentramos aqui ao conteúdo da decisão, foi um despontar de apupos como se estivessem tentando “matar a lei da ficha-limpa” ou houvesse uma conspiração tendente a “liberar fichas-sujas”<sup>462</sup>. Argumentos/fundamentos linguisticamente

---

<sup>459</sup> ABOUD, Georges. **Direito Constitucional Pós-Moderno**. Ob., cit., p. 127.

<sup>460</sup> Ibid., p. 129.

<sup>461</sup> Id.; Ibid.

<sup>462</sup> Vejam, novamente, a manifestação do Movimento de Combate à Corrupção Eleitoral (MCCE), que não apenas criticou a decisão inaugural proferida pelo Ministro Nunes Marques, depois revisada pela maioria do Plenário do STF, como a repudiou (as palavras dizem coisas...): “O Movimento de Combate à Corrupção Eleitoral (MCCE), que participou da elaboração da lei, divulgou uma nota de repúdio à decisão do ministro Nunes Marques. “A Lei da Ficha Limpa foi excessivamente julgada quanto à sua constitucionalidade, tanto no TSE quanto no STF. É parte de um amplo processo de mobilização popular por mais ética na política. Fica claro que existe uma articulação de forças que pretende esvaziar a lei, com

apelativos. E demagogos. Os mesmos, aliás, verificados na maioria que chancelou a constitucionalidade do diploma em idos de 2012.

Por que proteger a normatividade constitucional, em âmbito de Direito Eleitoral Sancionador, seria ruim? Por que seria errado? Por que quem assim se posta seria alguém despido de preocupações para com o espaço público? Por que punir/restringir não poderia ser realizado em observância às garantias constitucionais? Perguntas, perguntas, perguntas... Norberto Bobbio escreveu que “[...] para um regime democrático, o estar em transformação é seu estado natural: a democracia é dinâmica, o despotismo é estático e sempre igual a si mesmo”<sup>463</sup>.

Se, no bojo dos processos, o ator eleitoral é tratado como inimigo, o devido processo legal eleitoral estará suplantado. E se a divergência for tratada como inimiga, os procedimentos democráticos de consentimento estariam esvaziados, assim como a própria constitucionalidade, uma vez que enfrentada com vistas num puro majoritarismo. Polarização é ferramenta de coisificação daquele que pense diferente. Ela é o alívio ético e moral para justificar as atrocidades do exercente do poder. Polarização é o mecanismo redutor de divergências<sup>464</sup>. A redução que suplanta, direitos e vozes.

#### **d. Legitimidade contra legalidade constitucional:**

Premissa fundamental do pensamento degenerativo é a desconstituição da ideia e do ideal de um Direito fundado e permeado pela legalidade constitucional, especialmente no que toca ao arcabouço de direitos fundamentais encartados em seu texto. Esse ponto de partida, já podemos perceber, é impossível de “se coadunar com o paradigma da autonomia do Direito”<sup>465</sup>. E o é porquanto representa “uma das armas mais poderosas para destruir uma ordem jurídica, impondo a completa cisão entre legitimidade e legalidade”<sup>466</sup>. Já essa destruição, ou é de apanhado, ou no varejo. De

---

ataques pontuais que visam dilacerar o seu conteúdo sob alegação de aperfeiçoá-la, tentativa oriunda daqueles que podem ser atingidos por ela ou que buscam poupar seus aliados” (In: PIRES, Breno. **Decisão de Nunes Marques libera “fichas-sujas” a assumirem mandatos de Prefeitos**. Disponível em: <https://www.estadao.com.br/politica/decisao-de-nunes-marques-libera-fichas-sujas-a-assumirem-mandato-de-prefeitos/>. Acesso em: 17 nov. 2023).

<sup>463</sup> BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia**: uma defesa das regras do jogo. 6ª ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1997, p. 09.

<sup>464</sup> ABOUD, Georges. **Direito Constitucional Pós-Moderno**. Ob., cit., p. 130.

<sup>465</sup> Ibid., p. 130.

<sup>466</sup> Id.; Ibid.

uma forma ou de outra, não deixa de sê-lo, até mesmo pelas heranças relegadas daí em diante.

Já a ideia de legitimidade referida não restaria posta mais no poder constituinte, originário ou derivado, tampouco no Direito e na sua autonomia contra as investidas de fontes externas, mas, sim, nestas mesmas fontes externas, que vêm para exercer um papel de adjudicação da normatividade em prol de determinados fins pré-estabelecidos – como o próprio ideal de combate à corrupção, de onde partiria a legitimidade de determinadas medidas, legislativas ou decisórias, e não mais, reitero, na normatividade<sup>467</sup>. Ocorre que, se a justificação das leis ou de demais atos normativos partir das ruas ou dos anseios momentâneos, não restará mais normatividade, até mesmo porque perder-se-á o caráter mais elevado de uma Constituição e do rol de direitos fundamentais correspondente a ele, isto é, o caráter contramajoritário que lhes é característico, inato, inafastável. Não haveria mais “regra para verificação, sem regra, resta apenas a decisão”<sup>468</sup>. E a única diferença disso para com um regime de exceção é o foro, num vale a rua, noutro o porão.

Daí, pois, fazendo nova referência à obra de Abboud, movimentos de exceção hermenêutica precisam separar legalidade de legitimidade para assegurar três coisas básicas, a saber: a) o direito se fundaria, em última instância, não na própria Lei, mas em estruturas pré-jurídicas; b) o Legislativo seria dispensável para a atualização do direito, uma vez que, ao final, o direito seria mero braço da política (majoritária) e; c) o Judiciário poderia alcançar qualquer decisão possível que ela nunca seria *contra legem*, uma vez que, ainda que a decisão fosse contrária à legalidade, ela estaria de acordo com a legitimidade do sistema se reproduzisse as vontades deles<sup>469</sup>.

Ou seja, numa ordem jurídica degenerada, o direito cada vez mais deixa de se assentar na legalidade para buscar seu fundamento em conceitos vagos e pré-jurídicos<sup>470</sup>, como em valores abstratos e metafísicos, que sequer mesmo passariam por crivo de autenticação/autenticidade, porquanto não verificáveis – clamores e afins.

#### **e. Uso de conceitos e cláusulas gerais indeterminados e de cláusulas extralegais:**

---

<sup>467</sup> Inundado disso, pois, se encontra o Direito Eleitoral Sancionador (voz das ruas, opinião pública, vontade da maioria, sentimentos populares, anseios do povo e afins).

<sup>468</sup> ABOUD, Georges. **Direito Constitucional Pós-Moderno**. Ob., cit., p. 131.

<sup>469</sup> Ibid., p. 131-132.

<sup>470</sup> Ibid., p. 133.

A última das ferramentas degenerativas é, por um lado, o uso de conceitos e de cláusulas indeterminados e, por outro, o uso de cláusulas extralegais. A esse respeito, para explicar o primeiro fenômeno, Bernd Rhuters utiliza a metáfora dos “ovos de cuco”, ave que põe os seus ovos nos ninhos de outras aves, aproveitando-se da ausência momentânea delas. Rhuters indica, portanto, a exploração de momentos de vulnerabilidade para implantar ideias estabelecidas observados os mesmos momentos, sem, contudo, uma análise criteriosa de validade, feita, todavia, a partir dessas cláusulas abertas.

As cláusulas e conceitos jurídicos gerais e indeterminadas são “peças legislativas que ficaram em aberto”, ou seja, lacunas legais estabelecidas pelo próprio legislador. Elas foram justamente chamadas de “regras de delegação”, em que o legislador transfere para o aplicador e, portanto, para o último, e em última análise, o poder de estabelecer padrões normativos<sup>471</sup>. E esses padrões, não raro, vêm estabelecidos de modo arbitrário.

Na parte de direitos fundamentais da Constituição, garantias constitucionais, por exemplo, são especialmente formuladas com o escopo e a indeterminação de cláusulas gerais. Numa medida correspondente, seriam “amplas possibilidades interpretativas, especialmente quando na aplicação de as normas buscam conscientemente a possibilidade de interpretações ‘alternativas’ e essas interpretações são influenciadas pelas respectivas estratégias ideológicas”<sup>472</sup>, notadamente para reduzir a sua normatividade.

De igual maneira, há outras cláusulas indeterminadas que, atreladas à eventual abertura semântica das garantias constitucionais, servem para diminuir-las. E, em matéria eleitoral, a moralidade, tal como posta no §9º do art. 14 da CF, é o *suprasumo* dessa indeterminação que serve para sustentar interpretações discricionárias, desapegadas da história institucional do Direito brasileiro que, aliás, em sede de julgamento da constitucionalidade da LC nº 135/10 pelo STF, fez promover, por um lado, uma redução de alcance normativo da presunção de inocência, como se não se aplicasse à seara jurídico-eleitoral e sancionadora e, por outro, elevou a moralidade à uma espécie de cláusula pétreia, como se ela, à título de comando ao legislador ordinário/complementar, não devesse ser regulamentada à luz da inteireza do texto da

---

<sup>471</sup>RHUTERS, Bernd. **Derecho degenerado**. Ob., cit., p. 197.

<sup>472</sup> Ibid., p. 197.

Constituição, observada, ademais, a alta proteção/efetividade que deve ser conferida aos direitos fundamentais. Um exemplo concreto, pois, do que aponta Rhuters e... do que não se deve fazer<sup>473</sup>.

A questão é que conceitos e expressões vagas, diferentemente, aliás, do que ocorreu em regimes totalitários, “não podem ser usados para subverter e desrespeitar a Legalidade vigente, nem mesmo sob a perspectiva de que o direito deveria ser submetido às exigências de justiça, ou combate à corrupção, ou ainda, à voz das ruas”<sup>474</sup>.

Mas há mais. Para a degeneração se completar, não bastasse todo estrago interpretativo causado pelo uso dos conceitos legais indeterminados, passa-se, também, “a fazer-se uso dos conceitos extralegais indeterminados”<sup>475</sup>. E isso ocorre, voltando a Rhuters, onde o aplicador aponta uma nova fórmula que não figura no arcabouço normativo, mas que resulta útil como pauta valorativa desejada e que se apresenta como manejável na prática judicial, para além do caso concreto que se resolve<sup>476</sup>. As cláusulas extralegais são especialmente usadas como ferramentas, pela via judicial, de verdadeira promoção/interpretação política do Direito (a partir de elementos vazios de sentido, tais como adequação social, sentimento popular, vontade do povo, posição da comunidade)<sup>477</sup>. Trata-se da deturpação da normatividade por aqueles que, funcional e juramentadamente, deveriam protegê-la.

Todos esses desvios do Direito representam flertes com uma espécie de populismo judicial, eleitoral, destinado a agradar os ouvidos de uma maioria de ocasião ou de grupos de pressão majoritariamente barulhentos, além de setores midiáticos engajados. Um majoritarismo contra a função precípua da jurisdição constitucional, que

---

<sup>473</sup> “[...]. É de ressaltar que essa fundamentação deve possuir como lastro a história institucional do direito da comunidade política. Essa história institucional se apresenta emblematicamente nos princípios (constitucionais) e nas decisões corretas tomadas no passado. A decisão fundamentada de forma adequada deve, portanto, espelhar uma reconstrução dos elos da cadeia discursiva que compõem a história institucional, cujos marcos iluminadores são os princípios que constituem a normatividade da comunidade política. Em termos simples, a cláusula geral e o conceito legal indeterminado somente terão uso legítimo/constitucionalmente adequado se forem manejados para concretizar a principiologia constitucional, mas nunca como subterfúgio para o julgador afastar-se da legalidade vigente para fazer prevalecer sua discricionariedade” (ABBOUD, Georges. **Direito Constitucional Pós-Moderno**. Ob., cit., p. 138).

<sup>474</sup> ABBOUD, Georges. **Direito Constitucional Pós-Moderno**. Ob., cit., p. 139.

<sup>475</sup> Ibid., p. 139.

<sup>476</sup> RHUTERS, Bernd. **Derecho degenerado**. Ob., cit., p. 197.

<sup>477</sup> Ibid., p. 197-198.

é exercer poder contramajoritário na proteção dos direitos. Uma lógica moral(ista), por um lado, e eficientista, por outro. Em detrimento da legalidade (constitucional).

A um só tempo, vingassem tais pensamentos, a autonomia do Direito teria sido golpeada para “escapar de qualquer fundamento validamente aferível para a produção e aplicação do (mesmo) Direito”. Menos ou zero Ciência do Direito, mais pragmatismo. Aqui, acompanhados de Georges Abboud, o “clamor das ruas” teria sido “elevado à fonte do direito, para todo e qualquer fim”<sup>478</sup>. Deixemos, portanto, “o alerta para o risco de desviar do direito [...] em atenção a lemas políticos, morais e retóricos como voz das ruas, vontade da sociedade ou combate à corrupção a qualquer custo. O discurso do eficientismo em detrimento da visão teórica (intelectual) em relação ao direito encontra raízes escabrosas no século XX, [...] numa subversão total da ordem jurídica”<sup>479-480</sup>.

Atualmente, como muito bem ilustra Abboud, “a prática judicial faz uso de cláusulas extralegais sem sequer imaginar as consequências degenerativas de tais práticas”<sup>481</sup>. Já em matéria eleitoral em sentido estrito a prática é corrente, de modo que eu cito, vez mais, os exemplos mais comezinhos, ainda que sejam demasiado condenáveis: voz das ruas, apelo popular, vontade do povo, sentimento popular, opinião pública, combate à corrupção, purificação do sistema político, interesse público. Nenhuma das expressões acima enumeradas possui conteúdo normativo. Ocorre que “seu uso tem recrudescido às custas do direito”<sup>482</sup>. Vale dizer, uma ordem jurídica não degenera apenas em prol de fascismo e nazismo<sup>483</sup>.

A degradação do direito também ocorre a pretexto de fazer o bem, mediante combate à corrupção, moralização e higienização do sistema<sup>484</sup>. Restando impactante, ademais, que, na seara do Direito Eleitoral Sancionador, convivamos com tais gatilhos hermenêuticos, inclusive perante a Suprema Corte, mal sabendo, quem assim os utiliza,

---

<sup>478</sup>ABBOUD, Georges. **Direito Constitucional Pós-Moderno**. Ob., cit., p. 48.

<sup>479</sup> Ibid., p. 48-49.

<sup>480</sup> “[...]. O problema é a continuidade do uso de cláusulas extralegais (voz das ruas/sentimento popular), ainda que para fazer justiça ou se combater a corrupção e criminalidade. Aqui, o intérprete age como legislador e dinamita alicerces democráticos do direito. A pretexto de combater crimes ou a corrupção, não podemos coadunar com a degeneração do direito brasileiro [...]” (ABBOUD, Georges. **Direito Constitucional Pós-Moderno**. Ob., cit., p. 140).

<sup>481</sup>ABBOUD, Georges. **Direito Constitucional Pós-Moderno**. Ob., cit., p. 140

<sup>482</sup> Ibid., p. 140.

<sup>483</sup> Id.; Ibid.

<sup>484</sup>ABBOUD, Georges. **Direito Constitucional Pós-Moderno**. Ob., cit., p. 140.

que as suas origens remontam a um passado recente, nada alvissareiro, tendo servido de mote para várias atrocidades desumanas.

Por que nós, mesmo que imbuídos de espíritos renovados, e até mesmo tentando fazer o bem, estaríamos autorizados a repetir o uso de tais motes linguísticos, seja pela via doutrinária, seja pela via judicial? Reitere-se: não há nada de jurídico ou normativo nisso. E de degenerativo? Muito. Rememorando, mediante paráfrase, discurso de Brossard perante o Senado Federal, proferido em idos de 1977 na reabertura do Congresso após o “pacote de abril”, será mesmo que estamos condenados a ser filhos bastardos na casa grande de alguns, vocalistas que são de um moralismo pragmático e populista, e que se acham, por intermédio dele, senhores do Brasil?<sup>485</sup>.

## **2.2. A interpretação-aplicação do Direito Eleitoral Sancionador como foco degenerativo:**

Para Rhuters, como advertiu Georges Abboud, só é possível pensar ciência jurídica “se os problemas do fundamento do direito forem examinados teoricamente”<sup>486</sup>. A pergunta crucial é se os juristas desejam conhecer o que fazem, ou se preferem viver desorientados. A resposta a esta pergunta define a importância da teoria do direito, que possibilita aos que dele se ocupam refletir sobre seu trabalho e sobre as consequências do seu ofício diário<sup>487</sup>. O moralismo persecutório, a seu turno, oblitera a teoria jurídica autêntica, “promovendo, no seu estado mais puro, a unidade entre direito e moral”<sup>488</sup>, como se o fundamento de legitimidade do Direito Eleitoral Sancionador fosse uma ideia de moralização ou purificação da política, à custa, todavia, da autonomia do Direito.

Os exemplos já estão dados na primeira parte. E aqui mesmo, o seguem. Nesta parte que vem para demonstrar a nocividade desse moralismo que impera na esfera pública brasileira desde há muito, não apenas na política, mas no Direito.

Há determinados males que, a despeito de existirem desde sempre, permanecem na penumbra, muitas vezes camuflados por outras ideologias sociais, e que somente afloram quando – e se – um raio de luz o projete. Eis o caso da corrupção em nosso país. Com efeito, a estridência de escândalos, muitos de proporções inéditas, expôs, às

---

<sup>485</sup>BRASIL, TV. Senado. **Há 40 anos ditadura fechava o Congresso**. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=nL5TtmFTHnk>. Acesso em: 04 jan. 2024.

<sup>486</sup>ABBOUD, Georges. Direito Constitucional pós-moderno. Ob., cit., p. 157.

<sup>487</sup>ABBOUD, Georges. **Direito Constitucional pós-moderno**. Ob., cit., p. 157; tb. RHUTERS, Bernd. **Teoría del Derecho**: concepto, validez y aplicación del Derecho. Bogotá: Editorial Temis, 2018, p. 19.

<sup>488</sup>Ibid., p. 157.

escâncaras, a face mais perniciososa da indecência no trato do dinheiro público, permitindo que a corrupção se tornasse o inimigo da vez a ser duramente rebelado pela sociedade<sup>489</sup>. Nos últimos tempos, quando falamos sobre o problema da corrupção, conjugamos, neste contexto, também a figura da chamada corrupção eleitoral, que denota a realidade perniciososa que, porventura, pode vir a permear determinada(s) disputa(s) eleitoral(ais).

Tanto a corrupção pública, quanto à corrupção eleitoral propriamente dita são males que merecem ser combatidos, sem dúvidas. Em verdade, a corrupção, em si, não é privilégio de um governo ou de outro (não que alguns não sejam notáveis pela prática, reconhecemos), tampouco uma característica a ser atribuída isoladamente a determinado momento histórico. Trata-se, por estas bandas, de algo que nos acompanha desde a aurora da Nação, e que, além disso, se encontra disseminado no seio da sociedade, na “microfísica do poder” (Foucault)<sup>490</sup>, não sendo, aliás, monopólio da classe política. E, quiçá, das campanhas eleitorais, gerais (presidenciais e afins) ou locais (municipais).

O fato é que se trata de algo presente - marcadamente presente - no DNA do Estado e da sociedade brasileira, e que a todos rodeia, enquanto *seres-no-mundo* que somos. Logo, se quisermos, ali adiante, erguer, definitivamente, uma sociedade mais justa e solidária (tal e qual prevê a Constituição da República), deveremos, sim, combater esta praga incrustada desde há muito na esfera das instituições e comunidade brasileiras. Por oportuno, já no que se refere especificamente à seara eleitoral em sentido estrito, pensamos que tal atenção deve, também, ser dispensada quanto ao curso das campanhas eleitorais, até mesmo para objetivar o controle de eventuais condutas ilícitas que, porventura, possam vir a ser praticadas no decorrer das disputas, de modo a desvirtuarem a liberdade de voto do eleitorado, a igualdade de oportunidades entre os concorrentes, a normalidade, a lisura e a legitimidade dos escrutínios.

Porém, a questão a ser perquirida não é a ação nesse sentido, mas sim como ela se dar. Noutras palavras, o ponto de estofo não é *o agir*, mas *o como agir*. E aí reside o grande problema. Ou o *busílis* da matéria. Sobretudo nos tempos marcados por grande comoção social, justificável ou não, não é raro que surjam medidas que, apesar de bem-intencionadas, são construídas de maneira demasiado questionáveis (a nós, um exemplo

---

<sup>489</sup> IBCRIM. **Boletim**. Publicação do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais. Ano 23 – nº 277 – dezembro/2015, p. 01.

<sup>490</sup> FOUCAULT, Michel. **Microfísica do poder**. São Paulo: Paz e Terra, 2021.

clarividente desse fenômeno é a chamada Lei da “Ficha Limpa” ... outro é a “Lava-Jato”). Muitas dessas medidas podem ser erguidas em detrimento da própria principiologia constitucional, materializadas por um viés eminentemente populista que, a despeito de defender o país dos malfeitos à coisa pública ou aos processos eleitorais, avançam, direta e inexoravelmente, contra a Constituição.

Também, não raramente, figuras das mais diversas se arvoram da condição de justiceiros e, com lastro em posturas absolutamente solipsistas, acabam por fazer tabula rasa de direitos e garantias consagrados como produtos de um salto civilizatório dado ao longo da história. Marlon Reis, TSE naquela composição, maioria do STF, Moro...

Nesse contexto, o que nos preocupa “[...] e deveria também preocupar todos os que compartilham do mesmo ideal de construção de uma sociedade mais justa e democrática é a *maneira* pela qual se pretende enfrentar esse mal da corrupção”<sup>491</sup>. Em outras palavras, o elogiado ideal de eliminação da corrupção, em vez de levar ao aperfeiçoamento do sistema público de administração e de justiça, pode implicar um retrocesso legal, que até pode se prestar a saciar em parte os anseios momentâneos, mas que, paradoxalmente, corre o risco de se relevar em um próprio incremento do mal combatido<sup>492</sup>. Ou seja, combater à corrupção (eleitoral ou não) sob o ataque de direitos fundamentais, além de algo antidemocrático e inconstitucional, nada mais faz do que alimentar a própria corrupção do sistema eleitoral. Simples assim.

Além disso, apostar, tardia e acriticamente, em uma espécie de protagonismo judicial desenfreado na arena político-eleitoral nada mais é do que relegar a um segundo plano a soberania e o protagonismo do povo na escolha dos seus representantes, também em ataques diretos ao princípio democrático. Logo, é missão de todos aqueles preocupados com a manutenção e consolidação do Estado Democrático de Direito (ao contrário dos demagogos e dos populistas que surgem como messias nesses cenários de revolta popular) o rechace absoluto a estes desrespeitos solenes à Constituição.

Na dicção de Jacinto Nelson de Miranda Coutinho, se se tem no Brasil “uma ‘Constituição Cidadã’ e que aponta na direção da civilidade, tudo que venha de encontro a ela aponta na direção da barbárie porque, como se sabe, tende a suprimir direitos e

---

<sup>491</sup>IBCRIM. **Boletim**. Publicação do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais. Ano 23 – n° 277 – dezembro/2015, p. 01.

<sup>492</sup> Ibid., p. 01.

garantias constitucionais que não são de alguns, mas de todos”<sup>493</sup>. Logo, “[...] ninguém é a favor ou pode ser a favor da corrupção; mas ninguém está autorizado a passar por cima da Constituição da República e demais leis e, antes, pelos seus fundamentos, seja lá por que for; e em nome de quem for, por mais nobre que possa parecer o motivo e ainda que ele seja o combate à corrupção. A corrupção, enfim, combate-se com os meios democráticos que se têm à mão; e nunca fora deles”<sup>494</sup>.

A Constituição é o esquadro e o compasso da ordem jurídica, de tal maneira que qualquer que seja o fim, ela deve, necessariamente, ser respeitada. Do contrário instalar-se-á, logo ali, a verdadeira barbárie. E mais: neste universo em que, advindos do campo da política, da moral e da economia, os discursos predatórios da autonomia do direito buscam incessantemente enfraquecê-la, cada vez mais se torna crucial discutir as condições de possibilidade da validade do direito. Com efeito, o direito deve ser resguardado naquilo que é a sua principal conquista, isto é, o seu profundo grau de autonomia, justamente contra a interferência de elementos extrajurídicos que visam subordiná-lo – voz das ruas, vontade da maioria, moralização da política etc.

Não é novidade, neste contexto, que há, na esfera do Direito Eleitoral e Processual Eleitoral, uma aposta considerável no protagonismo judicial. Dito de outro modo, por estas trincheiras, não há muito de novo ou distinto com relação aos outros ramos do direito nacional. A acusação ao solipsismo tribunalício é cristalina. E isto se perfaz ao gosto (e com o apoio) da maçante maioria dos eleitoralistas desta terra que, aliás, em parte, atribuem um papel basicamente “heroico” aos tribunais, no que se refere a uma “(neo)cruzada” no combate à corrupção pública ou à corrupção eleitoral propriamente dita. Igualmente, não são raros os momentos de desespero coletivo, que dão azo a um imaginário que acaba por respingar no âmbito da jurisdição (vide lei da “Ficha Limpa”).

Noutras palavras, em contraponto absoluto àquilo que o Gilmar Mendes, preocupado com a interferência demasiada (e, portanto, indevida) no processo de escolha da representação popular, chama de atuação minimalista e responsável da Justiça Eleitoral, paira no ar uma nada velada ode ou louvação ao ativismo pretoriano, algo que, no final das contas, pode ser percebido com a invocação de álibis

---

<sup>493</sup> COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **MPF: As 10 medidas contra a corrupção são só ousadas?** IBCRIM. Boletim. Publicação do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais. Ano 23 – nº 277 – dezembro/2015, p. 02-03.

<sup>494</sup> Ibid., p. 02-03.

argumentativos como “o livre convencimento”, a “livre apreciação das provas”, a “*mens legis*” ou “finalidade da norma” (em verdade, é o “decido e depois fundamento”, como se pudéssemos alcançar o final da trilha sem percorrer o caminho), inversões no ônus da prova (veja que, em pleno século XXI, ainda não sabemos quem deve provar o que em um processo regido pelo sistema acusatório), na presença de argumentos de moral ou de política para justificar determinada decisão, na “ponderação de valores” para nulificar direitos fundamentais, provas inquisitoriais sendo utilizadas para balizar condenações etc.

É evidente que a política brasileira apresenta problemas. Não menos evidente o é que, no curso das campanhas, poderá haver eventuais ilegalidades. Ocorre, no entanto, que em nome do direito e da democracia, não poderemos fragilizar o direito, tampouco a democracia. Seria um paradoxo, não?

Logo, sob o pálio de defesa da democracia ou da lisura, normalidade e legitimidade dos processos eleitorais, não há como, por exemplo, relativizar-se direitos fundamentais, mesmo que o imaginário popular assim requeira<sup>495</sup>. Quiçá, neste mesmo percurso, poderão ser utilizados argumentos de moral e de política de modo a interpretar-aplicar o direito, fragilizando a sua autonomia. E, muito menos, dar vazão a uma postura imbuída por um viés pragmático no âmbito dos processos judiciais eleitorais, como se a democracia fosse um fim em si mesma, os fins justificassem os meios e as regras do jogo fossem apenas um engodo a serviço da dita impunidade. Deve-se decidir por princípios! Não pela moral, tampouco pela política. Decidir por princípios, enfim, significa não ser consequencialista nos moldes da análise moralista do Direito (Streck). Casuísmos morais e políticos, definitivamente, não representam algo que se desenvolva na arena (da jurisdição) democrática. Tampouco no bojo do Direito Eleitoral Sancionador.

O Judiciário tem um papel salutar no regime democrático, que é o contramajoritarismo na defesa dos direitos fundamentais em detrimento das investidas de maiorias de ocasião, os “clamores do povo”, que, não raro, tomando ares de turba enfurecida, brada por “enforcamentos em praça pública”. Fatos sociais, ao final e ao cabo, não legitimam dribles argumentativos tendentes a legitimar transpasses da ordem jurídica, de modo a legitimar medidas pretendidas de antemão – o contrário, como tem

---

<sup>495</sup> Essa situação ficou presente quando do julgamento das ADC 29 e 30 e ADI 4578, que versou acerca da (in)constitucionalidade da rumorosa lei da “Ficha Limpa”. A “Lava-Jato”, dito foi, é filha disso.

ocorrido, é fazer da jurisdição um agente degenerativo (os exemplos estão aí...). Por que, pois, estaria o Judiciário Eleitoral alheio a essa premissa civilizatória?

### 2.3. Os exemplos materializadores da crítica - o verbo que se faz carne:

*“Ele se revolta e afirma, com todas as letras, que More seria capaz de dar até ao Diabo a cortesia da lei. More provoca-o, dizendo que o jovem não hesitaria em acabar com todas as leis da Inglaterra para ir atrás do Diabo, o que seria arriscado demais. Isso porque, nesse mundo sem lei, de cara a cara com o Diabo, ‘crês realmente que poderias resistir com bravura aos ventos que se levantariam contra ti?’”<sup>496</sup>.*

O Direito Eleitoral Sancionador é algo imerso em uma crise profunda, permeado que está pelo que chamamos de paradigma da degeneração. Dito de outro modo, a partir do momento em que verificamos a absorção do Direito e da sua autonomia por elementos extrajurídicos, tônica no seio deste ramo do conhecimento jurídico, o que temos é um cenário com grande potencial de destruição da democracia constitucional e da democracia representativa ou em sua manifestação eleitoral – daí termos falado em uma tríade degenerativa, ou seja, institucional, epistêmica e instrumentalizadora<sup>497</sup>.

É inegável que, a partir da redemocratização do país, houve uma profunda reforma do arcabouço normativo e a evolução da regulamentação legal sobre o processo eleitoral, principalmente a partir da tipificação de vários ilícitos eleitorais (como abuso de poder, condutas vedadas, captação ilícita de sufrágio e arrecadação e gastos ilícitos de recursos, propaganda eleitoral irregular etc.). Este fator, atrelado ao aumento dos partidos políticos e, conseqüentemente, dos candidatos, fez com que a atuação da Justiça Eleitoral também se intensificasse. Os próprios movimentos contemporâneos em prol da moralização da política cada vez mais têm dado azo à criação de leis ou torniquetes legais, cujas matérias, evidentemente, acabam por desaguar no Judiciário Eleitoral – que possui envergadura constitucional, deve prestar jurisdição e, se for o caso, indeferir registros de candidatura, cassar registros de candidatura, diplomas ou mandatos.

Em democracias frágeis, é fundamental o posicionamento do Judiciário como árbitro imparcial para assegurar a observância das regras do jogo político-democrático.

<sup>496</sup> KAFKA, Franz. **O Processo**. Ob., cit., p. 142.

<sup>497</sup> “[...]. Já para Dante, tal como posto na primeira parte da célebre ‘Divina Comédia’, a verdade é que os lugares mais quentes do Inferno ‘são reservados àqueles que escolheram a neutralidade em tempos de crise’. Não é nada sem razão a assertiva. Sendo que o falecer em vida não é o bastante para quem, em quadras coléricas, age como Pilatos, fazendo apenas ‘lavar as mãos’. Não... isso não” (CAMPOS, Francieli de; BARCELOS, Guilherme. **O Brasil, das espadas aos tinteiros: a Revolução de 1923, o Pacto de Pedras Altas e a abertura dos portais para a instituição da Justiça Eleitoral no país**. In: CAMPOS, Francieli de; BARCELOS, Guilherme. **O Livro Que Amanha a Alma**. Ob., cit., p. 182).

Essa posição ocupada pelo Judiciário pode propiciar todo tipo de judicialização política, desde uma judicialização consciente, para se evitar o descumprimento de regras eleitorais, por exemplo, como até mesmo revanchismo em que se busca o Judiciário como locus para a reversão de derrotas políticas ocorridas<sup>498</sup>.

Exatamente por isso que nós devemos nos preocupar, sobremaneira, com o modo de decisão das questões eleitorais levadas ao crivo da JE. Isto é: que elas devem ser decididas todo mundo sabe. Agora, como deverão ser decididas? E como não deverão ser? Eis o ponto. Do contrário, como tem ocorrido bastante, o Judiciário Eleitoral seria basicamente uma espécie de restaurador moral da sociedade, uma espécie de pai protetor, destinado a desconstituir registros de candidatura, diplomas ou mandatos eletivos com lastro em apelos populares, vontades eventuais, moralismos de goela, afrontosos, inclusive, ao devido processo legal em sua amplitude garantística, como se fins perquiridos legitimasse meios utilizados. Assim agindo, pois, a JE, estaríamos diante de um quadro de quebra da normatividade constitucional e eleitoral.

A verdade é que o Direito Eleitoral Sancionador, mediante, inclusive, alguns julgados contemporâneos, tem sido “a ocasião de depósito, pela população, de suas esperanças em uma pretensa ‘reconstrução moral’ da política por meio do Poder Judiciário”<sup>499</sup>. É a eleição do Judiciário como espaço de uma restauração perdida da moralidade social<sup>500</sup>. Ocorre que os juízes eleitorais não são agentes transformadores da realidade. O juiz, considerando-se a magistratura como verdadeiro marco civilizatório, é protetor do Direito. No bojo do Direito Eleitoral Sancionador, assim o sendo, são eles, os juízes eleitorais, os garantidores das regras do jogo e da estabilidade democrática. Não são eles, ao fim e ao cabo, receptáculos de anseios moralizantes ou de apupos populares que bradam pela derrocada de uma ou de outra figura – eleita, inclusive.

Os exemplos de atropelos corriqueiros no âmago das contendas jurídico-eleitorais são muitos, entretanto. Daí que, por mais paradoxal que possa parecer, pode-se dizer que o Direito Eleitoral Sancionador carece de um robusto ideário democrático. Isto, por sua vez, poderia restar verificado em situações cuja aposta no protagonismo/decisionismo/discricionariedade judicial é demasiado marcante. Arelado a isso, citemos também os incessantes discursos calcados numa espécie de cruzada pela

---

<sup>498</sup> ABBOUD, Georges. **Direito Constitucional Pós-moderno**. Ob., cit., p. 162.

<sup>499</sup> Ibid., p. 163.

<sup>500</sup> Id.; Ibid.

moralização da política, que, por consequência, dão azo a posturas apegadas a uma espécie de pragmatismo, pois que calcadas em pretensos clamores sociais e assentadas à margem da ordem constitucional. O grande relevo da questão, conseguintemente, reside no fato de que não podemos, em pleno século XXI, e na era do constitucionalismo democrático, conviver com decisórios apegados a descriteriosos argumentos como: (I) verdade real<sup>501</sup>; (II) livre convencimento (motivado ou não, não importa)<sup>502</sup>; (III) livre apreciação da prova<sup>503</sup>; (IV) ritos processuais (que são garantias contra o (ab)uso de poder) massacrados a partir de posturas voluntaristas<sup>504</sup>; (V) provas colhidas e acolhidas ao arpejo do contraditório<sup>505</sup>; (VI) direitos fundamentais submetidos a argumentos vagos e meramente retóricos como o “interesse público” ou o “bem comum”<sup>506</sup>; (VII) decisões judiciais carecedoras de fundamentação idônea e, por certo, desprovidas de um agir constitucional (CF, art. 93, IX); (VIII) tentativas de subordinação do direito (ou da sua autonomia) a argumentos de moral ou de política; (IX) a moral subjetiva como predadora ou adjudicadora do direito (e a moral, definitivamente, não corrige o direito; se assim fosse, aliás, o que corrigiria a moral?); (X) provas ilícitas acolhidas com lastro em argumentos discricionários e abstratos e, como tais, facilmente manipuláveis, como o já mencionado “interesse público” (*sic*), mesmo que a Constituição impeça que qualquer indivíduo seja investigado, denunciado, processado e

---

<sup>501</sup> “[...]. O princípio do livre convencimento autoriza o juiz a dispensar a prova que não se demonstre necessária para a aferição da verdade real. 10. Agravos regimentais desprovidos. (Agravamento Regimental em Recurso Especial Eleitoral nº 1622602, Acórdão de 01/12/2011, Relator(a) Min. MARCELO HENRIQUES RIBEIRO DE OLIVEIRA, Publicação: DJE - Diário de justiça eletrônico, Tomo 29, Data 09/02/2012, Página 43).

<sup>502</sup> “[...]. 3. O sistema processual brasileiro está calcado no princípio do livre convencimento motivado (art. 131 do CPC), de sorte que é lícito ao magistrado ponderar sobre a qualidade e força probante das provas produzidas, desde que o faça motivadamente. [...]”. (TSE, Ac. de 8.2.2011 no AgR-AI nº 75824, rel. Min. Marcelo Ribeiro).

<sup>503</sup> “[...]. Nos termos da jurisprudência mais recente desta Corte, a inelegibilidade que surge após o pedido de registro de candidatura pode ser apreciada nas instâncias ordinárias, desde que garantidos o contraditório e a ampla defesa, não havendo falar em colisão com o disposto no art. 11, § 10, da Lei nº 9.504/97, tendo em vista o disposto no art. 7º, parágrafo único, da LC nº 64/90, segundo o qual, “o Juiz, ou Tribunal, formará sua convicção pela livre apreciação da prova, atendendo aos fatos e às circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes, mencionando, na decisão, os que motivaram seu convencimento”. (RO nº 154-29/DF, PSESS de 26.8.2014).

<sup>504</sup> “[...]. Alegação de cerceamento de defesa. Juntada intempestiva do rol de testemunhas. A nulidade relativa à não juntada do rol de testemunhas no momento do oferecimento da inicial de ação de investigação judicial eleitoral ou no da apresentação da defesa é meramente relativa e está sujeita à preclusão. Precedente. [...]”. (Recurso Especial Eleitoral nº 38332, Acórdão de 26/05/2015, Publicação: DJE - Diário de justiça eletrônico, Tomo 120, Data 26/06/2015, Página 248/249).

<sup>505</sup> Vide gravações ambientais clandestinas, produzidas mediante engodo para que após um terceiro que não o interlocutor as utilize em juízo como elemento acusatório.

<sup>506</sup> Basta rememorar o julgamento das Ações Declaratórias de Constitucionalidade nºs 29 e 30, que trataram da (in)constitucionalidade da “Lei da Ficha Limpa”.

condenado com base em elementos probatórios obtidos por meios ilícitos<sup>507</sup>; (X) a marcante figura do juiz-ator ou juiz-inquisidor<sup>508</sup>; (XI) o *pamprincipiologismo* (Streck); (XII) o instrumentalismo ou, até mesmo, o inquisitivismo; (XIII) o apego a mitos interpretativos desconectados do paradigma do Estado Democrático de Direito, como os tais fatos públicos e notórios (a quem?), a analogia (a quê) e os princípios gerais de direito (e os princípios constitucionais, como ficam?); (XIV) a aposta em indícios e presunções (?) como elementos hábeis à desconstituir um registro de candidatura, um diploma ou até mesmo um mandato eletivo<sup>509-510</sup>; (XV) inversão do ônus da prova<sup>511</sup>; (XVI) a sustentação de construções voluntaristas-axiologistas como a tese que princípios são valores, que dá azo à malsinada ponderação (sic) de valores (sic); (XVII) interpretações teleológicas ou finalísticas absolutamente antidemocráticas; e aquelas

---

<sup>507</sup> Por exemplo, foi a decisão do Tribunal Regional Eleitoral da Bahia nos autos do Recurso Eleitoral nº. 13653-50: “[...] mesmo que prova tivesse sido obtida por meio pouco recomendável, de qualquer sorte deve ser imperiosamente valorada por conta da natureza dos interesses defendidos, com a aplicação do princípio da proporcionalidade, invocado para salvaguardar valores maiores, in casu, a supremacia do interesse público. Trilhando nesse entendimento, gizo o fato de que nos sistemas jurídicos em geral, os valores por eles protegidos encontram-se escalonados conforme o grau de importância atribuído pela sociedade. Assim, a materialização dos valores e direitos que se mostram mais importantes, em casos específicos, pode-se dar através da aceitabilidade processual de provas colhidas, mesmo que logradas mediante meios não previstos em lei. Nessa esteira de inteligência, a incidência da Teoria da proporcionalidade amaina a vedação ao uso da prova obtida por meio impróprio para admiti-la excepcionalmente em casos de extrema gravidade, dando abrigo, destarte, a outros valores fundamentais, considerados mais urgentes na concreta avaliação do caso. Nesse passo, a proibição da prova adquirida por meio distinto daquele corriqueiramente admitido, não se afigura absoluta, podendo ceder quando em conflito com outro direito fundamental, de maior peso, isso em decorrência da isenção ao respeito que se deve a outras garantias de igual ou superior relevância, como ocorre na vertente, pois aqui os bens jurídicos tutelados, quais sejam, o Estado Democrático de Direito, a soberania popular, a lisura e transparência das eleições suplantam – e muito – o bem jurídico hipoteticamente violado: a privacidade da empresa pertencente ao acionado. [...]”.

<sup>508</sup> ELEIÇÕES 2008. Agravo regimental no recurso especial. Registro de candidatura ao cargo de vereador. Preliminar. Cerceamento de defesa. Ausência. Prejuízo não demonstrado (art. 219 do Código Eleitoral). Produção de prova pelo Juízo Eleitoral. Possibilidade. Matéria de ordem pública. Precedentes. [...]. (Agravo Regimental em Recurso Especial Eleitoral nº 34097, Acórdão de 17/12/2008, Relator(a) Min. JOAQUIM BENEDITO BARBOSA GOMES, Publicação: PSESS - Publicado em Sessão, Data 17/12/2008).

<sup>509</sup> LC 64/90, art. 23: “O Tribunal formará sua convicção pela livre apreciação dos fatos públicos e notórios, dos indícios e presunções e prova produzida, atentando para circunstâncias ou fatos, ainda que não indicados ou alegados pelas partes, mas que preservem o interesse público de lisura eleitoral”.

<sup>510</sup> “[...]. 3. A circunstância de a compra de voto ter sido confirmada por uma única testemunha não retira a credibilidade, nem a validade da prova, que deve ser aferida pelo julgador. Precedentes. 4. A convicção do julgador quanto à anuência do candidato ao ilícito do art. 41-A da Lei das Eleições será formada não apenas relevando a prova produzida, mas fatos públicos e notórios, bem como indícios e presunções. Precedente. 5. Agravo regimental a que se nega provimento”. (Agravo Regimental em Recurso Especial Eleitoral nº 399403104, Acórdão de 14/11/2013, Publicação: DJE - Diário de justiça eletrônico, Tomo 31, Data 13/02/2014, Página 98/99).

<sup>511</sup> “[...]. De acordo com o art. 333, I, do CPC, o ônus da prova incumbe a quem alega o fato. Na hipótese dos autos, o Tribunal de origem inverteu indevidamente o onus probandi ao considerar que os representados não lograram êxito em apresentar provas de que não captaram votos de maneira ilícita. 4. Agravo regimental não provido. (Agravo Regimental em Recurso Especial Eleitoral nº 958152967, Acórdão de 06/03/2012, Relator(a) Min. FÁTIMA NANCY ANDRIGHI, Publicação: DJE - Diário de justiça eletrônico, Tomo 66, Data 10/04/2012, Página 20).

pregações que acabam por descambar numa cena na qual impera a discricionariedade/arbitrariedade interpretativa, para citar apenas estas. Qual a razão dessas posturas? O que as sustenta? Por que isso é tão presente? Se não se trata de uma atitude a ser desencadeada no campo democrático, porque presente no campo do Direito? Como superá-las, ao fim e ao cabo?

Esses fenômenos, quebradores do devido processo legal eleitoral, é bom que se diga, estão ou estiveram presentes em casos ruidosos, tais como: o primeiro, o famoso “juízo da Chapa-Dilma Temer”<sup>512</sup>. Também o julgamento do ex-Presidente Jair Bolsonaro, que levou à imposição de sanção de inelegibilidade por eventuais ilícitos perpetrados no curso das eleições de 2022, onde ele foi derrotado, não passou incólume: o caso esteve centrado na rumorosa reunião realizada pelo então Presidente com Embaixadores, onde ele teria acusado fraudes em nosso sistema de votação. A fala, não há dúvidas foi demasiado infeliz, errônea, tacanha até. Porém, para fins eleitorais, será que deveria ter sido trazida à tona perante a jurisdição eleitoral, observados os seus contextos? Creio, sinceramente, que o foro mais adequado não seria esse.

Mas há mais. Houve, reitere-se, déficits de procedimentalidade, de igual modo, de devido processo legal ali, a citar: inobservância do artigo 44, §1º, da Res. TSE nº 23.308, que dá concretude ao devido processo e regulamenta a processualística à luz da lei (houve multiplicidade de imputações e a acusação não foi chamada a suprir); o artigo 23 da LC nº 64/90, em sua atual redação, foi trazido pelo voto condutor, de modo a calcar a condenação, como se pudéssemos aceitar condenações judiciais em processos acusatórios/sancionatórios com lastro em fatos públicos e notórios, indícios e presunções; a própria “ementa do golpe” veio após, a destempo, mediante alargamento da causa de pedir fática da ação, o que foi rechaçado, mesmo que por maioria, no caso da Chapa Dilma-Temer, sem contar a aparente inobservância da cadeia de custódia e, ainda, a quebra de equidistância, pois foram determinadas, de ofício, diligências complementares. O artigo 22, X, da LC 64/90 autorizaria, é bem verdade. Porém, elas foram determinadas a partir de um documento novo, extemporâneo, que nada têm a ver com o objeto da inicial. Não apenas, então, se admitiu um fato verdadeiramente novo, como o juiz, de ofício, passou a tentar instruí-lo. Isso quebra a imparcialidade judicial. Fere o contraditório substancial e a paridade de armas. E desequilibra a balança. A

---

<sup>512</sup> BARCELOS, Guilherme. **Crítica Hermenêutica do Direito Eleitoral: o julgamento da Chapa Dilma-Temer pelo Tribunal Superior Eleitoral**. Curitiba: Juruá, 2018.

defesa também requereu diligências a partir daí e foram indeferidas. Sem contar que foram trazidos prints de páginas internet sem autenticação.

Caso mais recente até, mas não menos rumoroso, contou com um voto divergente, que acabou compondo a minoria de dois votos, aportando como premissa decisória uma violenta inversão da ordem das coisas, tudo ao afirmar, para fins de sustentar o seu edito condenatório, que “Havendo diferentes caminhos interpretativos a seguir, a meu ver a tônica deve ser a defesa da normalidade das eleições e a prudência no uso do dinheiro público, isso tanto no caso concreto como para projeção ao futuro”<sup>513</sup>. A presunção de inocência e a presunção de legitimidade do sufrágio foram para o espaço aqui. Além de também ter lançado mão do malfadado artigo 23 da LC n° 64/90<sup>514</sup>.

E o que dizer, então, da postura adotada pela ampla maioria do TSE por ocasião do julgamento da AIJE que envolve a pretensão de cassação do diploma outorgado ao Senador Jorge Seif Júnior (SC). Na Origem o feito tramitou de maneira aparentemente regular e o TRE-SC, à luz das provas produzidas observado o rito previsto no artigo 22 da LC n° 64/90 (redação atual), julgou improcedente a demanda. A própria acusação não arrolou testemunhas. E, depois de ter postulado a produção de provas documentais, o que foi deferido, chegou a desistir dela, conforme a materialização das diligências requeridas veio sendo acostada aos autos. O feito, então, subiu ao TSE em grau de Recurso Ordinário. O parecer da PGE foi pelo provimento do apelo. E foi designada sessão de julgamento. As partes, acusação/recorrente e defesa/recorrida, realizaram sustentação oral por intermédio dos seus advogados. O julgamento foi suspenso inicialmente, pelo adiantado do horário. E voltaria, após, à pauta, para que os Ministros, a começar pelo Relator, apresentassem os seus votos quanto ao mérito da questão. De uma hora para outra, no entanto, e de ofício, o julgamento foi convertido em diligência. O Relator, no que foi acompanhado por outros cinco Ministros, determinou a produção de provas, reiterou-se, de ofício, em grau de recurso e depois das sustentações orais. Provas, aliás, que não haviam sido produzidas pela acusação, cujos erros ou insuficiências, a partir daí, foram apontados pela defesa e apontados da tribuna pela advogada. Quem procura, eis o ponto, vai atrás de algo. Ao invés de absolverem, então,

---

<sup>513</sup> BRASIL. Tribunal Regional Eleitoral do Paraná (TRE-PR). **Ações de Investigação Judicial Eleitoral n°s 0604176-51.2022.6.16.0000 e 0604298-64.2022.6.16.0000**. Disponível em: <https://www.tre-pr.jus.br/comunicacao/noticias/2024/Abril/julgamento-de-cassacao-de-senador-e-retomado-nesta-quarta-feira-3>. Acesso em: 09 abr. 2024.

<sup>514</sup> Na atuação redação. Há projeto de Novo Código Eleitoral tramitando no Congresso Nacional, através do qual esse dispositivo é extirpado do ordenamento jurídico. Porém, no momento em que escrevemos, ele ainda está posto. No mais, se extirpado vier a ser, a pergunta é: as práticas também o serão?

o Senador, partiram, os juízes/julgadores, para sanar os equívocos da acusação, tudo a partir de uma retórica de tutela da legitimidade do processo eleitoral, na defesa de que o juiz poderia fazer isso e no malfadado art. 23 da LC nº 64/90. Matou-se o devido processo legal, a partir daí. A paridade de armas. E a equidistância do julgador. É, pois, caso escancarado de atuação do juiz como assistente da acusação. Violência processual, a mais não poder<sup>515</sup>.

Destaque-se, enfim, vez mais e a mais não poder: os direitos políticos, seja na esfera ativa (direito de votar), seja na esfera passiva (direito de ser votado), são verdadeiras condições de possibilidade para a democracia. O que precisa ser legitimada, então, é a respectiva restrição (direta ou indireta, total ou parcial), jamais o exercício. De igual maneira, no cenário de eventual contenda judicial (impugnação de registro de candidatura, ação de investigação judicial eleitoral, representação eleitoral, recurso contra a expedição do diploma, ação de impugnação de mandato eletivo, por exemplo) o que precisa ser legitimado é o poder de punir do Estado, e não a higidez de um registro de candidatura, de um diploma ou até mesmo de um mandato eletivo em curso.

Em todos os casos há direitos fundamentais de primeira grandeza sob a mira deste problema, tratando-se de algo, portanto, que contribui significativamente para o arrefecimento do Estado Democrático de Direito, substituindo-se, pois, o pilar da democracia representativa, por uma espécie de juristocracia, para utilizar as palavras de Ran Hirschl<sup>516</sup>. Dessa forma, com o marcante apoio do dogmatismo jurídico<sup>517</sup>, o poder do voto vai dando espaço ao solipsismo tribunalício. E, por oportuno, acabando por contrariar irremediavelmente aquilo que o Ministro Gilmar Mendes costuma chamar de atuação minimalista da Justiça Eleitoral. E veja: esse fenômeno, que tem como embrião a sociedade civil e o parlamento, mas que, talvez como consequência, também frutifica na esfera da jurisdição, acaba por trazer efeitos à própria arena envolta ao debate político.

---

<sup>515</sup> A esse respeito, ver: BRASIL, Tribunal Superior Eleitoral. **Plenário converte em diligência julgamento que envolve Senador Jorge Seif Junior (PL-SC)**. Disponível em: <https://www.tse.jus.br/comunicacao/noticias/2024/Abril/plenario-converte-em-diligencia-julgamento-que-envolve-senador-jorge-seif-junior-pl-sc>. Acesso em: 07 mai. 2024.

<sup>516</sup> HIRSCHL, Ran. **Towards Juristocracy: the origins and consequences of the New Constitutionalism**. Harvard University Press, 2007, 296 p.

<sup>517</sup> É, por exemplificativo, a visão adotada por Daniel Carvalho de Oliveira (2012, p. 22): “[...]. Projeta-se como fundamental para o futuro do processo democrático brasileiro que a Justiça Eleitoral exerça de forma ampla o ativismo judicial como medida para garantir e potencializar a efetivação das suas missões constitucionais e dos valores democráticos. [...]”.

Essa legitimação não estará presente se mediante atropelos ou através de sanhas punitivas, defendidas, inclusive, pelos apupos que visam uma figura. Seria a política suplantado o Direito. O Direito Eleitoral Sancionador somente se legitima(rá) na medida em que se democratizar e for devidamente constituído a partir da Constituição. É apenas a partir da crença de que a Constituição deve constituir, que se poderá compreender que o fundamento legitimante da existência do Direito Eleitoral (e também do processo judicial eleitoral) se dá por intermédio da sua instrumentalidade constitucional.

Canotilho, a esse respeito, escreve em sua obra a respeito do que é chamado por ele de usos da história, notadamente para designar o movimento constitucional norte-americano, que, segundo consta, teria feito “usos diferentes da história”. De um lado, pretenderam, os revolucionários, reafirmar os *Rights*, na tradição britânica medieval e da *Glorious Revolution*, mas, por outro, precisaram superar o que havia se alojado no *corpus* da constituição britânica – o parlamento soberano que impõe impostos sem representação (*taxation without representation*). Daí, pois, que, contra essa “onipotência do legislador”, “a Constituição era ou deveria ser inspirada por princípios diferentes dos da *ancient constitution*. Ela deveria garantir os direitos dos cidadãos, em jeito de lei superior, contra as leis do legislador parlamentar soberano”<sup>518</sup>. Por outras palavras: o modelo americano de Constituição assenta na ideia de limitação normativa do domínio público através de uma lei escrita. Esta “limitação normativa” postulava, pois, a edição de uma “bíblia política do Estado” condensadora dos princípios fundamentais da comunidade política e dos direitos dos particulares<sup>519</sup>. O que os *Framers* almejaram, então, nada mais foi que a construção de um estatuto superior (*Paramount Law*), alheio aos ímpetos das forças ocasionais, de modo a breçar uma *possible tyranny of the majority*. Os juízes, no mais, uma vez chamados a atuar, seriam, em última consequência, os garantidores dessa normatividade, da densidade normativa da *Higher Law* e dos direitos individuais.

Embora o texto não tenha por intuito desenvolver essa experiência constitucional, ela vem referida pela valiosa mensagem que traz, a mesma mensagem que norteia o constitucionalismo nos dias de hoje: a limitação do poder em prol de um estatuto superior, consagrador, dentre outras coisas, dos direitos fundamentais – os

---

<sup>518</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Ob., cit., p. 58.

<sup>519</sup> *Ibid.*, p. 59.

mesmos que representam trunfos contra a maioria e que proíbem, p. ex., julgamentos calcados em clamores populares, opinião pública ou similares; o juiz - e, no Brasil, todo juiz é juiz constitucional - é e deve ser o garantidor dos direitos fundamentais, incluídos aí as garantias processuais. O contrário nada mais é do que acrobacia hermenêutica.

A Revolução Francesa, por outro lado, engoliu a si mesma. Danton, por exemplo, um dos grandes líderes da Montanha, chegou a dizer: “Sejamos terríveis para que o povo não precise sê-lo”. O Tribunal Revolucionário, inclusive, foi cria dele. Pois o seu pescoço não escaparia à guilhotina. E, nesse contexto, ele teria indagado: “O que fazer para que os oprimidos de ontem não se tornem os oprimidos de hoje?”<sup>520</sup>. Lição não menos valiosa, pois, a ser extraída daqui: a exceção de ontem, será a de hoje. E os agentes dela, ali adiante, serão as vítimas. Por essas e outras, assim sendo, é tão importante a ação por princípio, não por moralismos, nem por finalidadesou argumentações políticas – sob pena de manipular-se o direito para fins escusos ou extralegais ou, nas palavras de Mark Thushnet, institucionalizar-se o “constitucionalism hardball”<sup>521</sup>.

#### **2.4. Conclusões parciais: o que podemos alcançar com a segunda parte e a pergunta que não quer calar: que proveito houve a partir dos movimentos degenerativos expostos na obra? Sete lições acerca do Direito Eleitoral degenerado**

*“A defesa, na verdade, não é realmente admitida pela lei, apenas tolerada, e há controvérsias até mesmo em torno da pertinência de deduzir essa tolerância a partir das respectivas passagens de lei”<sup>522</sup>.*

*“Obedecemos sem refletir sobre as consequências que trará, no futuro, essa impensada obediência, labutamos sem questionar se é correto e apropriado que tenhamos de realizar semelhantes tarefas”<sup>523</sup>.*

O fechamento continuará observando a sistematização apresentada por Bernd Rhuters<sup>524</sup>, assim como a sistematização apresentada por Georges Abboud<sup>525</sup>. O modelo

---

<sup>520</sup> “[...]. Com a mente macabra e infestada de campos de batalha, o coração furioso de mágoa, os olhos enlouquecidos pelos parisienses famintos, revoltados e destituídos, e os ouvidos zunindo com os relatos da revolta monarquista e católica nas províncias, Danton fez algo pelo que, um ano mais tarde, pediria perdão aos pés da guilhotina. Ele persuadiu a Convenção a reinstaurar o Tribunal Revolucionário [...]”. (SCURR, Ruth. **Pureza Fatal**: Robespierre e a Revolução Francesa. Ob., cit., p. 281).

<sup>521</sup> TUSHNET, Mark. **Constitucional Hardball**. The John Marshall Law Review, v. 37, 2004, p. 523-553.

<sup>522</sup> KAFKA, Franz. **O Processo**. Ob., cit., p. 142.

<sup>523</sup> WALSER, Robert. **Jakob von Gunten**: um diário. São Paulo: Companhia das Letras, 2011, p. 33.

<sup>524</sup> RHUTERS, Bernd. **Derecho degenerado**. Ob. Cit., p. 227 ss.

<sup>525</sup> ABOUD, Georges. **Direito Constitucional Pós-Moderno**. Ob., cit., p. 195 ss.

que apresentamos aqui, portanto, foi e segue na esteirada proposta dos dois autores. Serão consignadas, a partir de agora, novas sete máximas, extraídas do percurso que procuramos apresentar nesta segunda parte, que denotou, a mais não poder, feições de um Direito Eleitoral degenerado ou do paradigma da degeneração jurídico-eleitoral, especialmente em matéria de Direito Eleitoral Sancionador. É possível, foi dito e reafirmado, destruir uma ordem jurídica através de uma hermenêutica sem limites. Daí, pois, o risco da fuga do Direito em direção à moral, por exemplo, ou ao moralismo nosso de cada dia, mediante conceitos performáticos que, no fim das contas, não passam de trunfos anti-hermenêutico e antitéticos à Teoria do Direito e à Teoria da Decisão, para fazer soçobrar, ainda que em decisões isoladas ou em casos específicos, a autonomia do Direito. A esse fenômeno, assim, atribuídos o nome de Direito Eleitoral degenerado. Quando a normatividade constitucional e a legalidade estrita (aquela válida constitucionalmente) deixam de valer por meio de argumentos/fundamentos puramente consequencialistas, como anseios populares pela moralização da política ou combate à corrupção, quem sofre, antes de qualquer um, é o Direito. E, a partir daí, sofrerão todos. E os proveitos? Bom, do julgamento acerca da constitucionalidade da ficha-limpa em diante, tivemos vários: o inundar, no bojo do Direito Eleitoral Sancionador, de decisões ou pensamentos a latere calcados em elementos extrajurídicos. E, aliás, como fruto desse tipo de agir, o mesmo, o lavajatismo. Fichalimpismo e Lavajatismo, fenômenos conjuntos e provenientes de uma mesma genética, sangue do sangue, um do outro, pai e filho pródigo. Deu certo?

### **1ª Lição:**

A degeneração do direito, a perda da sua autonomia contra os avanços do poder, moralista ou político autofágico, não nos torna mais capazes de defender as bases da nossa democracia constitucional. Manter a ignorância nos impede de diagnosticar até mesmo medidas de degeneração. Ao contrário, como disse Georges Abboud, “faz-nos reféns, por vontade própria, de tudo aquilo que o ameaça, seja ontem, hoje ou amanhã”<sup>526</sup>. A queda da normatividade, por regra, não se dá de um golpe só. Mas aos poucos, em doses homeopáticas. E, por vezes, de maneira sutil, com tons heroicos, de busca de fins outros, como a moralidade ou o combate à corrupção, algo que se faz audível aos ouvidos das ruas, junto ao povo. Lançar mão, no entanto, de argumentos ou fundamentos de moral na interpretação-aplicação do Direito Eleitoral Sancionador é

---

<sup>526</sup>ABBOUD, Georges. **Direito Constitucional Pós-Moderno**. Ob., cit., p. 36.

ferir a autonomia do Direito. E um Direito não constrangido degenera, sendo nosso papelpelejar na defesa do direito e da sua autonomia contra as investidas dos seus predadores. Especialmente em matéria de Direito Eleitoral Sancionador. Se a autonomia do Direito ruir no bojo de processos acusatórios-sancionatórios, ruirá, mesmo que numa realidade local ou pontual, a democracia representativa, a democracia em sua versão eleitoral. Não se combate um mal, como a corrupção, eleitoral ou administrativa, passando por cima das regras do jogo e, daí em diante, criando outro – tão nocivo quanto, ou mais<sup>527</sup>. Sustentar o combate de algo, desrespeitando direitos individuais, ritos processuais e afins, é corromper o Direito.

## **2ª Lição:**

Fomos e continuamos sendo reféns, no entanto, no bojo do Direito Eleitoral Sancionador, por vontade própria ou não, de tudo aquilo que surge como ameaça à autonomia do Direito, notadamente em tempos acalorados, de crise, ou em pontos de inflexão (...as velhas “soluções mágicas” que brotam desse tipo de tempo e contexto). É indispensável questionarmos esse programa de reinterpretação, baseado numa ideia de vagueza deliberada: para avançar os interesses do povo, é preciso levar a cabo uma “renovação jurídica popular” – falar, inclusive, acerca de um “constitucionalismo popular”, é uma contradição em termos, afinal, a Constituição serve exatamente para controlar isso. O Direito Eleitoral Sancionador e a sua interpretação não devem restar subordinados a anseios, vontades, desideratos populares/populistas, que visam subordiná-los a esses critérios metafísicos ou de cunho apelativo mesmo. Direito e interpretação pautados em lógica amigo/inimigo não são Direito, mas uma corrupção dele, observada a substituição dos seus fundamentos por uma criteriologia difusa e externa, colonizadora dos seus pressupostos – tal como o decidir com lastro em anseios... tenhamos, pois, muito cuidado com os desígnios de maiorias eventuais. Quem decide com base nelas, em sede sancionatória, carrega consigo uma concreta chance de estar errado. Que é gigantesca.

## **3ª Lição:**

O moralismo consequencialista e persecutório pode ser mais sofisticado, através do uso desvirtuado, além de prepotente, para não dizer cínico, de previsões inerentes ao próprio ordenamento jurídico posto. E, nem por isso, deixar de ser uma violência contra

---

<sup>527</sup> A metáfora do bebê e da água do banho calha bem aqui.

a normatividade constitucional. É preciso, pois, fazermos superar as crises de identidade que pipocam no bojo da dinâmica do Direito Eleitoral Sancionador. É comumente vemos decisões pautadas no álibi de estarem assim agindo em defesa da democracia ou da lisura, normalidade e legitimidade dos processos eleitorais, tudo para legitimar, por exemplo, alegados combates à males, como corrupção ou, diga-se, mesmo desinformação, ou, ainda, a reabertura de instrução processual, inclusive com o feito pautado para julgamento e depois das próprias sustentações orais, onde o juiz, sob essa retórica, sai a determinar produção de provas e afins. Será mesmo tão difícil compreender que, para além das violações ao rito processual, estaríamos, pois, aí, diante de evidente quebra de paridade de armas? Ou à equidistância do juiz? Ou, ainda, ao princípio acusatório? Não há, ao fim e ao cabo, como relativizar-se direitos fundamentais, mesmo que o imaginário popular assim requeira, com lastro na defesa da legitimidade dos processos eleitorais. Há um processo acusatório no meio, no meio há um processo acusatório. Ignorar isso é firmar perigoso pacto com a hermenêutica sem limites. Falar em defesa da legitimidade, normalidade ou algo similar para dar vazão a uma postura imbuída por um viés pragmático no âmbito dos processos judiciais eleitorais, como se a democracia fosse um fim em si mesma, os fins justificassem os meios e as regras do jogo fossem apenas um engodo a serviço da dita impunidade, é promover degeneração, do Direito Eleitoral Sancionador e da democracia em sua perspectiva eletiva. O intérprete que se (auto)investe dessas prerrogativas deveria pisar no freio, porquanto em crise de identidade (seria mais um xerife ou censor). Assim como os eleitoralistas que sustentam tais ideias deveriam procurar outra área do conhecimento, porquanto propagadores de argumentos alheios ao Direito e à sua autonomia – a antropologia ou a sociologia, p. ex., além da filosofia moral, seriam, quiçá, mais adequadas, ou que começassem a lidar com política-criminal eleitoral.

#### **4ª Lição:**

O Direito Eleitoral degenerado é um Direito Eleitoral deformado. Não no todo, fique claro o registro. Mas, o registro não é menos importante, em certos temas que norteiam esse ramo do conhecimento jurídico e que, a partir daí, são pegos por sintomas degradantes que, no todo, fazem um estrago grande – o não Direito dentro do Direito. Assim, se, por um lado, o Direito Eleitoral segue o passo da normalidade e da observância dos preceitos constitucionais, por outro, notadamente por meio da legislação e da interpretação jurídica, e em matéria de Direito Eleitoral Sancionador,

ascende um fenômeno de instrumentalização. E de uso para fins desvirtuados. Essa dualidade, por sua vez, é tão nociva quanto se fosse na amplitude, até mesmo porque acaba sendo mais traiçoeira, posta e imposta com ares de normalidade. A degeneração ora é institucional, ora epistêmica, ora instrumentalizadora. E há, com isso, uma captura da legalidade constitucional, da tutela que os direitos políticos devem abarcar, inclusive no seio da jurisdição, da normatividade dos direitos individuais e dos próprios paradigmas hermenêuticos contemporâneos no ato da interpretação-aplicação. Ocorre que degenerar o Direito é degenerar a democracia. E vice-versa.

### **5ª Lição:**

O Direito Eleitoral Sancionador não serve para “limpar a sociedade brasileira” ou para “purificar a nossa política”. Tampouco essa é tarefa do julgador. A má decisão interferirá, por um lado, na autonomia do Direito, considerada como tal um escudo de proteção da própria ordem jurídica contra as influências externas – dos discursos de moral, de política, de economia, e, por outro, na democracia representativa, afinal, interferirá, sobretudo, no processo de escolha da representação popular e na própria escolha do eleitor. Se a Justiça Eleitoral, sendo provocada, pode indeferir registros de candidatura ou cassar registros, diplomas e mesmo mandatos, e ela pode mesmo, a gravidade desse intento deve se dar mediante observância dos limites do direito, sendo premissa fundamental para tanto o afastamento do conteúdo jurídico das invasões linguísticas e finalísticas propostas por outros campos.

### **6ª Lição:**

Deixemos vencer a ciência do Direito. Suplantemos, pois, um Direito sem ciência. O Direito Eleitoral Sancionador deve ser preservado contra os mecanismos de degeneração que pipocam por seu horizonte. E que trazem fatores nocivos não apenas a ele, mas, a partir dele ou da sua aplicação, mas ao regime democrático. É preciso compreender, de uma vez por todas, que a degeneração pode surgir mesmo em uma democracia constitucional consolidada, e por meio da interpretação-aplicação do Direito. Precisamos, pois, respeitar a autonomia do Direito, evitando, sobretudo, que ela seja solapada por trunfos retórico-argumentativos que são elevados como fontes do Direito apenas para justificar o que o intérprete quer decidir e já se decidiu de antemão - o uso desses lemas morais abstratos para tanto (voz das ruas, vontade da sociedade, opinião pública ou combate à corrupção) vem à tona para ornamentar, apenas.

## 7ª Lição:

O Direito Eleitoral degenerado, através dos seus fenômenos, atores e artífices, cada qual a seu modo, promove um panorama que poderíamos intitular de “estado permanente de tensão”, a partir do qual o Direito Eleitoral Sancionador permanece sempre em risco de ataque, isso por meio dos seus predadores. A democracia, daí em diante, também se encontra em risco, seja em sua manifestação eleitoral, seja em perspectiva constitucional. Se o Direito sucumbe aos seus predadores, a democracia entra em risco, alerta Lenio Streck. Entra e fica. E não é diferente quanto ao Direito Eleitoral, valendo lembrar que reduzir o espectro de normatividade dos direitos fundamentais aqui não possui apenas o efeito imediato, no que se refere às partes, mas o efeito mediato, quanto à cidadania e a soberania popular em seu matiz sufragista, produzindo, inclusive, uma “ilusão de legalidade” em sede de direito degenerado, na dicção de Abboud, além de uma “ilusão fatal”, na defesa de Ernst Fraenkel. Dar vazão a uma semântica de moralidade, ou de combate à corrupção funcional ou eleitoral, ou mesmo, ainda, de proteção da legitimidade dos processos eleitorais pura e simplesmente, causa rupturas da e na legalidade constitucional, especialmente quanto ao devido processo legal eleitoral em sua amplitude. A luta é (e deve ser) pela autonomia do Direito. Agora, “se a própria Constituição for posta em xeque, mesmo que em decisões isoladas, e mesmo por quem for responsável por defendê-la, estaremos diante do uso autoritário do Direito”<sup>528</sup>. O uso autoritário, arbitrário, discricionário, consequencialista e moralista, a seu turno, são a pedra fundamental do Direito Eleitoral degenerado. Por isso é preciso vencê-lo. E, para tanto, precisaremos reconstruir o Direito Eleitoral Sancionador, reconstrução que se dará a partir de uma tríade conformadora: democracia, filosofia e devido processo legal.

---

<sup>528</sup> ABBOUD, Georges. **Direito Constitucional Pós-moderno**. Ob., cit., p. 150.

### PARTE III – PARADIGMA DA RECONSTRUÇÃO: O DIREITO ELEITORAL CONTEMPORÂNEO

*“Dentro de nós há uma coisa que não tem nome, essa coisa é o que somos. Se tens coração de ferro, bom proveito. O que as vitórias têm de mau é que não são definitivas”<sup>529</sup>.*

Segundas realidades, eis o termo manejado por Eric Voegelin para designar um conjunto de palavras que “criam um idioma de estranhamento, em que nada de real ou concreto pode ser pretendido ou desejado”<sup>530</sup>. Já em seu famoso LTI (*Lingua Tertii Imperii*), Viktor Klemperer diz que “as palavras podem ser como minúsculas doses de arsênico: são engolidas de maneira despercebida e parecem inofensivas; passado um tempo, no entanto, o efeito do veneno se faz notar”<sup>531</sup>. Logo, considerando que “ser que pode ser compreendido é linguagem”, como advertiu Gadamer<sup>532</sup>, não há dúvidas de que não se pode atribuir ao Mundo qualquer sentido, tampouco se utilizar de qualquer prática linguística para explicar o mesmo Mundo – ou o Direito. Há sempre algo que nos antecede, uma tradição que independe dos desígnios de cada um, sendo que a linguagem não é privada ou subjetiva, mas pública e intersubjetiva<sup>533</sup>, não devendo, nós todos, nos utilizarmos dela através do vácuo ou mediante enunciados meramente performativos.

---

<sup>529</sup>SARAMAGO, José. **Ensaio sobre a cegueira**. Lisboa: Ed. Caminho. 1995, p. 124.

<sup>530</sup>VOEGELIN, Eric. **A universidade alemã e a ordem da sociedade alemã**. In: Ensaios Publicados, 1966-1985. São Paulo: Realizações, 2008, p. 143; citado por: ABOUD, Georges. **Direito Constitucional Pós-Moderno**. Ob., cit., p. 36.

<sup>531</sup>KLEMPERER, Viktor. **LTI**. Rio de Janeiro: Contraponto, 2009, p. 55.

<sup>532</sup>GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método**. 12. ed. Petrópolis: Vozes, 2012. v. I: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica, 2012, p. 270.

<sup>533</sup>“[...] aquele que se dá praticamente no compreender enquanto somos um modo de compreender [...]; O logos apofântico, doutro modo, é o concebido como pré-compreensão, um logos lógico-explicativo: [...] logos da compreensão de uma preposição, de logos apofântico, o logos que se manifesta na linguagem” (STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto, decido conforme minha consciência?** Ob., cit., p. 79).

Uma “estranha mistura de ardor popular”<sup>534</sup>, discursos de moral adjudicadora da autonomia do Direito e certo receio de crítica viraram, especialmente com e após a “ficha-limpa”, marca de uma ruidosa maioria componente da práxis eleitoralista, quase que como a proclamar uma “nova ideia de direito”<sup>535</sup>, uma refundação do Direito Eleitoral, não por meio das melhores práticas e tradições jurídicas ocidentais, mas como ramo catalizador de anseios morais ou de uma missão purificadora do regime, no entanto. Com honrosas exceções, a “espiral do silêncio”<sup>536</sup>, pois quem critica esse movimento é apontado, instantaneamente, por dedos e falas, como um interlocutor posto a favor da corrupção ou de corruptos, “tornou-se para muitos numa espiral de escrita”<sup>537</sup> favorável a um movimento de derrocada da juridicidade em prol de argumentos e/ou fundamentos metajurídicos. E com ares de normalidade, como algo corriqueiro ou comezinho, o que é tão grave quanto ou mais.

“Voz das ruas”, “vontade popular”, “anseios do povo”, “combate à corrupção”, “moralização”, “crise de representatividade”, todas estratégias argumentativas elevadas a “fontes do direito”, de modo a legitimar decisões judiciais, ou mesmo visões doutrinárias, no bojo da interpretação-aplicação do Direito Eleitoral<sup>538</sup>.

Isso considerado, a questão, com o auxílio de Niklas Luhmann (*Die Zukunft der Demokratie — O futuro da democracia*)<sup>539</sup>, é a de saber se, e até quando, a nossa jovem democracia pode suportar o que parece ser uma grave disfuncionalidade de nosso sistema de disputa eleitoral: a moralização da política<sup>540</sup>. E a moralização do

---

<sup>534</sup> O termo é de Rhuters, a saber: RHUTERS, Bernd. **Derecho degenerado**. Ob., cit., p. 54.

<sup>535</sup> Ibid., p. 55.

<sup>536</sup> Id; Ibid.

<sup>537</sup> RHUTERS, Bernd. **Derecho degenerado**. Ob., cit., p. 55.

<sup>538</sup> Veja-se, por exemplo, voto proferido pelo então Ministro Joaquim Barbosa nos autos das ADC n° 29 e 30 e ADI n° 4578 (ficha-limpa): “As alegações de inconstitucionalidades dessa lei decorrem de uma interpretação limitada da Constituição, que privilegia uma minoria de ocupantes de cargos eletivos em detrimento de toda a sociedade que anseia pela moralização da política brasileira, para que não haja mais engodo do eleitorado, manipulações e falsas promessas, para que os eleitores comecem a ter liberdade de escolha real, verdadeira” (STF, ADC n° 29 e 30/ADI n° 4578). Uma lei, observem, vendida por um Ministro do STF como um “estatuto de moralidade” e como a “salvação da nação”, assim como se fosse um “instrumento de purificação da cena pública e de elevação do eleitorado”. Logo, por meio de uma evidente manipulação discursiva, os direitos fundamentais individuais e os direitos políticos deveriam “ceder” em prol do que anseia a sociedade, pensamento, aliás, que remonta a períodos escabrosos do século XX. Tb.: MENDONÇA, Camila Ribeiro de. **Lei da Ficha-Limpa é o estatuto da ética e da moralidade**. Revista Consultor Jurídico. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2011-dez-03/joaquim-barbosa-lei-ficha-limpa-estatuto-etica-moralidade/>. Acesso em: 27 dez. 2023).

<sup>539</sup> LUHMANN, Niklas. **Soziologische Aufklärung 4 – Beiträge zur funktionalen Differenzierung der Gesellschaft**. 4ª Auflage, Wiesbaden: VS Verlag, 2009, p. 131.

<sup>540</sup> GUEDES, Néviton. **Discurso da moralização da política faz mal à nossa jovem democracia**. Revista Consultor Jurídico. Conjur. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2014-ago-04/constituicao-poder-discurso-moralizacao-politica-faz-mal-democracia>. Acesso em 26-12-2024.

Direito<sup>541</sup>. Tudo com o apoio declarado de advogados, membros do Ministério Público, juízes, entidades da sociedade civil, professores universitários e intelectuais do Direito em geral, os quais, cada qual a seu modo, passaram a se afigurar como artífices de um perfeccionismo difuso, fazendo inundar o caminho da interpretação-aplicação por esses critérios *outsider*.

Quem defende medidas perfeccionistas entende que o Estado não pode permanecer neutro em relação às concepções de bem que seus cidadãos têm e deve adotar as medidas educativas, punitivas ou quaisquer outras que sejam necessárias para que os indivíduos ajustem suas vidas aos verdadeiros ideais de perfeição. Bom. Mas sabemos que o perfeccionismo não pode ser defendido de forma consistente no domínio do discurso moral subjetivo<sup>542</sup>. O primeiro tipo de imposição tem a ver com o que se sabecomo uma moralização do Direito. Ocorre que o pensamento não pode serjustificado, [...] pois significariaaceitar que o que a maioria acredita ser moral conta como critériode correção moral<sup>543</sup>. Isso só faz agravar quando falamos de Direito, afinal, representaria dar vazão aos ímpetos de uma maioria que, através de um discurso de moral, faria suplantar direitos, nulificando a natureza contramajoritária deles, assim como da jurisdição. O Direito moralista, com feição majoritarista – daí a achega dos gatilhos metajurídicos referidos acima, tais como “voz das ruas” e afins, nada mais é do que uma deformação do Direito, um exemplo condenável de não-Direito dentro do Direito.

Esse conformismo de massa produz um eclipse da razão, pois, para demonstrar sua própria legitimidade, deve demonstrar sua utilidade prática e seu valor técnico para o bem-estar. A razão é reduzida, assim, a um cálculo mercantil, que abandona o ideal e marginaliza o pensamento<sup>544</sup>. Uma vez que o discurso moralista ajunta-se aos ímpetos de uma maioria de ocasião e, portanto, adquire massificação, pode-se dizer que ele assume um caráter basicamente despótico, porquanto absoluto e arbitrário, existindo, metaforicamente falando, um estado de natureza hermenêutico “entre o príncipe

---

<sup>541</sup>A partir da sua famosa teoria dos sistemas sociais, Luhmann separa o Direito da Política e da Moral. A esse respeito, ver: LUHMANN, Niklas. **Die Moral der Gesellschaft**. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 2008, p. 163 ss.

<sup>542</sup> VILAJOSANA, Josep M. **Moralizacion del Derecho, perfeccionismo y sociedad liberal**. Revista Telemática de Filosofía del Derecho, nº 11, 2007/2008, p. 145-179.

<sup>543</sup> Ibid.

<sup>544</sup> MATEUCCI, Nicola. **Organización del poder y libertad**: historiad del constitucionalismo moderno. Madrid: Trotta, 1998, p. 280.

absoluto e os súditos, enquanto também não existe um juiz a quem dirigir-se, sendo o príncipe superior à Lei”<sup>545</sup>. Quase que um poder paterno, linguisticamente populista.

Os escombros dos movimentos totalitários e ditatoriais do século XX trouxeram ao Ocidente muitas lições, sobretudo do que não se deve fazer, assim como proveitos outros, de matiz propositiva, frutos originados da reconstrução pós-bélica. No campo do Direito, falemos da consolidação dos direitos humanos, com feição de universalidade, incluindo-se aí, por obviedade, os direitos individuais e os direitos políticos, e da Constituição como norma<sup>546</sup>. A mesma Constituição que, na longínqua, mas, ainda, demasiado atual, advertência de Thomas Paine (Rights of Man – Direitos do Homem), “não é coisa que exista só de nome, mas de fato, devendo, mais do que idealmente, existir na realidade, e onde quer que visivelmente não se apresente, inexistente”<sup>547</sup>.

O Estado Democrático de Direito, tal como concebido no pós-Guerra<sup>548</sup> e incorporado pela nossa tradição jurídico-constitucional a partir de 1988, pode-se dizer, observadas as lições de Elias Diaz, representa a “institucionalização jurídica da democracia política”<sup>549</sup>. E ele, o Estado Democrático e de Direito, traz consigo um núcleo conservador demasiado relevante, além de acentuado: a proteção das conquistas civilizatórias angariadas no tempo. Não se resume a isso, por óbvio, considerado o plus normativo existente (direitos individuais e sociais como resgate, direitos culturais e ambientais, jurisdição constitucional), mas condensa, sobremaneira, o fenômeno.

Bob Dylan, o famoso músico norte-americano, proclamou, ele mesmo, em uma das suas famosas canções (*Not dark yet*), que, por trás de cada coisa bela, há um tipo de dor (*Behind every beautiful thing there's been some kind of pain*). E há mesmo. Falando de Estado, de Direito, de Democracia e, finalmente, de Estado Democrático de Direito, construções civilizatórias que são, não há como ignorar que vieram elas do mar de sangue derramado pelas calçadas ou junto ao cadafalso. O belo erguido a partir do profano. Conquistas provenientes das lutas entre semelhantes, que entregaram o pescoço para que pudéssemos hoje falar em direitos, em trunfos contra o exercício do poder,

---

<sup>545</sup> Ibid., p. 134.

<sup>546</sup> Sobre o tema, ver: ENTERRÍA, Eduardo Garcia de. **La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional**. Madrid: Civitas, 1981 e; HESSE, Konrad. **Força normativa da Constituição**. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Fabris, 1991.

<sup>547</sup> PAINE, Thomas. **Os Direitos do Homem**. Ob., cit., p. 64.

<sup>548</sup> Quanto ao Direito, Mario Losano chama o fenômeno de “direito pós-bélico” (LOSANO, Mario. **Sistema e estrutura no direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 185).

<sup>549</sup> DIAZ, Elias. **Estado de Derecho y democracia**. Anuario de la Facultad de Derecho. Universidad de Extremadura, nº 19-20, 2001-2002, págs. 201-217.

inclusive da maioria. Um compromisso humano, de vida, na tutela dos frutos provenientes do sacrifício dos nossos antepassados. O Direito é isso, especialmente com a lupa fincada na proteção nas garantias provenientes desses embates, da ordem advinda do caos. Em um pacto entre presente e passado, para resguardar o futuro. E ainda não está escuro...

Proclamada a instituição de um Estado Democrático e de Direito, temos diante de nós um regime consagrador de conquistas e de conversação delas. Resultado, dito de outra forma, de reivindicações históricas, como a proteção de valiosas liberdades (de religião, pensamento, expressão, etc.) e de direitos e garantias de outras índoles (penal, processual, etc.); direitos e liberdades que, depois, não puderam prescindir de certas implicações necessárias ao estabelecimento de um tipo de igualdade real (socioeconômico, cultural, etc.)<sup>550</sup>. Reside aí, também, a democracia, por óbvio, a soberania popular e os direitos políticos ativos (direito de votar e iniciativa popular) e passivos (direito de ser votado).

Ocorre que a soberania popular, ao contrário daqueles que pensam ser possível fazer qualquer coisa a partir dela (como aqueles que almejam submeter a constitucionalidade de uma lei, mesmo que de iniciativa popular, a argumentos vazios de sentido como anseios populares, voz das ruas, vontade da maioria etc.), é dúplice: se manifesta no exercício do poder constituinte originário e, depois, na escolha dos representantes e a partir de alguns mecanismos de participação direta. Esta, a seu turno, é uma manifestação da soberania que não surge do vácuo, mas é garantida pelo fruto da primeira, ou seja, da Constituição. É uma soberania dentro (*in*) da Constituição, não fora (*out*) ou contra (*against*) ela. A soberania popular e, portanto, a vontade da maioria, é pressuposto salutar ao regime democrático, mas na dinâmica dela enquanto consumada pelo voto. Em questões de constitucionalidade, mesmo que se trate de lei de iniciativa popular, aciona-se, pois, o caráter contramajoritário da Constituição, dos direitos fundamentais e da própria jurisdição, não sendo relevante a maioria ou os seus intentos. Ao mesmo assim deveria ser. Sendo o contrário, e o é (em matéria eleitoral...), estaríamos diante de uma violenta contradição em termos – que corrói o regime por dentro.

Ocorre que esse movimento, calcado em uma pedra fundamental derivada de uma união entre moralismo, regras eleitorais e o vociferar de uma maioria ocasional,

---

<sup>550</sup> Ibid.

não enxerga limites. Se a maioria moralista quer, assim deve ser feito. Feito, mesmo que se trate de algo nada perfeito. E coitado (a) de quem se insurge contra isso ou visa impor freios devidos e merecidos aos ímpetos em comento.

Se a corrupção da inteligência é sempre precedida pela decadência da linguagem, não se poderia degenerar a linguagem jurídica sem que antes a língua comum, falada por todos nas ruas e nas casas [...], entrasse em declínio. Por isso não podemos encarar o apelo às formulas vazias de significado jurídico como uma simples estratégia retórica, sem repercussões práticas na interpretação e na aplicação do direito<sup>551</sup>. Levemos o Direito e a sua linguagem a sério, muito a sério.

Em outras palavras, nada mais pernicioso à democracia do que o comportamento de quem pretende fazer política moralizando a si mesmo (como “o bem”) e o oponente (como “o mal”). Nessas condições, o apelo à moral desqualifica não apenas um determinado comportamento ou uma determinada conduta do oponente, mas desqualifica a sua própria existência política e, portanto, a sua habilitação para o exercício legítimo do poder<sup>552</sup>. Populismo na veia, ainda que travestido de investidas democráticas, mais perigoso do que o próprio populismo de palanque, afinal, este ainda encontra ou pode encontrar os seus limites, a partir do Direito. Agora, quando ele vem do próprio Direito, o que fazer, quem restaria para controlar?

Quem assim se posiciona em matéria de Direito (Constitucional/Eleitoral), como que a propagar um modelo de “direito vivo” ou uma espécie de “direito constitucional-eleitoral achado na rua”, numa recepção tardia e descontextualizada de uma respeitável teoria vinda à tona para driblar o caráter extremamente fechado da legalidade autoritária do antigo regime, ignora, aliás, a perigosa – nociva mesmo – polarização advinda daí, suplantadora do léxico luhmaniano cujo código, no âmbito do Direito, funciona no lícito e ilícito<sup>553</sup> – passando a funcionar no bem e no mal, no justos e injustos ou no nós e eles.

A pergunta, no contexto posto e exposto, é: isso se exauriu? É coisa do passado? Não, a resposta é negativa. E basta, para tanto, vermos, não apenas as pressões pela

---

<sup>551</sup>ABBOUD, Georges. **Direito Constitucional Pós-Moderno**. Ob., cit., p. 71.

<sup>552</sup>GUEDES, Neviton. **O poder de limitar a cidadania também encontra limites**. Revista Consultor Jurídico. Conjur. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-abr-16/constituicao-poder-poder-limitar-cidadania-tambem-encontra-limites>>. Acesso em: 02 jun. 2023.

<sup>553</sup> LUHMANN, Niklas. **Sistema jurídico y dogmática jurídica**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1983, p. 40.

aprovação e pela manutenção da lei com lastro em argumentos de moral, vazios de sentido, até mesmo populistas e linguisticamente apelativos de então, maso ocorrido recentemente, inclusive, quando o STF esteve a discutir a temática da detração em matéria de inelegibilidade. O que se viu, e nem adentramos aqui ao conteúdo da decisão, embora a detração fosse muito razoável, foi um despontar de apupos como se estivessem tentando “matar a lei da ficha-limpa” ou houvesse uma conspiração tendente a “liberar fichas-sujas”<sup>554</sup>. A polarização tacanha, de feição argumentativa, fica escancarada aí<sup>555</sup>.

Isso tudo como se a lei fosse uma espécie de “Livro-sagrado”, alheio às mãos profanas daqueles que pensam o Direito e que procuraram, no mínimo, resgatar a autonomia do Direito em âmbito eleitoral e em matéria de inelegibilidades ou, no mínimo do mínimo, apenas compatibilizar parte pequena do diploma à luz da vedação ao excesso, trazendo à tona mais proporcionalidade<sup>556</sup>. As palavras, foi dito, são como diminutas doses de arsênico... passado um tempo, o efeito do veneno vem à baila...

---

<sup>554</sup> Vejam, novamente, a manifestação do Movimento de Combate à Corrupção Eleitoral (MCCE), que não apenas criticou a decisão inaugural proferida pelo Ministro Nunes Marques, depois revisada pela maioria do Plenário do STF, como a repudiou (as palavras dizem coisas...): “O Movimento de Combate à Corrupção Eleitoral (MCCE), que participou da elaboração da lei, divulgou uma nota de repúdio à decisão do ministro Nunes Marques. ‘A Lei da Ficha Limpa foi excessivamente julgada quanto à sua constitucionalidade, tanto no TSE quanto no STF. É parte de um amplo processo de mobilização popular por mais ética na política. Fica claro que existe uma articulação de forças que pretende esvaziar a lei, com ataques pontuais que visam dilacerar o seu conteúdo sob alegação de aperfeiçoá-la, tentativa oriunda daqueles que podem ser atingidos por ela ou que buscam poupar seus aliados’[...]” (In: PIRES, Breno. **Decisão de Nunes Marques libera “fichas-sujas” a assumirem mandatos de Prefeitos**. Disponível em: <https://www.estadao.com.br/politica/decisao-de-nunes-marques-libera-fichas-sujas-a-assumirem-mandato-de-prefeitos/>. Acesso em: 17 nov. 2023).

<sup>555</sup> Cito, vez mais, o autointitulado movimento de combate à corrupção eleitoral: “O MCCE e as organizações que participaram da elaboração da Lei da Ficha Limpa, bem como todos aqueles que lutaram por esta importante conquista, não descansarão na sua defesa intransigente, no combate à corrupção e na garantia do seu cumprimento. Todas as medidas possíveis serão tomadas e o nome de todos que estão tentando destruí-la serão conhecidos” (BRASIL, **Movimento anticorrupção crítica decisão do STF que altera lei da ficha limpa**. Disponível em: <https://www.poder360.com.br/brasil/movimento-anticorrupcao-critica-decisao-do-stf-que-altera-lei-da-ficha-limpa/>. Acesso em: 29 dez. 2023).

<sup>556</sup> Indago: em matéria de direitos políticos-eleitorais, qual seria a sanção/restrrição mais grave? São três, eis a resposta. A perda dos direitos políticos, que é, todavia, restrita apenas às hipóteses consignadas no texto constitucional (CF, art. 15, inc. I e II), ou seja, cancelamento da naturalização por decisão transitada em julgado e incapacidade civil absoluta. A suspensão dos direitos políticos, também restrita às hipóteses previstas no texto constitucional (CF, art. 15, inc. III a V), isto é, condenação criminal transitada em julgado, enquanto perdurarem os efeitos da pena, recusa de cumprir obrigação a todos imposta (questões militares aqui e de guerra) e improbidade administrativa, nos termos do artigo 37, §4º, da CF. E a inabilitação para o exercício de cargo público, fruto de impeachment. Especificamente quanto às causas frutos de reprimendas sancionatórias, eis o ponto, vejam que a suspensão por condenação penal perdura pelo tempo da pena, uma vez cumprida a pena, não há suspensão. Já a suspensão por ato de improbidade possui prazo máximo de doze (danos ao erário) ou catorze anos (enriquecimento ilícito), ent. E a inabilitação por oito. A inelegibilidade, bem sabemos, é a restrição parcial dos direitos políticos, considerada a capacidade eleitoral passiva. Como, então, aceitar que os prazos, observadas as questões

A maioria não pode dispor de toda a “legalidade”, ou seja, não lhe está facultado, pelo simples fato de ser maioria, tornar disponível o que é indisponível, como acontece, p. ex., com os direitos, liberdades e garantias e, em geral, com toda disciplina constitucionalmente fixada (o princípio da constitucionalidade sobrepõe-se ao princípio majoritário)<sup>557</sup>. O contrário é institucionalizar um fundamentalismo de maiorias.

Nessa visão, a Constituição é igualada à vontade política (e moral) de um povo composto por uma maioria total e uniforme, sedenta por uma autoafirmação redentora e violenta. Nada mais oposto à ideia de que, numa democracia constitucional, a Constituição – e não a vontade popular – é que deve ser vista como última salvaguarda sociedade<sup>558</sup> em matéria de constitucionalidade. Isto é, no constitucionalismo, é impossível pensar num sujeito político amplamente soberano, livre das amarras impostas pelo texto da mais básica norma fundamental. A Constituição, como Hegel afirmou, não é algo que vem dado pela vontade de um sujeito<sup>559</sup>. Tampouco, digo eu, o sentido da Constituição pode ser atribuído por um sujeito ou por um aglomerado de sujeitos eventuais, fincados numa realidade tal, que vise, a partir de fins uns ou outros, diminuí-la, notadamente quanto ao seu núcleo central, onde estão os direitos de liberdade<sup>560</sup>. A Constituição constitui. Não o contrário.

Parece, portanto, que fomos e continuamos sendo reféns, por vontade própria ou não, de tudo aquilo que surge como ameaça à autonomia do Direito, notadamente em tempos acalorados, de crise, ou em pontos de inflexão (...as velhas “soluções mágicas”

---

fáticas inerentes a um ou outro caso concreto, possam desbordar desses parâmetros? Dito de outra maneira, considerando que a inelegibilidade vem à tona, na esfera penal e de improbidade, desde o acórdão condenatório até oito anos após o cumprimento da pena, como aceitar que o menos, isto é, a restrição parcial, possa ter prazo mais largo do que o mais? Não faz sentido, sistemicamente falando. Por fim, a proporcionalidade que referimos não tem nada a ver com ponderação ou afim. Mas, sim, com a perspectiva de vedação ou proibição ao excesso (*übermassverbot*). Sobre o tema, ver: “[...]. Este princípio, atrás considerado como um subprincípio densificador do Estado de direito democrático, significa, no âmbito específico das leis restritivas de direitos, liberdades e garantias, que qualquer limitação, feita por lei ou com base na lei, deve ser adequada (apropriada), necessária (exigível) e proporcional (comjusta medida). A exigência da adequação aponta para a necessidade de a medida restritiva ser apropriada para a prossecução dos fins invocados pela lei (conformidade com os fins). A exigência da necessidade pretende evitar a adoção de medidas restritivas de direitos, liberdades e garantias que, embora adequadas, não são necessárias para se obterem os fins de proteção visados pela Constituição ou a lei”. (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Interpretação e aplicação da Constituição**. São Paulo: Saraiva, 1992. p. 617)

<sup>557</sup>CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Ob., cit., p. 329.

<sup>558</sup>ABBOUD, Georges. **Direito Constitucional Pós-Moderno**. Ob., cit., p. 96.

<sup>559</sup>FIORAVANTI, Maurizio. **Constitución: de la antigüedad a nuestros días**. 2ª ed. Madrid: Trotta, 2017, p. 137.

<sup>560</sup> Moralidade, probidade e afins, no universo do texto constitucional, vale reiterar, não são cláusulas pétreas. Os direitos fundamentais o são.

que brotam desse tipo de tempo e contexto). Manter a ignorância disso “nos impede de diagnosticar até mesmo medidas de degeneração”<sup>561</sup>.

A relação entre o sistema jurídico e o entorno social – duas realidades que não se comunicam diretamente – deve se ver livre de arbitrariedades<sup>562</sup>. Logo, é indispensável questionarmos esse “programa de reinterpretação, baseado numa ideia de vagueza deliberada: para avançar os interesses do povo, é preciso levar a cabo uma ‘renovação jurídica popular’” – falar, inclusive, acerca de um “constitucionalismo popular”, é uma contradição em termos, afinal, a Constituição serve exatamente para controlar isso. O Direito e a sua interpretação não devem restar subordinados a anseios, vontades, desideratos populares/populistas, que visam subordiná-los a esses critérios metafísicos ou de cunho apelativo mesmo. Direito e interpretação pautados em lógica amigo/inimigo não são Direito, mas uma corrupção dele, observada a substituição dos seus fundamentos por uma criteriologia difusa e externa, colonizadora dos seus pressupostos<sup>563</sup>.

Falemos, ao fim e ao cabo, da almejada reconstrução, a mesma pautada em um tripé epistemológico: democracia, filosofia e devido processo legal eleitoral.

### **3.1. A Democracia no Direito Eleitoral**

#### **3.1.1. Democracia representativa e soberania popular: resgatando a carga de significados deste importante marco civilizatório**

A ideia de que o poder emana do povo, devendo em seu nome ser exercido, é atributo indissociável de um regime democrático. Isso, por sua vez, nos faz compreender que a soberania popular pode ser concebida como a soberania política do povo. E que, ademais, não há regime democrático que não sufrague tal pregação.

Como diz Araújo Reis essa é a crença de que “a autoridade mais alta – a autoridade soberana – repousa, em última instância, no conjunto de pessoas que constituem a própria sociedade política. Toda e qualquer outra autoridade deve poder

---

<sup>561</sup> ABOUD, Georges. **Direito Constitucional Pós-Moderno**. Ob., cit., p. 36.

<sup>562</sup> Ibid., p. 78.

<sup>563</sup> Por exemplo: “[...]. Talvez a maior lição da experiência totalitária nazista tenha sido nos mostrar o que acontece quando o código próprio do direito é tomado pela encruzilhada amigo/inimigo, na acepção schmittiana” (ABOUD, Georges. **Direito Constitucional Pós-Moderno**. Ob., cit., p. 82).

ser vista como derivando-se, em algum sentido, dessa autoridade originária – deve poder ser vista como autorizada por essa fonte originária, que é o próprio povo”<sup>564</sup>.

Numa acepção estrita, a soberania popular representa o vínculo jurídico-político mantido entre Estado e sociedade, que acaba por pregar a participação política dos cidadãos nos rumos políticos da Nação. Está, pois, intimamente relacionada à noção de cidadania. Por sua vez, este princípio basilar do Estado Democrático, à luz do arcabouço normativo posto, resta concretizado, na forma ativa, pelo sufrágio universal, pelo voto direto e secreto, plebiscito, referendo e iniciativa popular (CF, art. 1º, §único c/c art. 14, *caput*); e, na forma passiva, pelo direito de elegibilidade, ou seja, pelo direito de ser votado, de modo a possibilitar a ocupação dos Cargos Eletivos do país. Tal participação se dá, portanto, por meio do exercício dos direitos políticos, seja ativa, seja passivamente.

Na democracia, assim, o povo é o soberano, nele residindo a base de autoridade e legitimidade do poder político. O poder emana do povo e em nome do povo deverá ser exercido, assim o sendo direta e/ou indiretamente<sup>565</sup>. O poder, como sustenta é um dos elementos do Estado. Traduz-se em sua expressão dinâmica, pois é por ele que o governo põe em movimento as políticas públicas que pretende ver implantadas. Por sua vez, o vocábulo soberania designa o poder mais alto<sup>566</sup>. A noção de soberania popular (ou soberania política dos cidadãos) tem, dessa maneira, um caráter eminentemente normativo: é um ideal que vai servir como princípio orientador ou regulador de nossa prática política e, particularmente, de nosso esforço de construção institucional. Sua menção já no primeiro artigo da Constituição lembra-nos justamente disso: todo o resto do texto constitucional deve, em alguma medida, poder ser visto em conexão com a promoção desse ideal implicado pela noção de soberania popular<sup>567</sup>.

Necessário, portanto, resgatar esse conceito, com toda carga de significados que ele traduz. É do povo, do eleitorado, o poder de escolher os seus representantes. Dito de outra forma, a legitimidade no exercício do poder político advém das urnas, algo que

---

<sup>564</sup>REIS, Cláudio A. “**Todo o Poder Emana do Povo**”: O Exercício da Soberania Popular e a Constituição de 1988. Senado Federal. Estudos Legislativos: Volume I - Constituição de 1988: O Brasil 20 anos depois. Os alicerces da redemocratização, 2008.

<sup>565</sup> CF, art. 1º, parágrafo único: “Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição”.

<sup>566</sup> GOMES, José Jairo. **Direito Eleitoral**. Ob., cit., p. 42.

<sup>567</sup>REIS, Cláudio A. “**Todo o Poder Emana do Povo**”: O Exercício da Soberania Popular e a Constituição de 1988. Senado Federal. Estudos Legislativos: Volume I - Constituição de 1988: O Brasil 20 anos depois. Os alicerces da redemocratização, 2008.

deve ser respeitado. Poderá ser desconstituído? Sim. Mas em situações muito peculiares – como a prática de ilícitos previamente previstos na legislação, comprovada para além de dúvida razoável, munida de gravidade suficiente para quebrar a legitimidade do pleito ou de concretude apta a embargar a liberdade do voto.

### **3.1.2. A soberania popular como piso hermenêutico: o voto como expressão representativa e o princípio democrático como vetor de interpretação e de decisão na Justiça Eleitoral - a importância de uma postura minimalista no bojo da judicatura eleitoralista**

Toda e qualquer decisão judicial eleitoral que envolva demandas que questionem a participação de candidatos no pleito ou o resultado do pleito em si acabará, inexoravelmente, interferindo na soberania popular. A interferência poderá ser adequada ou não, mas sempre estará posta.

Na soberania popular reside um corolário indissociável do regime democrático, representando o gênero do qual emanam as duas espécies de direitos fundamentais, isto é, o núcleo essencial dos direitos políticos: a primeira, na forma ativa, representa o direito de sufrágio ou direito de votar (*ius singulii*); e a segunda, por sua vez, na forma passiva, representa o direito de elegibilidade ou o direito de ser votado (*ius honorum*).

Votar e ser votado, por sua vez, são direitos fundamentais de primeira grandeza num regime democrático. E mais: são verdadeiras condições de possibilidade para a democracia. Dessa diretriz, então, não devemos nos furtar, sendo que, aliás, por tudo isso, a soberania popular se materializa em um importante mecanismo de interpretação, vedando, por oportuno, interferências indevidas no processo eleitoral. Nesse percurso, consequentemente, nova questão de princípio desponta como relevante, isto é: quem escolhe os representantes populares é o povo, e só o povo.

Com a perspectiva de moralização da política, pode-se falar que o pior mal desse movimento, ao retirar milhares de pessoas do pleito eleitoral, mitigando a soberania popular, com certeza, “foi a possibilidade que deu ao Poder Judiciário Eleitoral de se imiscuir no cerne da escolha do povo dos partidos políticos para negá-la, com fundamento em uma apreciação moral do processo eleitoral”<sup>568</sup>. Em nome dessa moralidade, “todas as formas de restrição dos direitos fundamentais são admitidas e o

---

<sup>568</sup>FERREIRA, Marcelo Ramos Peregrino. **Da democracia de partidos à autocracia judicial**. Ob., cit., p. 300.

sofrimento último é do próprio regime democrático com menos candidatos, menos recursos e tempo para as campanhas, limitados os recursos de propaganda”<sup>569</sup>. Quanto mais a política falhar em proteger a sociedade e os ideais do constitucionalismo, consoante a assertiva de Abboud, “maior será a ascensão do populismo”<sup>570</sup>.

As eleições, por outro lado, cada vez mais se encontram judicializadas. E, ainda que a Justiça Eleitoral possa interferir nesse processo, inclusive por força constitucional, indeferimentos de registros de candidatura ou cassações, enquanto medidas de afastamento da soberania popular, devem ser legitimadas pela legislação, por elementos convincentes e em absoluta observância ao devido processo legal. Daí a necessária observância da soberania popular e da atuação, na dicção de Gilmar Mendes, da atuação minimalista da Justiça Eleitoral, a saber:

“[...] A Constituição Federal valoriza a soberania popular a despeito do valor das nossas decisões, dos critérios que usamos, e isso é muito relevante. A cassação de mandatos deve ocorrer em situações inequívocas. Temos de ter muito cuidado com as instituições. Estamos agora nos avizinando de 30 anos da Constituição de 88, a comemorar no próximo ano. É o mais longo período de normalidade institucional da vida republicana. Não devemos brincar de aprendizes de feiticeiros. Se se quer fazer o impeachment do presidente, que seja pelo processo normal. Eu disse a políticos que vieram aqui, de forma muito clara, que não tentassem usar a mão do Tribunal para resolver crise política, que não se aproveitassem desse tipo de situação, porque o Tribunal não é instrumento para solucionar esse tipo de problema. E essa é a questão que precisamos considerar. Não é por acaso que a Constituição estabelece essas exigências, porque, do contrário, banalizaria o mandato. E sabemos como isso tumultua todo o processo, como causa instabilidade. É muito fácil dizer que essa ação é como qualquer outra. Não, não é como qualquer outra. Aqui há um ethos constitucional que precisa ser levado em conta, tendo em vista a democracia. E dizer que se pode expandir o processo, que o art. 23 autoriza, há interesse público dentro dos marcos da legislação. O processo é garantia, não é voluntarismo, em outras áreas, inclusive. Mas, na área eleitoral, com maior razão, porque é esse o objeto que se tem de levar em conta. É muito fácil fazer discurso de moralismo. Todos nós queremos correção. Usar o direito para finalidades espúrias, ficar adequando decisões ao momento e aos interesses eventuais, não é coisa que se possa fazer. Direito não serve para isso. É essa história de direito achado na rua. Não é o que nós devemos fazer. Direito é segurança. Ruy Barbosa que dizia: "Se a lei cessa de proteger os nossos inimigos, cessa virtualmente de nos proteger". Também as instituições. Se o Judiciário passa a perseguir inimigos, daqui a pouco, não haverá mais mãos a medir, todos serão perseguidos. É preciso ter essa dimensão. Não colocar o direito a serviço de interesses, às vezes, pedestres. [...] Com efeito, enquanto medida de afastamento da soberania popular, a cassação de diploma pressupõe, além de provas convincentes e coerentes do ilícito

---

<sup>569</sup>Ibid., p. 300.

<sup>570</sup>ABBOUD, Georges. **Democracia para quem não acredita**. Ob., cit., p. 158.

praticado, que o processo tramite em absoluta conformidade ao devido processo legal, pois, conforme ressaltava o Min. Sepúlveda Pertence, ‘os mandatos republicanos são essencialmente - - limitados no tempo e improrrogáveis: por isso, a indevida privação, embora temporária, do seu exercício é irremediável, por definição’<sup>571</sup>.

A questão é que, em matéria de processo judicial eleitoral sancionador, deve prevalecer a escolha popular, só agindo, pois, a Justiça Eleitoral, se houver prejuízo a essa escolha. A atuação da JE há de se fazer de forma minimalista, com observância do princípio da proporcionalidade, evitando-se indevida alteração da vontade popular.

### **3.1.3.O Direito Eleitoral Sancionador para além do “complexo de Don Juan”:**

O maior dos algozes da democracia constitucional, conforme o alerta de Robert Musil, talvez seja mesmo a “suspensão da inteligência”<sup>572-573</sup>, que desponta, não raro, com força massiva, em momentos eventualmente coléricos. E não é da inteligência individual que falamos aqui, mas, sim, da inteligência em perspectiva coletiva, cuja suspensão faz apostar em um sobrestamento insuflado por uma espécie de efeito de enxurrada, que passa a apostar no agir com palavras de efeito e apelações linguísticas emotivistas. A primeira vítima aí é o Direito. Logo, a democracia.

Em seu “O Homem sem Qualidades” Musil retrata a história de Ulrich, um homem que não consegue se adaptar à sociedade na qual ele vive. Ulrich não é um homem sem qualidades, mas um sujeito com várias qualidades em um mundo sem semelhantes para absorvê-las, cultuá-las, vivê-las. Assim é que ele se vê deslocado em um cenário marcado pelo culto ao ser como peça de um maquinário, à praticidade, como se os atributos de Ulrich não fizessem parte de um conjunto de qualidades humanas, nem representassem os fundamentos de uma vida boa. O ser humano seria mera engrenagem de algo, abdicando da sua singularidade por um projeto ditado decima abaixo<sup>574</sup>. A iluminação intelectual restaria sufocada pelo propagar de uma “cultura” de simplificação de massa, onde a inteligência, como afirmou Orwell, “cederia à pressão

---

<sup>571</sup> BARCELOS, Guilherme. **Crítica Hermenêutica do Direito Eleitoral**. Ob., cit., p. 257.

<sup>572</sup>MUSIL, Robert. **O homem sem qualidades**. Ob., cit., p. 95-96.

<sup>573</sup> Novamente nos utilizando de exemplos mais extremados, que servem, entretanto, de alertas advindos da concretude do Mundo, vale citar Voegelin aqui, *literis*: “A estupidez não é criminosa em si, mas pode tornar-se criminosa pela circunstância social. Então, quem quer que, como estúpido, num lugar da sociedade em que não poderia estar, dá ordens ou tenta instruir outros, é um estúpido criminoso; e por causa disso ele se torna um criminoso, mesmo que ele próprio não entenda assim de maneira nenhuma” (VOEGELIN, Eric. **Hitler e os alemães**. São Paulo: Realizações, 2008, p. 143).

<sup>574</sup>MUSIL, Robert. **O homem sem qualidades**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2018.

confortável das frases e pensamentos pré-fabricados, assumindo como próprio o pensamento alheio, cujo significado último ela desconhece ou prefere ignorar”<sup>575</sup>.

O que eu me tornei para mim mesmo?<sup>576</sup> – a indagação perpétua de Ulrich era essa. A pergunta, para nós outros, imersos, pois, no âmbito da práxis jurídico-eleitoral, é: o que nós nos tornamos para nós mesmos? Mas, não apenas: e para os outros? Somos nós, os eleitoralistas, condensadores de insatisfações populares? Receptores e propagadores de palavras vazias de sentido e sem densidade normativa? Agentes populares subjugadores da autonomia do Direito em defesa dos anseios de viela? Cabe-nos, sobretudo no ato de decidir, visar combater à corrupção? Ou julgar questões eleitorais em prol da vontade popular ou da moral da Nação? Podemos passar por cima da normatividade constitucional para alegadamente “fazer o bem”, “promover o justo”, “combater a corrupção”<sup>577</sup> ou mesmo “empurrar a história”<sup>578</sup>? O Direito seria mera tecnicidade instrumental relegada aos fins almejados pelo intérprete? Responder afirmativamente a quaisquer dessas perguntas é negar-se, ato contínuo, “a defender e a preservar o direito”<sup>579</sup>, relegando-o a outros desideratos, assim como fazer propagar ideias rasas, nada reflexivas, retóricas e linguisticamente apelativas, além de simplificadoras de fenômenos complexos, num Direito Eleitoral “prêt-à-porter”<sup>580</sup>.

Desde há muito vemos o insuflar de posturas que vêm à cena para submeter a autonomia do Direito Eleitoral e do Processo Judicial Eleitoral a critérios discricionários, restando eivados de nuances axiológicas, como se o direito restasse a cabresto da moral, ou como se a moralidade eleitoral, diga-se, representasse um caminho aberto para a introdução de uma moral corretiva no direito – o final da parte I do texto demonstra isso às inteiras. Nesse prisma, a menção, decisória/doutrinária, reiterada a “padrões éticos aceitos pela civilização”, “valores éticos”, “valores de moralidade e probidade”, é simplesmente sintomática, ou confessional, mais do que aquilo.

---

<sup>575</sup> ORWELL, George. **Politics and the English Language**. In: ORWELL, George. *George Orwell: Essays*. London: Penguin, 2014, p. 355.

<sup>576</sup> WAISBERG, Maria Thereza. **O que eu me tornei para mim mesmo?** o Homem sem Qualidades e o caráter predatório da modernidade tardia. Orientador: Eda Teresinha de Oliveira Tassara. Tese (doutorado) – Universidade de São Paulo, Instituto de Psicologia, 2008.

<sup>577</sup> Se a “Lava-Jato” ensinou alguma coisa foi o fato de que juiz não é e nem deve se afigurar como um agente transformador da realidade, notadamente ao envolver a jurisdição criminal/constitucional. Juiz não faz política criminal. Ao pretender fazê-lo estará ignorando a sua função secular, que é a proteção dos direitos fundamentais contra o poder do Estado – o poder que controla o poder.

<sup>578</sup> Resta saber para onde se daria o empurrão. Sempre poderá ser para o abismo...

<sup>579</sup> ABOUD, Georges. **Direito Constitucional Pós-Moderno**. Ob., cit., p. 36.

<sup>580</sup> O termo é recorrentemente citado por Lenio Streck.

Do mesmo modo, não é de ignorar a incessante vinculação da “moralidade eleitoral” a “valores” e “interesses” pretensamente maiores que, por intermédio de uma espécie de “ponderação”, viriam a solapar direitos e garantias fundamentais, afastando-os do mundo prático. A moralidade eleitoral, vista como princípio, assim sendo, serviria apenas como um mecanismo de entrada de concepções moralistas no direito, algo como “*a moral exige que...*”, como se o Direito restasse subordinado a moral ou a argumentos de moral de quem quer que seja<sup>581</sup>.

De mais a mais, as circunstâncias nas quais o “princípio” (?) em debate é trazido como um simples ornamento retórico de decisões judiciais, são, de igual maneira, demasiado costumeiras, realidade que demonstra uma absoluta babel interpretativa, na qual imperam os voluntarismos<sup>582</sup>, naquilo que Rhuters intitulou de “voo cego”. Essa

---

<sup>581</sup> A crítica de Eros Grau, acerca do perigoso artifício da ponderação de princípios, é pertinente: “[...]. Juízes, especialmente os chamados juízes constitucionais, lançam mão intensamente da técnica da ponderação entre princípios quando diante do que a doutrina qualifica como conflito entre *direitos fundamentais*. Como, contudo, inexistente, no sistema jurídico, qualquer regra ou princípio a orientá-los a propósito de qual dos princípios, no conflito entre eles, deve ser privilegiado, essa técnica é praticada à margem do sistema, subjetivamente, de modo discricionário, perigosamente. A opção por um ou outro é determinada subjetivamente, a partir das pré-compreensões de cada juiz, no quadro de determinadas ideologias. Ou adotam conscientemente certa posição jurídico-teórica, ou atuam à mercê dos que detêm o poder e do espírito do seu tempo, inconscientes dos efeitos de suas decisões. [...]” (GRAU, Eros. **O direito posto e o direito pressuposto**. 7ªed. São Paulo: Malheiros, 2008, pg. 191).

<sup>582</sup> O seguinte acórdão originário do Regional do RS denota muito bem o que assentamos acima, isto é, a utilização recorrente do standard como mero ornamento retórico de provimentos judiciais, senão vejamos: “Ação de investigação judicial eleitoral. Representações. Abuso de poder. Art. 22, XIV e XVI, da Lei Complementar n. 64/90. Captação ilícita de recursos. Art. 30-A, caput e § 2º, da Lei n. 9.504/97. Captação ilícita de sufrágio. Art. 41-A, caput e § 2º, da Lei n. 9.504/97. Condutas vedadas. Art. 73, caput, inc. II e §§ 4º, 8º e 9º, da Lei n. 9.504/97. Eleições 2014. [...] 1. Abuso de poder político e de autoridade. Utilização da ascendência hierárquica para pressionar servidores públicos, detentores de função gratificada, em período extenso e próximo à eleição, a adquirir convites de valor expressivo para evento, a título de doação, sob ameaça de perda de benefícios. Conjunto probatório evidenciando a ocorrência de atos repetidos e continuados de coação e intimidação, em benefício da campanha eleitoral de candidato à reeleição ao cargo de deputado estadual, na época dos fatos exercendo a Presidência da Assembleia Legislativa do Estado. Demonstrada a prática do abuso de poder de autoridade, em ofensa à normalidade do pleito. Reconhecida a gravidade das circunstâncias a legitimar as sanções advindas do art. 22, XIV, da Lei das Inelegibilidades. 2. Captação ilícita de recursos. Ainda que aparente a legalidade no trâmite das doações, há, no caso, vício de origem, à medida que demonstrada a arrecadação através do uso da coação e ameaça dos doadores, afastando o pressuposto da voluntariedade de um contrato de doação. Relevância jurídica do ilícito praticado, diante do caráter altamente reprovável da conduta, restando adequada e proporcional a penalidade impingida pela norma. 3. Condutas Vedadas. Utilização de telefone funcional em benefício da campanha eleitoral, caracterizando indevida vantagem sobre os demais concorrentes ao pleito. Lesividade moderada da conduta, restando suficiente a reprimenda de multa ao candidato e à coligação. 4. Captação ilícita de sufrágio. Inexistência de prova robusta a corroborar a tese da compra de votos. Improcedência. *Comprovada a ocorrência de práticas ofensivas ao princípio constitucional da moralidade e aos ditames que pregam a legitimidade do pleito*, impõe-se a cassação do diploma e a declaração de inelegibilidade do candidato eleito e do representado coordenador da campanha. Cômputo dos votos obtidos em favor da coligação pela qual o representado candidato disputou o pleito. Procedência parcial da AIJE 2650-41. Procedência parcial da RP 2651-26. Improcedência da RP 2649-56. (Ação de Investigação Judicial Eleitoral nº 265041, Acórdão de 24/02/2015, Relator(a) DES. LUIZ FELIPE BRASIL SANTOS, Relator(a) designado(a) DESA. FEDERAL MARIA DE FÁTIMA FREITAS LABARRÈRE, Publicação: DEJERS - Diário de Justiça Eletrônico do TRE-RS, Tomo 34,

hierarquização não é encontrada no interior do Direito e nas boas práticas jurídicas, mas, sim, como fruto da consciência do intérprete-aplicador, denotando um cerco de arbitrariedade sofrido pelo Direito e pela sua autonomia. Cada um decide como quer, a partir da sua consciência, que adquire, aliás, caráter plenipotenciário<sup>583</sup>.

Reitere-se: o Direito Eleitoral e Processo Judicial Eleitoral não servem para “limpar a sociedade brasileira” ou para “purificar a nossa política”. Tampouco essa é tarefa do julgador. Precisamos, pois, respeitar a autonomia do Direito, evitando, sobremaneira, que ela seja solapada por trunfos retórico-argumentativos que são elevados como fontes do Direito apenas para justificar o que o intérprete quer decidir e já se decidiu de antemão - o uso desses lemas morais abstratos para tanto (voz das ruas, vontade da sociedade, opinião pública ou combate à corrupção) vem à tona para ornamentar, apenas.

Degenerar o Direito Eleitoral – e Processual Eleitoral – é degenerar a democracia constitucional e a democracia representativa, simplesmente porque a má decisão interferirá, por um lado, na autonomia do Direito, considerada como tal um escudo de proteção da própria ordem jurídica contra as influências externas – dos discursos de moral, de política, de economia, e, por outro, na democracia representativa, afinal, interferirá, sobremodo, no processo de escolha da representação popular e na própria escolha do eleitor. Se a Justiça Eleitoral, sendo provocada, poderá indeferir registros de candidatura ou cassar registros, diplomas e mesmo mandatos, e ela pode mesmo, a gravidade desse intento deve se dar mediante observância dos limites do direito, sendo premissa fundamental para tanto o afastamento do conteúdo jurídico das invasões linguísticas e finalísticas propostas por outros campos<sup>584</sup>.

---

Data 27/02/2015, Página 5)” – grifamos. Pois bem. O caso tratado, em linhas gerais, dava conta da prática de abuso de poder político e, também, de ilicitudes na arrecadação de recursos para fins eleitorais. Nada obstante a reconhecida transgressão à normativa de regência, o aresto acabou por trazer à colação o “princípio da moralidade eleitoral”, concluindo, em suma, que a violação do dito princípio constitucional daria azo à cassação do diploma do representado. Entretanto, no que a invocação deste enunciado traria maior normatividade ao enredo? Eis a questão. O Tribunal, vencido o relator, já não houvera concluído pela prática de abuso de poder político (art. 22) e pela arrecadação ilícita de recursos (art. 30-A)? Qual, portanto, seria a eficácia factual da invocação do presente standard (retórico)? A resposta é uma, apenas: nenhuma, denotando, pois, o caso, um exemplo clarividente da invocação do “princípio” (?) como um simples adereço ornamental, fruto de mera retórica.

<sup>583</sup>Porém, vale rememorar lição dos norte-americanos advinda em plenos debates constitucionais: “[...]. A lei é o rei; já que, da mesma maneira em que nos governos absolutos o rei é a lei, assim nos governos liberais a lei deve ser o rei” (MATTEUCCI, Nicola. **Organización del poder y libertad**. Trad.: Francisco Javier Ansuátegui y Manuel Martínez Neira. Madrid: Trotta, 1998, p. 164).

<sup>584</sup>Exemplos: a) verdade real (que, no Brasil, é um paradoxo em si, pois, se a “verdade real” (sic) é algo vinculado à era objetivista/essencialista, tem sido utilizada, aqui, como um alibi argumentativo destinado

Fala-se muito hoje em dia acerca da queda da política, por meio de um populismo contemporâneo, e da corrupção da linguagem<sup>585</sup>. Esse fenômeno, o ponto é este, pode surgir a partir do Direito também<sup>586</sup>. Basta que o intérprete, sobretudo o de destaque, passe a se afigurar como um poço de moral ou combatente da corrupção, sem freios ou limites, lançamento incessante mão de trunfos retóricos desvirtuando as pilastras do Estado de Direito e Democrático, incluindo-se aí as fontes do próprio Direito, para que o estrago seja feito. O que garante que o moralismo de um não passará a ser o moralismo de outro? Ou que o moralismo da tribuna não avance para o palanque<sup>587</sup>? Ou mesmo que não se voltará ao Judiciário? Nada garante. Se políticos não devem insuflar os medos populares com vistas à consolidação do seu projeto de poder, por que poderia o jurista fazê-lo para justificar/legitimar uma decisão judicial, com fins de agradar ouvidos alheios<sup>588</sup>? Respeitar o Direito e a sua autonomia é o caminho. Preservar o Direito é preservar a democracia, constitucional e eletiva.

---

justamente ao oposto, ou seja, ao subjetivismo que, ao final e ao cabo, dará vazão a uma postura desveladamente inquisitivista por parte do julgador); b) livre convencimento (motivado ou não, não importa); c) vilipêndios a ritos processuais (que são garantias, controles de poder), calcados em argumentos como “a prova é do juízo” ou “o juiz tem liberdade de apreciação e produção da prova”; d) acolhimento de provas extemporâneas, de surpresa, em afronta a ritos processuais, bem como ao princípio do contraditório; e com provas ilícitas acolhidas, a partir de “ponderações” (sic), com lastro em argumentos discricionários e abstratos e, como tais, facilmente manipuláveis, como o “interesse público” (de quem?) ou o “bem comum” (?), mesmo que a Carta impeça que qualquer indivíduo seja investigado, denunciado, processado e condenado com base em elementos probatórios obtidos por meios ilícitos; e) “provas” inquisitoriais fundamentando decisões judiciais; f) produção de provas por parte do Judiciário Eleitoral, que insiste em atuar na produção probatória, vindo a atacar, de morte, a estrutura do processo, que impõe, por força do princípio do contraditório, a paridade de armas entre as partes, além da equidistância que o julgador deve manter em face das mesmas; e g) a baixa constitucionalidade verificada no caso, especialmente vislumbrada a partir da aplicação de dispositivos legais claramente inconstitucionais, que, por sua vez, denunciam muito bem o cenário que paira sobre o Direito Eleitoral brasileiro, pautado que é em um nada velado protagonismo pretoriano ou, no caso, em um inquisitívismo indiscretamente arraigado (artigo 7º, §único, artigo 22, VIe artigo 23, todos da LC 64/90 em sua atual redação).

<sup>585</sup> Orwell mesmo já falava, em idos da década de 1940, que se o pensamento por subverter a linguagem, também seria verdade que as palavras poderiam adular o pensamento (ORWELL, George. **Politics and the English Language**. In: ORWELL, George. *George Orwell: Essays*. London: Penguin, 2014). Precisamos ter cuidado com os relativismos linguísticos dos tempos de hoje. A esse respeito, tb.:BEEK, Wouter. **Linguistic Relativism Variants and Misconceptions**. University of Amsterdam. PHD. 2012.

<sup>586</sup> Dentre outros, p. ex.: “Quando a sociedade decai, a linguagem é a primeira que se torna gangrenada. Por consequência, a crítica social começa com a gramática e o restabelecimento dos significados” (PAZ, Octavio. **The Labyrinth of Solitude and Other Writings**. Grove Press. 1994).

<sup>587</sup> LOWENSTEIN, Karl. **Dictatorship and the German Constitution: 1933-1937**. The University of Chicago Law Review, v. 4, 1937, p. 537-574.

<sup>588</sup> A forte crítica de Eneida Desirée Salgado, à qual adiro integralmente, é demasiado oportuna: “A perda de referência da Constituição para o controle abstrato de constitucionalidade já se mostra na decisão sobre a Lei Ficha Limpa (Lei Complementar nº 135/2010), em provocação capitaneada pelo Partido Popular Socialista e pela Ordem dos Advogados do Brasil. Embora não tenha sido respeitado o rito constitucional do processo legislativo (pois houve mudança na casa revisora e o projeto de lei não retornou à Câmara de Deputados) e as novas hipóteses desafiam diretamente a Constituição e notadamente a teoria dos direitos fundamentais (com interpretação pela aplicação a fatos anteriores e com prazos de restrição

Assim também o sendo no campo jurídico-eleitoral, onde é salutar o controle dos abusos de linguagem e de interpretação, que vêm sedimentados pela autoridade do intérprete, apenas, ou pelos seus desideratos, sob pena de relegarmos a democracia representativa ao arbítrio alheio<sup>589</sup>, transformando-se, quiçá, o espaço público-eleitoral em uma espécie de *juristocracy*, nos dizeres de Hirschl<sup>590</sup>.

O que legitimaria, a não ser pela autoridade de quem a profere, uma decisão judicial lastreada em fundamentos metajurídicos e abstratos, porquanto vagos de sentido, como “opinião pública”, “vontade da maioria” ou “anseios do povo”? Só mesmo um complexo de Don Juan através da via decisória.

Pode-se falar, inclusive, acerca do fenômeno que Laurence Tribe cunhou como *judicial populism*<sup>591</sup>, ou seja, quando os tribunais decidem movidos pela percepção das massas ou de certos grupos de pressão<sup>592</sup>, o que não apenas não é nada saudável por si, como abre espaço para que a última trincheira da cidadania (*our last best hope*)<sup>593</sup>, a jurisdição e o seu papel contramajoritário na proteção dos direitos fundamentais, seja simplesmente nulificada.

O Direito não serve para criar exceção. Ele serve para contê-la. Logo, não cabe, por oportuno, ao intérprete, promover ou ser o campo promovedor de uma espécie de “estado de exceção hermenêutico”. Ulisses e o canto das sereias, uma ótima alegoria. Amarremo-nos ao mastro. Somente assim conteremos o canto. O canto é esse fenômeno cristalizador do inundar do Direito Eleitoral por discursos de moralismo/populismo semântico, ora para almejar legitimar investidas por meio de fundamentos não sindicáveis, como a tutela de uma moral tão densa quanto fumaça relegada ao vento, ora

---

sem termo legal) e a Convenção Interamericana de Direitos Humanos (pela possibilidade de impedimento decorrente de decisão de órgão profissional e pela inexigibilidade de trânsito em julgado), a maioria do Supremo Tribunal Federal decidiu validar a lei. Seus principais argumentos foram o pedigree democrático da lei (facilmente recusável face ao procedimento de coleta de assinaturas e ante as emendas durante o processo legislativo) e sua caracterização como o ‘Estatuto da Ética e da Moralidade da Cidadania Política Brasileira’, que deve assim ser interpretado buscando garantir a ‘proteção dos interesses maiores de toda a coletividade’. [...]” (SALGADO, Eneida Desirée. **Populismo judicial, moralismo e o desprezo à Constituição**: a democracia entre velhos e novos inimigos. Revista Brasileira de Estudos Políticos | Belo Horizonte | n. 117 | pp. 193-217 | jul./dez. 2018).

<sup>589</sup> A esse respeito, ver: PIEPER, Joseph. **Abuse of Language, abuse of Power**. Ignatius Press, 1992.

<sup>590</sup> HIRSCHL, Ran. **Towards Juristocracy**: the origins and consequences of the New Constitutionalism. Harvard University Press, 2007, 296 p.

<sup>591</sup> TRIBE, Laurence. **The People Themselves**: judicial populism. New York: The New York Times. 2020.

<sup>592</sup> Ver também: DELLEDONE, Giacomo; MARTINICO, Giuseppe; MONTI, Matteo; PACINI, Fabio. **Italian Populism and Constitutional Law**: Strategies, Conflicts and Dilemmas. Cham, Switzerland: Springer Nature, 2020, p. 305.

<sup>593</sup> Na dicção de Tribe. Ver: TRIBE, Laurence. **Laurence Tribe on why the judiciary is ‘our last best hope’**. Washington D.C.: The Washington Post. 2017.

para dar vazão a não menos superficiais referências, como à clamores de uma população, imbuídas de uma voracidade oportunística despida de um maior senso crítico. O mastro é a Constituição, a normatividade constitucional, os direitos fundamentais e o seu papel contramajoritário, assentados justamente para conter a maioria da ocasião<sup>594-595</sup>.

### **3.1.4. Judicialização da política e ativismo judicial eleitoral: a diferença fundamental - contingência e comportamento**

Segundo Clarissa Tassinari a judicialização da política deveria ser compreendida como um fenômeno circunstancial, porquanto decorrente de um contexto de fortalecimento da jurisdição no pós-Segunda Guerra Mundial, e, ao mesmo tempo, contingencial, “[...] no sentido de que o Judiciário é chamado a intervir pela inércia de algum dos outros Poderes do Estado, apresentando-se, portanto, muito mais como fruto de uma conjuntura político-social”.<sup>596</sup> Nesse sentido, Valle<sup>597</sup> acertadamente afirma que a constitucionalização do direito após a Segunda Guerra Mundial, a legitimação dos direitos humanos e as influências dos sistemas norte-americano e europeu são fatores que contribuíram fortemente para a concretização do fenômeno da judicialização do sistema político, inclusive o brasileiro. Tais acontecimentos provocaram uma maior participação/interferência do Estado na sociedade, o que, em face da inércia dos demais Poderes, abriu espaço para a jurisdição, que veio a suprimir as lacunas deixadas pelos demais braços do Estado. Desse modo, o Judiciário passou a exercer um papel

---

<sup>594</sup> HOMERO. *A Odisseia*. 1ª ed. São Paulo: Principis, 2020.

<sup>595</sup> O contrário seria a institucionalização do que Kittrie, com mais profundidade, chamou, a partir de dois autores da década de 1970, de “Lawfare”, que não precisa possuir uma figura específica, ao contrário do que possa parecer ou do que muitos possam vir pensar, mas pode apanhar um grupo, ou mesmo fazer com que o Direito seja enfrentado como instrumentalidade facilmente manipulável com fins de atingir fins previamente consignados no horizonte, como “derrubar” alguém, sim, mas não apenas, podendo servir a intentos particulares, como projetos de poder à custa do Direito, sendo que os “caídos” seriam apenas “efeitos colaterais” desses intuitos mundanos. Sobre o tema, ver as maneiras de promoção do deturpado fenômeno, ou seja, a tríade apontada por Kittrie: escolha da lei, escolha da jurisdição e externalidades (KITTRIE, Orde F. *Lawfare: Law as Weapon of War*. Oxford University Press, 2016, 504 p). A respeito do uso desvirtuado do Direito, ver também: “‘Lawfare’ descreve um método de guerra onde a lei é usada como um mecanismo para atingir um objetivo militar. Embora, à primeira vista, se pudesse supor que a lei resultaria em menos sofrimento na guerra (e às vezes resulta), na prática muitas vezes produz comportamentos que comprometem a proteção dos verdadeiramente inocentes. Há muitas dimensões para o termo ‘lawfare’, mas a mais frequentemente adotada é uma manipulação cínica do império da lei e dos valores humanitários que ele representa” (DUNLAP, Charles J. *Law and Military Interventions: preserving humanitarian values. 21st Conflicts*. Disponível em: <http://people.duke.edu/~pfeaver/dunlap.pdf> Acesso em: 23 dez. 2023).

<sup>596</sup> TASSINARI, Clarissa. *A atuação do Judiciário em tempos de Constitucionalismo Contemporâneo*. Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas, Pouso Alegre, v. 28, n. 2, p. 41, jul./dez. 2012.

<sup>597</sup> VALLE, Vanice Regina Lírio do (Org.). *Ativismo jurisdicional e o Supremo Tribunal Federal: laboratório de análise jurisprudencial do STF*. Curitiba: Juruá, 2009, p. 32.

determinante na definição de certos padrões a serem respeitados. É praticável, portanto, como dizemos, identificar o fenômeno da judicialização da política como fruto do caráter dirigente e compromissório das Constituições, do surgimento e da consolidação dos Tribunais Constitucionais (na Europa e no Brasil), do aumento da litigiosidade e da inflação legislativa, do maior acesso à justiça e, ao fim e ao cabo, da crise da democracia.

Desse modo, torna-se perfeitamente possível (e correto) identificar o fenômeno da judicialização como decorrente de situações diversas, como o caráter compromissório e dirigente das Constituições, o aumento da litigiosidade e do acesso à justiça, a inflação legislativa em determinadas matérias, a crise da democracia com um “sem-número” de regulações das mais diversas etc. Sem contar, ademais, neste percurso, certo descontentamento com a classe política, que acaba, por meio de um perigoso imaginário desencadeado pela opinião pública, por conferir ao Judiciário um papel protetor (ou pai) da sociedade contra as mazelas da política e dos políticos. Por tudo, sobretudo, resta evidenciado que a judicialização da política, como espécie do gênero protagonismo judicial, é um fenômeno que independe dos desígnios dos membros do Poder Judiciário. A judicialização, definitivamente, é um fenômeno que exsurge da relação entre os Poderes do Estado, representando um fenômeno político-jurídico gerado pelas democracias hodiernas. A judicialização de questões políticas e sociais não depende de um ato volitivo do poder judiciário, mas, decorre da expansão da sociedade (que se torna cada vez mais complexa) e da própria crise da democracia, que tende a produzir um número gigantesco de regulações (seja através de leis, medidas provisórias, decretos, portarias, etc.) e que encontram seu ponto de capilarização no judiciário e, principalmente, nas questões cujo deslinde envolve um ato de jurisdição constitucional.<sup>598</sup>

A judicialização da política, conseqüentemente, não é um mal em si, mas algo de natureza contingencial e circunstancial, fruto de fatores múltiplos, e em especial no contexto das democracias modernas. Enquanto a judicialização pode ser considerada como um fenômeno contingencial, conforme Lenio Streck, a questão do ativismo, por outro lado, é extremamente mal compreendida no Brasil. Assim, um juiz ou tribunal

---

<sup>598</sup>OLIVEIRA, Rafael Tomaz de et al. **A jurisdição constitucional entre a judicialização e o ativismo: percursos para uma necessária diferenciação.**In: SIMPÓSIO NACIONAL DE DIREITO CONSTITUCIONAL, 10., 2012, Curitiba. **Anais...** Curitiba: ABDConst., 2013. Disponível em: <<http://www.abdconst.com.br/anais2/JurisdicaoRafael.pdf>>. Acesso em: 25 abr. 2024, p. 302.

incorre em ativismo [...] quando decide a partir de argumentos de política, de moral, enfim, quando o direito é substituído pelas convicções pessoais de cada magistrado (ou de um conjunto de magistrados; já a judicialização é um fenômeno que exsurge a partir da relação entre os poderes do Estado (pensemos, aqui, no deslocamento do polo de tensão dos Poderes Executivo e Legislativo em direção da justiça constitucional)<sup>599</sup>.

A principal diferenciação entre judicialização e ativismo, portanto, é que a judicialização é um problema das democracias contemporâneas, e tem por gênese uma pecha contingencial/circunstancial, o ativismo judicial é um fenômeno marcado por fatores de caráter comportamental, dependendo de um ato volitivo (ou de vontade) do órgão judicante. Noutras palavras, o ativismo ocorre quando o juiz ou o Tribunal decide por argumentos de moral ou de política e afins, de onde exsurge que o Direito (ou a sua autonomia) acaba sendo substituído pelas convicções pessoais do julgador. Não é distinto, por oportuno, o escólio de Oliveira et al., segundo o qual “[...] a judicialização é um fenômeno político gerado pelas democracias contemporâneas; ao passo que o ativismo é um problema interpretativo, um capítulo da teoria do direito (e da Constituição)”<sup>600</sup>. Portanto, judicialização e ativismo são espécies do gênero protagonismo judicial. Porém, enquanto aquela é notabilizada por fatores de natureza contingencial/circunstancial, este se caracteriza por um problema derivado de fatores de caráter comportamental.

Assim, o ativismo judicial exsurge no momento em que o magistrado não decide dentro dos limites estabelecidos pela Constituição, agindo de forma discricionária, questão perpassada, portanto, pelo problema hermenêutico da interpretação da Constituição<sup>601</sup>. E ele é sempre nocivo, valendo dizer: trata-se, pois, de uma disfunção.

### **3.1.5. Democracia e Justiça Eleitoral: o contramajoritarismo de dupla face e a relação entre representação, legitimidade e Justiça Eleitoral: desmitificando um aparente paradoxo (da “decisão” ao “como decidir”)**

Indaga-se: há antagonismo entre a democracia e a Justiça Eleitoral? Seria a Justiça Eleitoral uma instituição antidemocrática? Não há antagonismo entre a Justiça

---

<sup>599</sup>STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 589.

<sup>600</sup> OLIVEIRA, Rafael Tomaz de et al. **A jurisdição constitucional entre a judicialização e o ativismo: percursos para uma necessária diferenciação**. In: SIMPÓSIO NACIONAL DE DIREITO CONSTITUCIONAL, 10., 2012, Curitiba. Anais... Curitiba: ABDConst., 2013. Disponível em: <<http://www.abdconst.com.br/anais2/JurisdicaoRafael.pdf>>. Acesso em: 25 abr. 2024, p. 271.

<sup>601</sup> Ibid.

Eleitoral e a Democracia, ao menos não aprioristicamente. Na esteira do escólio de Clarissa Tassinari, não se busca, com esta afirmação, resgatar a contradição (ou a oposição) há algum tempo colocada e incitada entre democracia e Judiciário, mas provocar a reflexão sobre como entender a já reconhecida e legítima intervenção judiciária no interior de uma democracia substancial sem que haja prejuízos – em outras palavras, significa discutir limites à intervenção do Judiciário.<sup>602</sup> Impende referir, assim, que a Justiça Eleitoral ou, por que não, a jurisdição eleitoral, por si, não é incompatível com esse sistema. Ou seja: a democracia e a Justiça Eleitoral não são antagônicas, sobretudo, por oportuno, se a atividade desta estiver estritamente alinhada aos preceitos basilares daquela.

A Justiça Eleitoral, em linhas gerais, tem por função constitucional organizar, gerir e fiscalizar o processo eleitoral, e tal função, vale dizer, é tão importante quanto ter em mente que não há democracia sem eleições. Noutras palavras, tão relevante quanto termos eleições livres e periódicas, é que tais escrutínios transcorram com a normalidade, a lisura e a legitimidade que se requer de um pleito eleitoral realmente democrático, de modo a compatibilizar, verdadeiramente, a manifestação popular desencadeada neste processo com o resultado colhido nas urnas.

Entretanto, a Justiça Eleitoral tem sido chamada cada vez mais a se manifestar sobre as condutas praticadas por determinados candidatos a mandatos eletivos, muitas delas voltadas à captação ilícita de sufrágio, de forma direta ou indireta (estas expressadas em abusos de poder político ou econômico). Além disso, há, também, em número significativo, as impugnações aos pedidos de registro de candidatura. Tais fatos têm resultado em inúmeras cassações de registros (diplomas) e mandatos, tanto de vereadores, como de prefeitos e até de governadores. Em muitos casos, o eleito havia conquistado ampla maioria de votos, conferindo-lhe, em princípio, grande legitimidade popular<sup>603</sup>.

Diante desse cenário, de onde desponta a marcante juridicização dos processos eleitorais hodiernos, cumpre-nos (re)discutir o papel da Justiça Eleitoral brasileira,

---

<sup>602</sup> TASSINARI, Clarissa. A atuação do Judiciário em tempos de Constitucionalismo Contemporâneo. **Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas**, Pouso Alegre, v. 28, n. 2, p. 32, jul./dez. 2012.

<sup>603</sup> FARIA, Fernando de Castro. **O Estado Democrático de Direito e a decisão judicial eleitoral que impõe a perda do mandato eletivo**. Resenha Eleitoral, Florianópolis, v. 18, 2010. Disponível em: <<http://www.tre-sc.jus.br/site/resenha-eleitoral/edicoes-impresas/integra/2012/06/o-estado-democratico-de-direito-e-a-decisao-judicial-eleitoral-que-impoe-a-perda-do-mandato-eletivo>>. Acesso em: 9 abr. 2024.

dando enfoque primordial à questão envolta ao conteúdo das respectivas decisões, de modo a compatibilizá-las ao (novo) modelo advindo do Estado Democrático de Direito, a partir do qual ocorreu “[...] certo deslocamento do centro das decisões do Legislativo e do Executivo para o plano da justiça constitucional”<sup>604</sup>.

Dito de outro modo, se com o advento do Estado Social e o papel fortemente intervencionista do Estado, o foco de poder/tensão passou para o Poder Executivo, no Estado Democrático de Direito há uma modificação desse perfil. Inércias do Executivo e a falta de atuação do Legislativo passam a poder – em determinadas circunstâncias – ser supridas pelo Judiciário, justamente mediante a utilização dos mecanismos jurídicos previstos na Constituição que estabeleceu o Estado Democrático de Direito<sup>605</sup>. Isso, enfim, a toda evidência, na dicção de Streck, exigirá um rigoroso controle das decisões judiciais e dos julgadores. Afinal, se é inexorável que alguém tenha que decidir e se é inexorável o crescimento das demandas por direitos (fundamentais-sociais, principalmente) e com isso aumente o poder da justiça constitucional, parece evidente que isso não pode vir a comprometer um dos pilares sustentadores do paradigma Constitucionalista: a democracia<sup>606</sup>.

A Justiça Eleitoral, por seu turno, a partir do momento em que se encontra imersa nesse paradigma, porquanto disciplinada (e legitimada) pela Constituição de 1988, não escapa e não poderá escapar desse controle, ainda mais ao considerarmos a grande juridicização dos processos eleitorais dos tempos de hoje. Por isso, uma teoria da decisão é importante para nos assegurar dos limites desse espaço não alcançado pelo Judiciário; um espaço democraticamente garantido, para que nossa democracia não se transforme em uma juristocracia<sup>607</sup>.

No que tange à seara político-eleitoral, deve-se ter em vista a vontade popular e o protagonismo do povo no processo de sufrágio dos mandatários políticos, que, a despeito do fenômeno da judicialização das eleições, não pode (ria) restar à mercê de posturas apegadas a uma espécie de aposta (acrítica) no ativismo ou no protagonismo judicial. Necessário, portanto, preservar a Constituição e a democracia, sendo que o poder emana do povo e ao povo incumbe a escolha dos seus representantes.

---

<sup>604</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: Ob., cit., p. 64.

<sup>605</sup>Ibid., p. 65.

<sup>606</sup>Id.; Ibid.

<sup>607</sup>STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**. Ob., cit., p. 67.

A democracia e a Justiça eleitoral não são antagônicas. A CF, em seu artigo 118 ss., legitima constitucionalmente a instituição, atribuindo-lhe suas diversas competências. Porém, deve-se ter muito cuidado com o exercício da jurisdição eleitoral, de modo que a própria Justiça Eleitoral, se valendo do fato da marcante e sistemática judicialização dos escrutínios, não desempenhe uma postura ativista (no sentido de protagonista ou solipsista), algo a ser verificado a partir do conteúdo das respectivas decisões.

É preciso ter em mente que a atuação da Justiça Eleitoral deve ser amena, ponderada, ou, como diz o ex-ministro Presidente do TSE, Gilmar Mendes, “minimalista”, não havendo, por oportuno, campo para a imposição de cassações a granel, como temos visto, sobretudo nas instâncias inferiores. Cassações (ou indeferimentos) de registros, diplomas e mandatos eletivos são medidas extremas, demasiado extremas. Trata-se de algo grave que, além de desconstituir a possibilidade de escolha do eleitorado sobre determinada candidatura ou, até mesmo, a vontade popular já depositada nas urnas, repercute, de maneira profunda, no pleno exercício dos direitos políticos, considerada a restrição da capacidade eleitoral passiva por via reflexa (ou até mesmo direta sanção de inelegibilidade. Como tal, devem ser vistas, então, como a exceção. E, de mais a mais, como algo a ser justificado/legitimado em respeito a todos os princípios constitucionais e aos direitos fundamentais e às garantias individuais, como a ampla defesa, o contraditório, o devido processo legal, a inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos, a fundamentação das decisões judiciais etc. E essa legitimação, ou a sua demonstração, diga-se de passagem, é incumbência do órgão julgante que deve, necessariamente, demonstrar que a respectiva decisão se encontra alinhada aos pré-compromissos e ao paradigma da intersubjetividade (e não ao solipsismo do intérprete).

Em um Estado Democrático de Direito, comprometido, portanto, com a ordem constitucional, compete ao Judiciário Eleitoral, como bem afirma Fernando de Castro Faria, “[...] quando provocado, e observado o devido processo legal, decidir pela perda do mandato eletivo de candidato declarado inelegível ou que tenha incorrido em abuso, corrupção ou fraude”.<sup>608</sup> Porém, na esteira da própria lição de Fernando Faria, deve-se, para tanto, observar-se o devido processo em todo seu espectro e densidade normativa.

---

<sup>608</sup> FARIA, Fernando de Castro. **O Estado Democrático de Direito e a decisão judicial eleitoral que impõe a perda do mandato eletivo.** Resenha Eleitoral, Florianópolis, v. 18, 2010. Disponível em:

Pode-se falar aqui em um contramajoritarismo de dupla face: de um lado, o restabelecimento da legitimidade dos processos eleitorais maculados por ilicitudes em sentido amplo; de outro, o respeito aos direitos fundamentais dos envolvidos e a própria consideração da soberania popular e da democracia como importantes vetores de interpretação a evitar abusos – agora da Justiça Eleitoral mesma.

A afirmativa representa, no fim das contas, uma advertência para que haja um casamento da atividade jurisdicional que lida diretamente com o processo de composição da representação popular com um agir hermeneuticamente constitucional, não havendo como descurar que a sua má prestação acabará por interferir a ponto de macular a própria representação, direta ou indiretamente.

Noutras palavras: deve-se promover a compatibilização da jurisdição eleitoral com o paradigma do Estado Democrático de Direito, da democracia constitucional e do constitucionalismo contemporâneo. A uma democracia, ao final e ao cabo, deve corresponder, inexoravelmente, uma jurisdição democrática. Ao Judiciário Eleitoral, por sua vez, nesse ínterim, caberá decidir através de respostas constitucionalmente adequadas. Em argumentos de princípio e não através da moral ou da política; ou, ainda, em posturas objetivistas e/ou solipsistas absolutamente descompassadas.

Trata-se, então, de conciliar a atividade jurisdicional eleitoral com o constitucionalismo contemporâneo, de modo a evitar que a atividade judicante advinda desta justiça especializada, por meio de posturas absolutamente descompassadas, avance contra os preceitos inatos à democracia de direito. O contrário seria paradoxal: um poder imiscuído da defesa da legitimidade dos processos eleitorais atacando a democracia a partir das suas decisões.

### **3.1.6. Democracia e direitos fundamentais – os direitos políticos como condições de possibilidade do regime democrático**

A Constituição traz um capítulo sobre os direitos políticos, como conjunto de normas que regulam a atuação da soberania popular (arts. 14 a 16). Tais normas constituem o desdobramento do princípio democrático inscrito no art. 1º, parágrafo único, quando diz que o poder emana do povo, que o exerce por meio de

---

<<http://www.tre-sc.jus.br/site/resenha-eleitoral/edicoes-impresas/integra/2012/06/o-estado-democratico-de-direito-e-a-decisao-judicial-eleitoral-que-impoe-a-perda-do-mandato-eletivo>>. Acesso em: 9 abr. 2024.

representantes eleitos ou diretamente<sup>609</sup>. Em seu artigo 1º, parágrafo único, aponta o povo como sendo a origem e a fonte do poder. Consagra-se, assim, diz o eminente jurista, “[...] o princípio da soberania popular, que se viabiliza, regular e especialmente, através do voto”.<sup>610</sup> Por sua vez, este princípio basilar do Estado Democrático resta concretizado, na forma ativa, pelo sufrágio universal, pelo voto direto e secreto, plebiscito, referendo e iniciativa popular (CF, art. 1º, § único c/c art. 14, *caput*); e, na forma passiva, pelo direito de elegibilidade, ou seja, pelo direito de ser votado, de modo a possibilitar a ocupação dos Cargos Eletivos do país. Tal participação se dá, portanto, por meio do exercício dos direitos políticos.

Os Direitos Políticos, nesse desiderato, podem ser conceituados como direitos fundamentais de participação política, a serem materializados, de forma ativa, pelo direito de votar (sufrágio) – e também pelos mecanismos de democracia direta, como o plebiscito, o referendo e a iniciativa popular, e de maneira passiva, pelo direito de ser votado (elegibilidade). Trata-se, enfim, de um conjunto de mecanismos que preceituam as relações sócio-políticas de uma sociedade democrática.

O regime representativo desenvolveu técnicas destinadas a efetivar a designação dos representantes do povo nos órgãos governamentais. A princípio, essas técnicas aplicavam-se empiricamente nas épocas em que o povo deveria proceder à escolha dos seus representantes. Aos poucos, porém, certos modos de proceder foram transformando-se em regras, que o direito positivo sancionara como normas de agir. Assim, o direito democrático de participação do povo no governo, por seus representantes, acaba exigindo a formação de um conjunto de normas legais permanentes, que receberá a denominação de direitos políticos<sup>611</sup>. Os direitos políticos, como direitos fundamentais que são, manifestam-se como frutos diretos de um salto civilizatório, cujo resguardo é, ao final e ao cabo, tarefa indissociável de um regime democrático. Daí que os direitos políticos, vale reiterar, são condições de existência de um Estado democrático constitucional.

Logo, importa questionar: qual a natureza jurídica dos direitos políticos? E mais: qual a relação existente entre direitos políticos e democracia, no final das contas? Os direitos políticos são direitos fundamentais e encontram total respaldo na Declaração

---

<sup>609</sup> SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 329.

<sup>610</sup> CÂNDIDO. Ob., cit., p. 80.

<sup>611</sup> SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. Ob., cit., p. 329.

Universal dos Direitos Humanos, na Convenção Interamericana de Direitos Humanos e na Constituição da República Federativa do Brasil (1988). Democracia e direitos fundamentais se encontram em um condicionamento recíproco. Por sua vez, especificamente, os direitos políticos, como direitos fundamentais de participação política que são, representam verdadeiras condições de possibilidade para o regime democrático. Dito de outra forma, não há democracia sem direitos políticos. E sem direitos políticos, igualmente, não haverá democracia.

As ideias de “democracia representativa” e de “democracia constitucional”, nas quais se assentam os direitos políticos, compõe-se de requisitos basilares (Estado de Direito e império da Constituição, separação de poderes, soberania popular, limites constitucionais aos poderes constituídos, respeito às minorias, eleições livres, autênticas e periódicas, direitos fundamentais e sociais, etc.), que são essencialmente os mesmos na cultura do constitucionalismo pós-segunda guerra e, por oportuno, nos sistemas de proteção internacional.

Os direitos políticos, por sua feita, carregam em si dois aspectos demasiado acentuados: o direito ao exercício do poder político constituído e o direito a eleger quem deve exercê-lo. Daí que os direitos políticos são direitos fundamentais de importância salutar, fazendo possível o jogo democrático. Não há democracia sem eleições livres, autênticas e periódicas. No regime democrático o poder emana do povo, que o exerce principalmente de maneira indireta, através de representantes eleitos para tanto. Se a soberania política recai sobre o povo, há de haver meios para que essa supremacia popular reste materializada. E é nesse percurso que adentram os direitos políticos, como direitos fundamentais de participação política do povo, materializados, notadamente, pelo votar e ser votado. Trata-se, portanto, de condições de existência da democracia. Assim sendo, registre-se: é salutar ter em conta que qualquer tentativa de menoscabo destes direitos (fundamentais), algo tão recorrente na história recente do Direito Constitucional e Eleitoral brasileiro, é atentar contra o próprio regime democrático.

Nada obstante, sustentados num forte apelo midiático contra a política, não são poucos os que festejam qualquer espécie de inovação legislativa tendente a restringir o número de candidatos. Como não se pode restringir o direito político de ser candidato sem comprometer o direito político de votar, aqueles que tomam a sério o direito fundamental de participação política do cidadão, facilmente, compreenderão que, ainda que uma ou outra restrição se mostre necessária, ela apenas se justificará em situações e

diante de motivos de considerável relevância constitucional<sup>612</sup>. Em resumo qualquer restrição ao sufrágio, seja no que diga respeito à capacidade política ativa, seja no que respeite à capacidade política passiva, deve submeter-se ao que a teoria constitucional, contemporaneamente, designa como “limites dos limites”, entre os quais sobressaem o princípio da proporcionalidade e a garantia do conteúdo essencial do direito fundamental. No caso do sufrágio, tenho séria e honesta dúvida se a legislação do chamado “fichalimpismo” no Brasil alcançou respeitar esses limites<sup>613</sup>.

Com efeito, é demasiado temerário que, cada vez mais, movimentos repressivistas coloquem a crista em evidência objetivando, a todo o momento, imporem restrições ao exercício destas prerrogativas genuinamente democráticas, tudo com base em discursos demagógicos, populistas e/ou moralistas ou de moralidade (subjéctiva, evidentemente).

Segundo Jorge Miranda, a eleição política é uma força de selecção, ou seja, uma actividade pluripessoal, que envolve também destinatários plurais e a possibilidade de opção entre os eleitores. Dito de outro modo, as eleições representariam um “[...] ato coletivo, no âmbito do qual há a soma de vontades direccionadas num mesmo sentido para a produção de um efeito de direito, ou seja, a designação dos governantes”<sup>614</sup>. Não há democracia sem eleições livres, autênticas e periódicas. No regime democrático o poder emana do povo, que o exerce principalmente de maneira indirecta, através de representantes eleitos para tanto. Se a soberania política recai sobre o povo, há de haver meios para que essa supremacia popular reste materializada. E é nesse percurso que adentram os direitos políticos, como direitos fundamentais de participação política do povo, materializados, notadamente, pelo votar e ser votado. Consequentemente, os direitos políticos são condições de possibilidade para a democracia.

### **3.1.7.A preservação da autonomia do Direito na seara eleitoral - os três de níveis de observância**

*“O real, sendo meramente ímpeto, não conhece limites e, sem o contrapeso do ideal, transforma-se no poder que empurra a presença para a desordem e o caos.”<sup>615</sup>.*

---

<sup>612</sup> GUEDES, Néviton. **O poder de limitar a cidadania também encontra limites**. Revista Consultor Jurídico, São Paulo, 16 abr. 2013. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-abr-16/constituicao-poder-poder-limitar-cidadania-tambem-encontra-limites>>. Acesso em: 10 abr. 2024.

<sup>613</sup> Ibid.

<sup>614</sup> MIRANDA, Jorge. **Direito Constitucional III**. Direito Eleitoral. Direito Parlamentar. Lisboa: Associação Acadêmica da Faculdade de Direito de Lisboa, 2003. p. 38.

<sup>615</sup> SCHELLING, Friedrich Wilhelm. **Über das Wesen der menschlichen Freiheit**. Stuttgart: Reclam, 2021, p. 30.

Para Rhuters, como advertiu Georges Abboud, só é possível pensar ciência jurídica “se os problemas do fundamento do direito forem examinados teoricamente”<sup>616</sup>. A pergunta crucial é se os juristas desejam conhecer o que fazem, ou se preferem viver desorientados. A resposta a esta pergunta define a importância da teoria do direito, que possibilita aos que dele se ocupam refletir sobre seu trabalho e sobre as consequências do seu ofício diário<sup>617</sup>. O moralismo persecutório, a seu turno, oblitera a teoria jurídica autêntica, “promovendo, no seu estado mais puro, a unidade entre direito e moral”<sup>618</sup>, como se o fundamento de legitimidade do Direito Eleitoral Sancionador fosse uma ideia de moralização ou purificação da política, à custa, todavia, da autonomia do Direito.

Os exemplos já estão dados na primeira parte. E aqui mesmo, o seguem. Nesta parte que vem para demonstrar a nocividade desse moralismo que impera na esfera pública brasileira desde há muito, não apenas na política, mas no Direito.

Há determinados males que, a despeito de existirem desde sempre, permanecem na penumbra, muitas vezes camuflados por outras ideologias sociais, e que somente afloram quando – e se – um raio de luz o projete. Eis o caso da corrupção em nosso país. Com efeito, a estridência de escândalos, muitos de proporções inéditas, expôs, às escâncaras, a face mais perniciosa da indecência no trato do dinheiro público, permitindo que a corrupção se tornasse o inimigo da vez a ser duramente rebelado pela sociedade<sup>619</sup>. Nos últimos tempos, quando falamos sobre o problema da corrupção, conjugamos, neste contexto, também a figura da chamada corrupção eleitoral, que denota a realidade perniciosa que, porventura, pode vir a permear determinada(s) disputa(s) eleitoral(ais).

Tanto a corrupção pública, quanto à corrupção eleitoral propriamente dita são males que merecem ser combatidos, sem dúvidas. Em verdade, a corrupção, em si, não é privilégio de um governo ou de outro (não que alguns não sejam notáveis pela prática, reconhecemos), tampouco uma característica a ser atribuída isoladamente a determinado momento histórico. Trata-se, por estas bandas, de algo que nos acompanha desde a

---

<sup>616</sup>ABBOUD, Georges. Direito Constitucional pós-moderno. Ob., cit., p. 157.

<sup>617</sup>ABBOUD, Georges. **Direito Constitucional pós-moderno**. Ob., cit., p. 157; tb. RHUTERS, Bernd. **Teoría del Derecho**: concepto, validez y aplicación del Derecho. Bogotá: Editorial Temis, 2018, p. 19.

<sup>618</sup>Ibid., p. 157.

<sup>619</sup> IBCRIM. **Boletim**. Publicação do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais. Ano 23 – n° 277 – dezembro/2015, p. 01.

aurora da Nação, e que, além disso, se encontra disseminado no seio da sociedade, na “microfísica do poder” (Foucault)<sup>620</sup>, não sendo, aliás, monopólio da classe política. E, quiçá, das campanhas eleitorais, gerais (presidenciais e afins) ou locais (municipais).

O fato é que se trata de algo presente - marcadamente presente - no DNA do Estado e da sociedade brasileira, e que a todos rodeia, enquanto *seres-no-mundo* que somos. Logo, se quisermos, ali adiante, erguer, definitivamente, uma sociedade mais justa e solidária (tal e qual prevê a Constituição da República), deveremos, sim, combater esta praga incrustada desde há muito na esfera das instituições e comunidade brasileiras. Por oportuno, já no que se refere especificamente à seara eleitoral em sentido estrito, pensamos que tal atenção deve, também, ser dispensada quanto ao curso das campanhas eleitorais, até mesmo para objetivar o controle de eventuais condutas ilícitas que, porventura, possam vir a ser praticadas no decorrer das disputas, de modo a desvirtuarem a liberdade de voto do eleitorado, a igualdade de oportunidades entre os concorrentes, a normalidade, a lisura e a legitimidade dos escrutínios.

Porém, a questão a ser perquirida não é a ação nesse sentido, mas sim como ela se dar. Noutras palavras, o ponto de estofo não é o agir, mas o como agir. E aí reside o grande problema. Ou o busílis da matéria. Sobretudo nos tempos marcados por grande comoção social, justificável ou não, não é raro que surjam medidas que, apesar de bem-intencionadas, são construídas de maneira demasiado questionáveis (a nós, um exemplo clarividente desse fenômeno é a chamada Lei da “Ficha Limpa” ... outro é a “Lava-Jato”). Muitas dessas medidas podem ser erguidas em detrimento da própria principiologia constitucional, materializadas por um viés eminentemente populista que, a despeito de defender o país dos malfeitos à coisa pública ou aos processos eleitorais, avançam, direta e inexoravelmente, contra a Constituição. Também, não raramente, figuras das mais diversas se arvoram da condição de justiceiros e, com lastro em posturas absolutamente solipsistas, acabam por fazer tabula rasa de direitos e garantias consagrados como produtos de um salto civilizatório dado ao longo da história.

Nesse contexto, o que nos preocupa “[...] e deveria também preocupar todos os que compartilham do mesmo ideal de construção de uma sociedade mais justa e democrática é a *maneira* pela qual se pretende enfrentar esse mal da corrupção”<sup>621</sup>. Em

---

<sup>620</sup> FOUCAULT, Michel. **Microfísica do poder**. São Paulo: Paz e Terra, 2021.

<sup>621</sup> IBCRIM. **Boletim**. Publicação do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais. Ano 23 – n° 277 – dezembro/2015, p. 01.

outras palavras, o elogiado ideal de eliminação da corrupção, em vez de levar ao aperfeiçoamento do sistema público de administração e de justiça, pode implicar um retrocesso legal, que até pode se prestar a saciar em parte os anseios momentâneos, mas que, paradoxalmente, corre o risco de se relevar em um próprio incremento do mal combatido<sup>622</sup>. Ou seja, combater à corrupção (eleitoral ou não) sob o ataque de direitos fundamentais, além de algo antidemocrático e inconstitucional, nada mais faz do que alimentar a própria corrupção do sistema eleitoral. Simples assim.

Além disso, apostar, tardia e acriticamente, em uma espécie de protagonismo judicial desenfreado na arena político-eleitoral nada mais é do que relegar a um segundo plano a soberania e o protagonismo do povo na escolha dos seus representantes, também em ataques diretos ao princípio democrático. Logo, é missão de todos aqueles preocupados com a manutenção e consolidação do Estado Democrático de Direito (ao contrário dos demagogos e dos populistas que surgem como messias nesses cenários de revolta popular) o rechace absoluto a estes desrespeitos solenes à Constituição.

Na dicção de Jacinto Nelson de Miranda Coutinho, se se tem no Brasil “uma ‘Constituição Cidadã’ e que aponta na direção da civilidade, tudo que venha de encontro a ela aponta na direção da barbárie porque, como se sabe, tende a suprimir direitos e garantias constitucionais que não são de alguns, mas de todos”<sup>623</sup>. Logo, “[...] ninguém é a favor ou pode ser a favor da corrupção; mas ninguém está autorizado a passar por cima da Constituição da República e demais leis e, antes, pelos seus fundamentos, seja lá por que for; e em nome de quem for, por mais nobre que possa parecer o motivo e ainda que ele seja o combate à corrupção. A corrupção, enfim, combate-se com os meios democráticos que se têm à mão; e nunca fora deles”<sup>624</sup>.

A Constituição é o esquadro e o compasso da ordem jurídica, de tal maneira que qualquer que seja o fim, ela deve, necessariamente, ser respeitada. Do contrário instalar-se-á, logo ali, a verdadeira barbárie. E mais: neste universo em que, advindos do campo da política, da moral e da economia, os discursos predatórios da autonomia do direito buscam incessantemente enfraquecê-la, cada vez mais se torna crucial discutir as condições de possibilidade da validade do direito. Com efeito, o direito deve ser

---

<sup>622</sup> Ibid., p. 01.

<sup>623</sup> COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **MPF: As 10 medidas contra a corrupção são só ousadas?** IBCRIM. Boletim. Publicação do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais. Ano 23 – nº 277 – dezembro/2015, p. 02-03.

<sup>624</sup> Ibid., p. 02-03.

resguardado naquilo que é a sua principal conquista, isto é, o seu profundo grau de autonomia, justamente contra a interferência de elementos extrajurídicos que visam subordiná-lo – voz das ruas, vontade da maioria, moralização da política etc.

Não é novidade, neste contexto, que há, na esfera do Direito Eleitoral e Processual Eleitoral, uma aposta considerável no protagonismo judicial. Dito de outro modo, por estas trincheiras, não há muito de novo ou distinto com relação aos outros ramos do direito nacional. A acusação ao solipsismo tribunalício é cristalina. E isto se perfaz ao gosto (e com o apoio) da maçante maioria dos eleitoralistas desta terra que, aliás, em parte, atribuem um papel basicamente “heroico” aos tribunais, no que se refere a uma “(neo)cruzada” no combate à corrupção pública ou à corrupção eleitoral propriamente dita. Igualmente, não são raros os momentos de desespero coletivo, que dão azo a um imaginário que acaba por respingar no âmbito da jurisdição (vide lei da “Ficha Limpa”).

Noutras palavras, em contraponto absoluto àquilo que o Gilmar Mendes, preocupado com a interferência demasiada (e, portanto, indevida) no processo de escolha da representação popular, chama de atuação minimalista e responsável da Justiça Eleitoral, paira no ar uma nada velada ode ou louvação ao ativismo pretoriano, algo que, no final das contas, pode ser percebido com a invocação de álibis argumentativos como “o livre convencimento”, a “livre apreciação das provas”, a “*mens legis*” ou “finalidade da norma” (em verdade, é o “decido e depois fundamento”, como se pudessemos alcançar o final da trilha sem percorrer o caminho), inversões no ônus da prova (veja que, em pleno século XXI, ainda não sabemos quem deve provar o que em um processo regido pelo sistema acusatório), na presença de argumentos de moral ou de política para justificar determinada decisão, na “ponderação de valores” para nulificar direitos fundamentais, provas inquisitoriais sendo utilizadas para balizar condenações etc.

É evidente que a política brasileira apresenta problemas. Não menos evidente o é que, no curso das campanhas, poderá haver eventuais ilegalidades. Ocorre, no entanto, que em nome do direito e da democracia, não poderemos fragilizar o direito, tampouco a democracia. Seria um paradoxo, não?

Logo, sob o pálio de defesa da democracia ou da lisura, normalidade e legitimidade dos processos eleitorais, não há como, por exemplo, relativizar-se direitos

fundamentais, mesmo que o imaginário popular assim requeira<sup>625</sup>. Quiçá, neste mesmo percurso, poderão ser utilizados argumentos de moral e de política de modo a interpretar-aplicar o direito, fragilizando a sua autonomia. E, muito menos, dar vazão a uma postura imbuída por um viés pragmático no âmbito dos processos judiciais eleitorais, como se a democracia fosse um fim em si mesma, os fins justificassem os meios e as regras do jogo fossem apenas um engodo a serviço da dita impunidade. Deve-se decidir por princípios! Não pela moral, tampouco pela política. Decidir por princípios, enfim, significa não ser consequencialista nos moldes da análise moralista do Direito (Streck). Casuísmos morais e políticos, definitivamente, não representam algo que se desenvolva na arena (da jurisdição) democrática. Tampouco no bojo do Direito Eleitoral Sancionador.

A consequência pelo agir desses atores, cada qual a seu modo, promove um fenômeno comum, que poderíamos intitular de “estado permanente de tensão”, a partir do qual o Direito Eleitoral Sancionador permanece sempre em risco de ataque, isso por meio dos seus predadores. Já os predadores são exógenos ou endógenos<sup>626</sup>. Os exógenos são: moral, economia e política. E os endógenos são: subjetivismo, decisionismo, ativismo, pamprinciologismo, ponderação, entre outros<sup>627</sup>. Quanto aos primeiros, não há dúvidas de que a seara jurídico-eleitoral sofre os influxos de dois deles, principalmente, ou seja, o moralismo e a política autofágica. No que tange aos segundos, de todos eles, sem exceção. A democracia, daí em diante, também se encontra em risco, seja em sua manifestação eleitoral, seja em perspectiva constitucional. Se o Direito sucumbe aos seus predadores, a democracia entra em risco, alerta Lenio Streck<sup>628</sup>. Entra e fica. E não é diferente quanto ao Direito Eleitoral, valendo lembrar que reduzir o espectro de normatividade dos direitos fundamentais aqui não possui apenas o efeito imediato, no que se refere às partes, mas o efeito mediato, quanto à cidadania e a soberania popular em seu matiz sufragista, produzindo, inclusive, uma “ilusão de legalidade” em sede de direito degenerado, na dicção de Abboud<sup>629</sup>, além de

---

<sup>625</sup> Essa situação ficou presente quando do julgamento das ADC 29 e 30 e ADI 4578, que versou acerca da (in)constitucionalidade da rumorosa lei da “Ficha Limpa”. A “Lava-Jato”, dito foi, é filha disso.

<sup>626</sup> A ideia e os termos são de Lenio Streck, a saber: RODAS, Sergio. **Para investigar epidemia que assola o Direito, Lenio traça seis modelos de professor**. Revista Consultor Jurídico. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-jun-22/lenio-traca-modelos-professor-investigar-epidemia-direito/>. Acesso em: 05 jan. 2024.

<sup>627</sup> Ibid.

<sup>628</sup> Id.; Ibid.

<sup>629</sup> ABBOUD, Georges. **Direito Constitucional Pós-moderno**. Ob., cit., p. 146.

uma “ilusão fatal”, na defesa de Ernst Fraenkel<sup>630</sup>, como se dar vazão a uma semântica de moralidade, ou de combate à corrupção funcional ou eleitoral, passando por cima de direitos fundamentais, seja por legislação, seja por decisão judicial, bastaria para inaugurar no Brasil uma sociedade livre, justa e solidária. Ou mesmo limpidez e eficiência no bojo da administração pública – basta olhar e ver que alguns dos governos, capitaneados pelos maiores defensores desse tipo de investida regulamentar, que desencadeou o diploma mais característico do movimento moralista ruptural da legalidade constitucional, foram envolvidos em grandes denúncias de corrupção, muitas delas comprovadas e em larga escala, não apenas por agentes políticos, mas servidores em geral. Trata-se, dito de outro modo, de um tiro com múltiplos alvos. A luta é (e deve ser) pela autonomia do Direito. Agora, “se a própria Constituição for posta em xeque, mesmo que em decisões isoladas, e mesmo por quem for responsável por defende-la, estaremos diante do uso autoritário do Direito”<sup>631</sup>.

Falar em autonomia do Direito representa, metaforicamente, como diz Lenio Streck, “blindagem ou resistência contra os seus predadores ‘naturais’, exógenos (como a moral, a política e a economia) e endógenos (os discursos voluntaristas, o pamprinciologismo, as ponderações, os dualismos metodológicos, a discricionariedade etc.)”<sup>632</sup>. Trata-se, portanto, de uma proteção do Direito – e do Direito Eleitoral Sancionador – contra investidas de fatores externos e argumentos/fundamentos extrajurídicos. Falemos, então, da tipologia de níveis de autonomia do Direito, traçando alguns paralelos com a obra de Van Hoecke, em seus três níveis – fraco, médio e forte<sup>633</sup>, que não se excluem, mas se completam ou complementam.

### 3.1.7.1. Autonomia em seu sentido fraco

O sistema jurídico é diferente da moral, da religião e de outros sistemas, como a política. O Direito Eleitoral é Direito. Não é política ou filosofia moral. Logo, “esse

---

<sup>630</sup> FRAENKEL, Ernst. **The Dual State**: a contribution to the Theory of Dictatorship. Oxford: Oxford University Press, 2017, p. 168.

<sup>631</sup> ABOUD, Georges. **Direito Constitucional Pós-moderno**. Ob., cit., p. 150.

<sup>632</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de Hermenêutica**. Ob., cit., p. 32.

<sup>633</sup> VAN HOECKE, Mark. **Legal Orders Between Autonomy and Intertwinement**. In: LADEUR, Karl-Heinz (Org.). **Globalization and Public Governance – A Contradiction?** London and New York: Routledge, Taylor & Francis Group, 2017, p. 180-181; tb. ABOUD, Georges. **Direito Constitucional Pós-moderno**. Ob., cit., p. 192 ss.

primeiro grau de autonomia é essencial para assegurar que o sistema jurídico possa ser identificado em relação aos demais”<sup>634</sup>. Eis o primeiro nível de observância.

### **3.1.7.2. Autonomia em seu sentido médio**

Trata-se do segundo nível de observância, que é dado pela autonomia da linguagem e pela autonomia da argumentação. A profissionalização dos operadores do direito reforça a autonomia do direito, por conferir autonomia linguística, de cariz técnico, mediante a criação de conceitos próprios e conferindo significado específico às palavras usadas nos principais instrumentos jurídicos, e. g., lei, contrato etc.<sup>635</sup>. Com a autonomia da linguagem, se cria a autonomia da argumentação por meio de raciocínios e argumentos aceitos na discussão jurídica. Ou seja, no direito se utiliza argumentos e fundamentos distintos de outras formas de discursos como o econômico, político e religioso. Por fim, essa autonomia metodológica e linguística promove uma autonomia doutrinária<sup>636</sup>. Se o discurso da argumentação do direito deve obrigatoriamente ser diferente do discurso econômico, político, moral ou religioso, com maior razão os fundamentos da decisão devem estar alinhados à gramática do direito<sup>637</sup>.

### **3.1.7.3. Autonomia em seu sentido forte**

Esse nível é dado pela autonomia institucional. E ela se divide em: autonomia formal, autonomia processual e autonomia substantiva. A autonomia formal lida com instituições próprias. E a autonomia processual com “procedimentos próprios para a elaboração do direito e para o seu julgamento”<sup>638</sup>. O sistema jurídico terá autonomia institucional mais desenvolvida se houver a profissionalização das pessoas que lidam com a criação e a aplicação da lei. Trata-se da gramática jurídica a ser seletiva e preservada<sup>639</sup>. Já a autonomia substantiva “é a autonomia do sistema para tratar os dados externos”<sup>640</sup>. E, ao lidar com critérios externos, é que o Direito precisa reconhecer as suas ameaças, como o moralismo. Negar a autonomia do Direito, como diz Georges Abboud, “equivale a abrir o sistema jurídico para a degeneração”<sup>641</sup>.

### **3.1.7.4. Um Direito Eleitoral a serviço de quê(m)?**

---

<sup>634</sup>VAN HOECKE, Mark. **Legal Orders Between Autonomy and Intertwinement**. Ob., cit., p. 180; ABBoud, Georges. **Direito Constitucional Pós-moderno**. Ob., cit., p. 193.

<sup>635</sup>ABBoud, Georges. **Direito Constitucional Pós-moderno**. Ob., cit., p. 193.

<sup>636</sup> Ibid., p. 193.

<sup>637</sup> Id.; Ibid.

<sup>638</sup> ABBoud, Georges. **Direito Constitucional Pós-moderno**. Ob., cit., p. 193.

<sup>639</sup> Ibid., p. 193.

<sup>640</sup> Ibid., p. 194.

<sup>641</sup> Id.; Ibid.

O Direito Eleitoral é o ramo do direito público encarregado de disciplinar o processo de escolha da representação popular, que se dá mediante eleições – espera-se que livres, justas e periódicas (*free and fair elections*), garantido o sufrágio universal e igual para todos e o voto secreto, ou seja, a liberdade de escolha<sup>642</sup>. Trata-se, noutras palavras, do marco regulatório tendente a abrigar as regras norteadoras dos escrutínios, desde aquelas relativas ao alistamento ou cadastro eleitoral até o ato que encerra efetivamente a disputa, ou seja, a diplomação dos eleitos. É, pois, o ramo do conhecimento jurídico vetor do processo de sufrágio dos nossos representantes políticos.

O direito eleitoral é um instrumento de garantia da democracia, isto é, uma técnica jurídica a partir da qual se pretende assegurar a certeza na outorga da representação popular. Para Manuel Aragón somente merece o nome de direito eleitoral aquele que, baseando-se no sufrágio universal, igual, livre, direto e secreto, “[...] de modo que se garanta a livre concorrência e a igualdade de oportunidades na contenda eleitoral, assim como a confiabilidade dos resultados produzidos nas votações”<sup>643</sup>.

Nesse prisma, justamente nesse prisma, é que o Direito Eleitoral desponta como o ramo jurídico responsável pela disciplina desse importante processo, de modo a assentar, geral e indiscriminadamente, as regras do jogo eleitoral. É o Direito Eleitoral, portanto, a disciplina que irá pôr à mesa as cartas-bases do processo de escolha da representação popular, albergando, exemplificativamente, a sistemática afeta ao sistema eleitoral, ao alistamento eleitoral, ao domicílio eleitoral, ao quadro de eleitores, votantes e candidatos, a propaganda eleitoral, financiamento das campanhas, condições de elegibilidade, causas de inelegibilidade, sistema de votação e apuração dos votos,

---

<sup>642</sup>Javier Camarena apresenta como substrato mínimo da democracia os seguintes requisitos: “a) Soberania do Povo (El principio da soberania del pueblo); b) Separação de poderes (El principio de la separación del poderes); c) Sistema Representativo (La estructuración de un sistema representativo); d) Regime de partidos políticos (El establecimiento de un régimen de partidos políticos); e) O reconhecimento e o respeito dos direitos tanto de maiorias quanto das minorias (Reconocimiento y respecto de los derechos tanto de la mayoría como de las minorías); f) Reconhecimento e respeito dos direitos e das garantias individuais (Reconocimiento y respecto de los derechos del hombre o garantías individuales); g) Reconhecimento e respeito dos direitos sociais (Reconocimiento y respecto de los derechos sociales o garantías sociales); h) Supremacia Constitucional (El principio de la supremacia constitucional)” (CAMARENA, Javier Patino. **Nuevo Derecho Electoral Mexicano**. 8ª ed. México: UNAM, 2006, p. 06-13).

<sup>643</sup>ARAGÓN, Manuel. **Tendencias contemporáneas del Derecho Electoral en el mundo**. Memoria del II Congreso Internacional de Derecho Electoral. Palabras del Doctor Manuel Aragón, en representación de los participantes extranjeros, en la Ceremonia de Inauguración. Cámara de Diputados del Congreso de la Unión, IFE, TFE, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas. México, 1993, p. 24.

proclamação dos eleitos, diplomação, ilícitos eleitorais, ações judiciais e recursos, crimes eleitorais e ritos correspondentes etc.

E não poderia deixar de ser assim, afinal, o jogo político requer regras que o disciplinem, sobretudo porque a disputa eleitoral pode, não raro, descambar para cenários questionáveis, ocasionados pela ânsia na busca do voto ou mesmo pelos ânimos que, no âmago da contenda eleitoral, vez ou outra acabam acirrados. Para que fique claro: não há eleições sem regras. E não há, no fim das contas, processo eleitoral sem Direito.

Num enfoque mais amplo, porém, poder-se-ia dizer que o termo "Direito Eleitoral", enfrentado como ciência, não se restringiria a um sinônimo de legislação eleitoral, apenas. Até porque, frise-se, vencido o positivismo primitivo, a lei não é e nem pode ser considerada como um sinônimo de Direito (assim como texto e norma e afins). Por uma parte, o Direito Eleitoral incluiria também um conjunto de conhecimentos bem mais alargado, agregando princípios constitucionais, antecedentes históricos, filosóficos, políticos e sociológicos. De outra, uma verdadeira teoria do saber.

Nesse prisma, é que Dieter Nohlen e Daniel Sabsay asseveram que o termo se refere não só ao codificado em constituições, leis eleitorais e regulamentações relativas aos órgãos representativos e de votar, ou a organização, administração e execução do processo eleitoral. Em primeiro lugar, a lei eleitoral inclui um conjunto muito mais amplo de conhecimento e abrange princípios políticos, parâmetros comparativos, contexto histórico e sociológico e experiências passadas para vincular o estudo da matéria, com reflexões sobre a representação política, partidos, a democracia, o parlamento, o presidencialismo e parlamentarismo, etc. Além disso, o Direito Eleitoral também significa ciência, teoria ou conhecimento, e também inclui um conhecimento crítico sobre as normas. Assim, o Direito Eleitoral, sobretudo se considerarmos a relevância das temáticas tratadas (que são de vida ou morte para uma democracia constitucional), é uma disciplina inteira com suas próprias características<sup>644</sup>.

Disciplina, sim. Mas, diga-se, jamais uma ilha. Estaria, pois, o Direito Eleitoral, assim como o Direito Processual Eleitoral, imune aos influxos da filosofia, naquilo que reflete a maneira de acesso ao Mundo, hermeneuticamente falando? Não, não deveria,

---

<sup>644</sup> NOHLEN, Dieter; SABSAY, Daniel. **Derecho Electoral**. IDEA – Internacional Institute for Democracy and Electoral Assistance. Electoral Law, 2007, p.02.

ao menos, estar. Necessário falar acerca de uma filosofia *no* Direito Eleitoral. Estaria, pois, o Direito Eleitoral, imune aos influxos de uma constitucionalidade que brotou dos escombros da humanidade, notavelmente no bojo do Ocidente? Não, de igual modo. Não deveria estar. Falemos, então, acerca de uma constitucionalidade, com feição paradigmática, *no* Direito Eleitoral. Esse é o caminho, sobretudo quando nós, os eleitoralistas, buscamos acessar a complexidade de uma conjuntura de regras e de práticas institucionais a partir delas – o Direito Eleitoral e Processual Eleitoral.

E para que serve o Direito Eleitoral<sup>645</sup>? O Direito Eleitoral serve, como dito, para disciplinar a contenda que irá levar o eleitor à urna, desencadeando a proclamação dos eleitos, fruto da representação popular, assim como a diplomação deles, ato formal, de natureza administrativo-eleitoral<sup>646</sup>, a partir do qual o eleito para um cargo eletivo majoritário ou proporcional é consagrado como tal, constituindo-se a ele a prerrogativa de posse vindoura, a se dar por meio do poder competente – o Legislativo. E o processo judicial eleitoral? Ao contrário de ser mero instrumento a serviço do poder, como um rito legal necessário à imposição de uma sanção, o processo é o limitador do poder. Se o processo é o caminho para se chegar, sendo o caso, a uma pena ou restrição (de indeferimento de registro, multa, cassação e/ou inelegibilidade sanção ou reflexa, traçando aqui as reprimendas mais gravosas), o caminho somente se justificará se observadas todas as regras constitucionalmente validadas, assim como todas as garantias constitucionalmente asseguradas. Processo é limite de poder.

O Direito Eleitoral não serve para desconstruir a vontade popular depositada nas urnas. Quiçá para ilidir o voto em um candidato ou outro. Pode ocorrer? Sim, claro, nos termos da lei. Mas não é para isso que ele serve. Tampouco é a missão da Justiça Eleitoral. A democracia, o Direito Eleitoral e a Justiça Eleitoral não são antagônicos, ao menos não *a priori*. A própria CF, em seu artigo 118 ss., legitima constitucionalmente a instituição, atribuindo-lhe suas diversas competências. Porém, deve-se ter muito cuidado com o exercício da jurisdição eleitoral, de modo que a própria Justiça Eleitoral, se valendo do fato da marcante e sistemática judicialização dos escrutínios, não desempenhe uma postura ativista (no sentido de protagonista ou solipsista), algo a ser verificado a partir do conteúdo das respectivas decisões.

---

<sup>645</sup> Processo eleitoral no sentido de Direito Processual, não quanto ao curso do escrutínio que irá desembocar no dia eleição e na diplomação dos eleitos pelo voto popular.

<sup>646</sup> É a magistratura eleitoral quem diploma o eleito, no exercício do seu poder administrativo, ou seja, naquilo que se refere à administração do processo eleitoral. A posse é ato alheio à Justiça Eleitoral. Com a diplomação, ademais, se encerra o processo eleitoral.

Referindo aqui a obra Paulo Brossard de Souza Pinto, por outro lado, deve-se ter em conta, todavia, que “todo poder que a alguém se outorga traz em si a possibilidade de ser exercido com abuso”<sup>647</sup>. O abuso de uma prerrogativa, conquanto seja “tributo pago à natureza do Homem e à precariedade e imperfeição de suas instituições”<sup>648</sup>, deve ser evitado e, caso ocorrido, deve ser apontado. Antes de qualquer coisa, no entanto, é nosso dever estar vigilantes para com tais possibilidades.

São vários e variados os limites de poder: o princípio democrático, a legalidade, os direitos fundamentais, as garantias individuais, os direitos políticos ativos e passivos, ou, noutras palavras, a própria cidadania etc. E não é distinto com relação à jurisdição eleitoral que deve, sobremaneira, ser exercida a partir de uma teoria hermenêutico-constitucional robusta, a ponto, aliás, de vedar quaisquer viragens discursivas tendentes a fragilizar a estrutura do regime. Tratando-se, enfim, de uma atividade jurisdicional que lida diretamente com o processo de composição da representação popular, não há como descurar que a sua má prestação (considerada como tal aquela calcada em posturas moralistas, voluntaristas, axiologistas, realistas<sup>649</sup>, pragmati(ci)stas, eficientistas, teleológicas/finalísticas, e afins) acabará por interferir no regime democrático a ponto de macular a própria representação, direta ou indiretamente.

Reside nisso a importância de preservamos o Direito Eleitoral. Compreender a preservação do direito nos impõe, quase concomitantemente, elaborar respostas também para: por que os juízes deveriam saber como julgar? Por que juízes deveriam saber como não julgar?<sup>650</sup>. Esquecer a razão pela qual deveríamos preservar o Direito culmina na fragilização da nossa democracia constitucional porque perdemos qualquer poder de diagnóstico em relação aos mecanismos de degeneração que, paulatinamente, corroem as instituições jurídico-democráticas<sup>651</sup>. Soa-nos, vez mais, preocupante a submissão da autonomia do Direito a padrões metajurídicos – proteção da moral, combate à corrupção, anseios populares, estatísticas e assemelhados.

---

<sup>647</sup>PINTO, Paulo Brossard de Souza. **O Impeachment**. Globo: Porto Alegre, 1965, p. 177.

<sup>648</sup> Ibid., p. 177.

<sup>649</sup> O termo - “realistas” – se refere a decisões caudatárias do realismo jurídico, especialmente o realismo jurídico norte-americano, que nada mais é do que um positivismo fático. Logo, lembrando Dworkin e a sua metáfora do “romance em cadeia”, cumpre frisar que o realismo jurídico produz apenas contos, de onde exsurtem decisões que, em grande parte, advêm de um grau zero de sentido e que só fazem efetivo sentido se analisadas isoladamente. Ou seja, não há compromisso algum com a intersubjetividade característica de uma comunidade política regida por princípios.

<sup>650</sup> ABOUD, Georges. **Direito Constitucional Pós-Moderno**. Ob., cit., p. 25.

<sup>651</sup> Ibid., p. 26.

Trata-se, então, de conciliar a atividade jurisdicional eleitoral com o constitucionalismo contemporâneo<sup>652</sup>, de modo a evitar que a atividade judicante advinda desta justiça especializada, por meio de posturas absolutamente descompassadas, avance contra os preceitos inatos à democracia de direito. O contrário seria paradoxal: um poder imiscuído da defesa da legitimidade dos processos eleitorais atacando a democracia a partir das suas decisões. Degenerar o Direito Eleitoral é degenerar a democracia representativa e constitucional.

Se o Direito Eleitoral estabelece as regras do jogo político-eleitoral, não pode ele ser usado para subjugar a democracia eleitoral, mesmo que seja com fins aparentemente bons ou gramaticamente elevados – aqui poderíamos lembrar de Robert Musil e pelear por um “Direito Eleitoral *com* qualidades”<sup>653</sup>. Ao fim e ao cabo: “se resguardar o direito é algo relevante pelo qual a sociedade deveria se mobilizar, por que deveríamos tolerar que – a pretexto de fazer o bem – intérpretes decidam sem preservá-lo?”<sup>654</sup>.

### 3.1.8. Por uma nova teoria das fontes no Direito Eleitoral brasileiro

O Direito Eleitoral surge quando da opção do legislador constituinte pela instituição de um Estado Democrático de Direito. Isto é, a partir do momento em que a CF/88 assentou a instituição de um Estado Democrático (e de Direito), proclamando

---

<sup>652</sup>Na dicção de Streck, o século XX “[...] foi generoso para com o direito e a filosofia. No direito, o segundo pós-guerra proporcionou a incorporação dos direitos de terceira dimensão ao rol dos direitos individuais (primeira dimensão) e sociais (segunda dimensão). Às facetas ordenadora (Estado Liberal de Direito) e promotora (Estado Social de Direito), o Estado Democrático de Direito agrega um *plus* (normativo): o direito passa a ser transformador, uma vez que os textos constitucionais passam a explicitar as possibilidades para o resgate das promessas incumpridas da modernidade, questão que assume relevância ímpar em países de modernidade tardia como o Brasil, onde o *welfare state* não passou de um simulacro.”<sup>652</sup> Na filosofia, por sua vez, [...] o giro ontológico-linguístico operou uma verdadeira revolução copernicana no campo da hermenêutica. Quer dizer: A linguagem, entendida historicamente como uma terceira coisa interposta entre um sujeito e um objeto, recebe o status de condição de possibilidade de todo o processo compreensivo. Torna-se possível, assim, superar o pensamento metafísico que atravessou dois milênios, isto porque se no paradigma da metafísica clássica os sentidos —estavam nas coisas e na metafísica moderna na mente (consciência de si do pensamento pensante), na guinada pós-metafísica o sentido passa a se dar na e pela linguagem. É, portanto, no interior destas duas revoluções [...] que devemos considerar o novo constitucionalismo (Constitucionalismo Contemporâneo) como superador dos diversos positivimos (do clássico-exegético, nas três versões — francesa, alemã e inglesa do positivismo — aos positivimos que apostam no protagonismo judicial, mormente a partir da admissão do poder discricionário dos juízes). Daí a possibilidade de afirmar a existência de uma série de oposições/ incompatibilidades entre o Constitucionalismo Contemporâneo e o(s) positivismo jurídico(s), a começar pela singela razão de que, se as constituições tem a pretensão de resgatar as promessas incumpridas da modernidade (pensemos nos países de modernidade tardia com o Brasil), por qual razão deveríamos deixar que os juízes venham a —cavar por debaixo da lei na busca de elementos que estão, ao fim e ao cabo, na sua concepção solipsista de sociedade?” (STRECK, Lenio Luiz. **Superando os diversos tipos de positivismo**: porque a hermenêutica é applicatio? Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC, Fortaleza, v. 34, n. 2, p. 275-276, jul./dez. 2014).

<sup>653</sup>MUSIL, Robert. **O homem sem qualidades**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2018; tb.: ABOUD, Georges. **Direito Constitucional Pós-Moderno**. Ob., cit., p. 29.

<sup>654</sup>ABOUD, Georges. **Direito Constitucional Pós-Moderno**. Ob., cit., p. 29.

este princípio (princípio democrático), e a consequente soberania política do povo (o poder emana do povo, que o exerce direta e - principalmente - indiretamente), o Estado brasileiro fez a (acertada) opção por relegar ao próprio povo a escolha dos seus representantes. Considerando que isso se dá por meio de eleições livres, justas e periódicas, a serem realizadas em todas as esferas governamentais (União, Estados e Municípios), tanto para o Executivo, quanto para o Parlamento, necessária se fez a regulamentação do processo eleitoral, ou seja, a disciplina do processo de escolha dos representantes populares. Frente ao quadro, conseqüentemente, o Direito Eleitoral despontou como o ramo do direito público encarregado de disciplinar o processo de escolha dos mandatários do povo. E, assim sendo, é exatamente na Constituição que ele encontra a sua gênese precípua. E nem poderia ser diferente, aliás.

Entretanto, conquanto pacífica a afirmação segundo a qual o Direito Eleitoral brasileiro, como consequência das bases políticas do modelo de Estado consagrado a partir de 1988, viria a encontrar na Carta Política a sua pedra angular, isso não basta para o fiel esgotamento da temática. Noutras palavras, e para ser ainda mais claro, não basta apenas dizer isso. O raciocínio é correto, afinal, o Direito Eleitoral veio para disciplinar o processo de escolha da representação política da Nação, nos moldes do que preconizado pela novel Lei Maior. Contudo, apesar de correto, temos que dizer - insistindo nisto - que o mesmo raciocínio é insuficiente ou incompleto. Em verdade, ainda não assimilamos o paradigma do Estado Democrático de Direito.

Explicamos melhor: o direito eleitoral (e processual eleitoral) brasileiro está imerso numa inegável crise da teoria das fontes, em que leis provenientes do período ditatorial, atos e dispositivos normativos posteriores a Carta, mas afastados do paradigma do Estado Democrático de Direito, resoluções, consultas e até mesmo portarias acabam comumente valendo mais do que a Constituição<sup>655-656</sup>.

---

<sup>655</sup> Exemplo clássico disso são as portarias que concedem desmedidas regalias a agentes públicos e aos seus agregados, como, por exemplo, direitos de utilizar aviões e/ou passagens para fins particulares à custa do erário público. Não raro, em defesa desses atos administrativos, sobrevêm discursos calcados em álibis argumentativos, como a própria existência de eventuais portarias e afins, de modo a autorizar a prática. Entretanto, vale indagar: será que uma mera (singela) portaria poderia se sobrepor à Constituição? É, pois, evidente que não (ao menos deveria ser). Assim, indaga-se: será que o princípio republicano, o princípio da moralidade administrativa, o princípio da impessoalidade e aqueles outros princípios constitucionais não viriam a macular de conspícua inconstitucionalidade este tipo de “ato normativo”? O Estado Democrático de Direito pressupõe a supremacia da Constituição. Conseqüentemente, qualquer legislação infraconstitucional deve estar, necessariamente, conforme com a Carta, e não o contrário. Dito de outro modo, toda regra deve estar legitimada por um princípio constitucional. Do contrário, não terá validade diante do ordenamento jurídico. Essa é a diretriz primordial de um regime imerso no constitucionalismo emergente do Estado Democrático de Direito.

Com efeito, não são poucos os casos em que se nega a Constituição como fonte, negando-se, dessa maneira, a sua força normativa ou o seu caráter substancial. Com isso, continuamos a manter a crença de que a “lei” é a única fonte do direito e, dessa maneira, seguimos acreditando no mundo ficcional das regras, ignorando que a (velha) teoria da norma necessita recepcionar a era dos princípios, que, fundamentalmente, introduzem no Direito a realidade escamoteada historicamente pelo mundo das regras do positivismo.

No mesmo cenário, como antítese deste acrítico “método” exegético-positivista (de índole objetivista), imensa gama de posições sustentam, ainda hoje, posturas calcadas no subjetivismo (não menos positivista, mas apenas com outra carapuça). Por este raciocínio - que, insisto, também é positivista - o intérprete acaba por se sobrepor ao direito posto, tornando-se uma espécie de proprietário dos sentidos da lei (ou do texto legal), restando encarregado, pois bem, de desvelar os “valores” (sic), “fins” (sic) ou “interesses” (sic) escondidos debaixo do mesmo texto. O resultado deste “fenômeno”, por sua feita, nada mais é do que a promoção de arbitrariedades interpretativas, tudo a partir do matiz voluntarista/axiológico que envolve tais raciocínios<sup>657</sup>, sem contar, ademais, o conseqüente pamprinciologismo de hoje. Eis aí, pois bem, a coluna espinhal da doutrina (e jurisprudência) que assenta uma incessante aposta no protagonismo judicial ou na discricionariedade e no decisionismo pretoriano, passando por Kelsen e Hart<sup>658</sup>, e com sustentáculo na jurisprudência dos valores alemã, na teoria da argumentação de Alexy e no realismo jurídico (positivismo fático) norte-americano, para citar apenas estes.

Assim, é que, de um lado, parcela relevante do Direito (ainda) se vê a sustentar posturas objetivistas/exegeticistas, como se a lei fosse à única fonte do direito e como se o objeto, ou melhor, a objetividade do texto, sobrepusesse-se, ratio final, ao intérprete;

---

<sup>656</sup> No que se refere especificamente ao mundo da vida do Direito Eleitoral, poderíamos citar, dentre outros, exemplos como: a aplicação de dispositivos de resoluções de tribunais eleitorais que impõem restrições e sanções a partidos, coligações e candidatos, como se a atividade legiferante do Estado fosse algo a ser estendido ao judiciário; a aposta em dispositivos legais que sustentam voluntarismos judiciais, como “livre convencimento”, “livre apreciação da prova”, “indícios”, “presunções”, etc.; a aplicação de dispositivos legais que criam, por via transversa, condições de elegibilidade, matéria que é reservada à lei complementar; e muitos outros.

<sup>657</sup> Exemplo clássico do que mencionamos é a tese de que princípios são valores (sic) ou mandados de otimização (sic). E, no mais, aquelas posturas que insistem em perquirir a vontade da lei ou a vontade do legislador, fenômeno que, ao fim, dará azo à manipulação de conceitos e argumentos, de modo a atingir-se fins pré-estabelecidos – algo que sói ocorrer quando da interpretação da famigerada lei da “ficha-limpa”.

<sup>658</sup> Tal afirmação é plena e sofisticadamente comprovada por LENIO STRECK em seus O que é isto – decido conforme minha consciência? Hermenêutica jurídica e(m) Crise e Verdade e Consenso.

e, de outro, vislumbramos uma gama de construções pretorianas e doutrinárias apoiadas no subjetivismo, de onde provêm que o intérprete acabaria por se sobrepor ao texto legal/constitucional. Ou seja: nesta vertente, o sujeito assujeita(ria) o objeto.

Com isso, evidentemente, há uma resistência ao constitucionalismo contemporâneo que, conforme Lenio Streck, exige uma nova teoria das fontes, uma nova teoria da norma e um novo modo de compreender o Direito. Isto, definitivamente, ainda não aconteceu. E, ainda hoje, permanecemos caudatários de teorias ultrapassadas ou, de outra forma, especificamente, do positivismo jurídico, em suas várias vertentes. Logo, em um prisma, de maneira geral, o objeto (texto legal) segue assenhorando-se do sujeito (intérprete), algo que dá conta de um legalismo rasteiro, que ignora a existência da (força normativa da) Constituição e dos princípios constitucionais. E, noutro, o sujeito (intérprete) assujeita-se do objeto (texto legal/constitucional), dando margem justamente ao axiologismo característico e familiar à parcela da práxis jurídica brasileira, sobretudo nas lides eleitorais, especialmente em tempos de fichalimpismos.

Neste sentido, por conseguinte, note-se que<sup>659</sup>:(a) continuamos a pensar que a lei é a única fonte, bastando, v.g., ver o que fizemos com o mandado de injunção, “exigindo” uma “lei regulamentadora”, ignorando que a própria Constituição é a nova fonte;(b) continuamos a acreditar no mundo ficcional das regras, ignorando que a (velha) teoria da norma necessita recepcionar a era dos princípios, que, fundamentalmente, introduzem no Direito a realidade escamoteada historicamente pelo mundo das regras do positivismo;(c) não nos damos conta de que o esquema sujeito-objeto, sustentador do modo dedutivo-subsuntivo de interpretar, sucumbiu em face do giro linguístico-ontológico (em especial, a hermenêutica, sem olvidar a importância das teorias discursivas);(d) porque atrelados ao esquema sujeito-objeto, não conseguimos compreender a relação entre texto e norma, isto é, do objetivismo simplificador partimos em direção aos diversos axiologismos. Como consequência, estabeleceu-se um “ceticismo hermenêutico”, cujo resultado é a arbitrariedade interpretativa<sup>660</sup>.

Ocorre que o constitucionalismo emergente do paradigma do Estado Democrático de Direito induz que vençamos tais dogmatismos. Se, de um lado, não podemos mais sufragar um pensamento exegeticista, como se a lei fosse à única fonte

---

<sup>659</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Devemos nos importar, sim, com o que a doutrina diz**. Revista Consultor Jurídico. Conjur. Disponível em: <[http://www.conjur.com.br/2006-jan-05/devemos\\_importar\\_sim\\_doutrina](http://www.conjur.com.br/2006-jan-05/devemos_importar_sim_doutrina)>. Acesso em: 21 abr. 2024.

<sup>660</sup>Ibid.

do direito, texto e norma se confundissem e, sem assimilar a era dos princípios, como se a Constituição ora vigente representasse um mero adereço ornamental e não a fonte mor do Direito e do Estado, de outro, impende que vençamos a discricionariedade e o decisionismo, pois que o fruto deste fenômeno nada mais é do que um estado de arte no qual impera o arbítrio interpretativo-argumentativo (que é algo antidemocrático por excelência, registre-se).

Destarte, nenhum desses movimentos, ambos de cariz positivista e apegados ainda hoje ao modelo sintático-semântico de interpretação, se afiguram como condizentes para com o constitucionalismo contemporâneo (STRECK). Isto é, nem o legalismo rasteiro do primeiro, nem o ativismo-protagonismo-decisionismo-solipsismo do segundo, nos serve nos dias de hoje. Logo, merecem ser superados, não porque queremos, mas porque o estágio atual impõe que assim o seja. Por que, eis a questão? Simples. O problema é paradigmático. Ou, de outro modo, a raiz dessa intempérie reside em um desalinhamento de paradigmas. O novo não consegue nascer. É o novo repetindo o passado. Ou o velho e surrado, deveras, travestido de novo.

Diante desse contexto, é importante ter em mente que a raiz dessa crise reside, seguramente, em um absoluto descompasso de paradigmas. E isto, sem dúvidas, vem permeando o imaginário da maçante maioria da doutrina e da jurisprudência construída por estas bandas. É que, até hoje, aqui no Brasil, não conseguimos abandonar o juspositivismo, não obstante as propaladas teses intituladas de pós-positivistas que vislumbramos em diversos e diversificados livros, palestras, dissertações de mestrado e teses de doutorado país afora. É que o positivismo jurídico não se resume a sua primeira fase, ou seja, ao positivismo exegético (sintático ou primitivo) nos moldes franceses, germânicos e ingleses. Superar, portanto, o (defasado) modelo do positivismo jurídico não se resume ao transpasse do positivismo primitivo, eis a grande questão. Sufragar um posicionamento discricionário, voluntarista e/ou de cunho axiológico (v.g. julgamento da constitucionalidade da “ficha-limpa”) também é uma atitude positivista. Nesta assentada, apenas com uma nova roupagem, como uma repristinação do positivismo normativista e outras vertentes apoiadas, igualmente, no paradigma da filosofia da consciência, como a jurisprudência dos valores, as teorias da argumentação e o realismo jurídico norte-americano (positivismo fático). Enfrentar este problema, isto é, o problema da discricionariedade e do decisionismo, também é, por conseguinte, tarefa daqueles juristas preocupados com a produção democrática do direito e com a

consolidação da democracia no estágio do constitucionalismo contemporâneo. E, neste caminho, não há como descurar que toda essa aposta na discricionariedade e no decisionismo sobreveio em um momento histórico e contextualizado próprio, justamente para “superar” a “frieza” do positivismo primevo (sintático ou primitivo). Logo, deveria ter ficado lá atrás, sobretudo em um estágio no qual devemos, de uma vez por todas, assimilar a existência das Constituições, bem assim da respectiva força normativa das Cartas e, no mais, a existência dos princípios, para além do mundo restrito típico das regras do positivismo.

Nesse caminho, de modo a corroborar o acima dito, vale citar Streck, para quem “[...] parece que, no Brasil, compreendemos de forma inadequada o sentido da produção democrática do direito e o papel da jurisdição constitucional. Tenho ouvido em palestras e seminários que ‘hoje possuímos dois tipos de juízes’: aquele que se ‘apega’ à letra fria (sic) da lei (e esse deve ‘desaparecer’, segundo alguns juristas) e aquele que julga conforme os ‘princípios’ (esse é o juiz que traduziria os ‘valores’ – sic – da sociedade, que estariam ‘por baixo’ da ‘letra fria da lei’). Pergunto: cumprir princípios significa descumprir a lei? Cumprir a lei significa descumprir princípios? Existem regras (leis ou dispositivos legais) desindexados de princípios? Cumprir a ‘letra da lei’ é dar mostras de positivismo? Mas, o que é ser um positivista? Permito-me explicar melhor isso: por vezes, cumprir a ‘letra da lei’ é um avanço considerável. Lutamos tanto pela democracia e por leis mais democráticas...! Quando elas são aprovadas, segui-las é nosso dever. Levemos o texto jurídico – quando ele estiver conforme a Constituição – a sério, pois! E, por favor, que não se venha com a velha história de que ‘cumprir a letra fria (sic) da lei’ é assumir uma postura positivista...! Aliás, o que seria essa ‘letra fria da lei’? Haveria um sentido em-si-mesmo da lei? Na verdade, confundem-se conceitos. As diversas formas de positivismo não podem ser colocadas no mesmo patamar e tampouco podemos confundir uma delas (ou as duas mais conhecidas) com a sua superação pelo e no interior do paradigma da linguagem”<sup>661</sup>.

Mais pacientemente: positivismo exegético (que era a forma do positivismo primitivo) separava direito e moral, além de confundir texto e norma, lei e direito, ou seja, tratava-se da velha crença – ainda muito presente no imaginário dos juristas – em torno da proibição de interpretar, corolário da vetusta separação entre fato e direito, algo que nos remete ao período pós-revolução francesa e todas as consequências políticas

---

<sup>661</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) Crise**. Ob., cit., p. 50.

que dali se seguiram. Depois veio o positivismo normativista, seguido das mais variadas formas e fórmulas que – identificando (arbitrariamente) a impossibilidade de um ‘fechamento semântico’ do direito – relegou o problema da interpretação jurídica a uma ‘questão menor’ (lembramos, aqui, de Kelsen). Atente-se: nessa nova formulação do positivismo, o problema do direito não está(va) no modo como os juízes decidem, mas, simplesmente, nas condições lógico-deônticas de validade das normas jurídicas. Entretanto, uma coisa todos esses positivismos têm até hoje em comum: a discricionariedade (que acaba não se fixando sequer nos limites da ‘moldura’ semântica). E tenho a convicção de que isso se deve a um motivo muito simples: a tradição continental, pelo menos até o segundo pós-guerra, não havia conhecido uma Constituição normativa, invasora da legalidade e fundadora do espaço público democrático. Isso tem consequências drásticas para a concepção do direito como um todo! Quero dizer: saltamos de um legalismo rasteiro, que reduzia o elemento central do direito ora a um conceito estrito de lei (como no caso dos códigos oitocentistas, base para o positivismo primitivo), ora a um conceito abstrato-universalizante de norma (que se encontra plasmado na ideia de direito presente no positivismo normativista), para uma concepção de legalidade que só se constitui sob o manto da constitucionalidade. Afinal – e me recordo aqui de Elias Díaz -, não seríamos capazes, nesta quadra da história, de admitir uma legalidade inconstitucional. Isso deveria ser evidente! Portanto, não devemos confundir “alhos” com “bugalhos”. Obedecer ‘à risca o texto da lei’ democraticamente construído (já superada a questão da distinção entre direito e moral) não tem nada a ver com a ‘exegese’ à moda antiga (positivismo primitivo). No primeiro caso, a moral ficava de fora; agora, no Estado Democrático de Direito, ela é cooriginária. Portanto, hoje quando falamos em ‘legalidade’ estamos nos referindo a outra legalidade, uma legalidade constituída a partir dos princípios que são o marco da história institucional do direito; uma legalidade, enfim, que se forma no horizonte daquilo que foi, prospectivamente, estabelecido pelo texto constitucional (não esqueçamos que o direito deve ser visto a partir de uma revolução copernicana que o atravessou depois do segundo pós-guerra)<sup>662</sup>. Repito: ‘cumprir a letra (sic) da lei’ significa sim, nos marcos de um regime democrático como o nosso, um avanço considerável. A isso, deve-se agregar a seguinte consequência: é positivista tanto aquele que diz que texto e norma (ou vigência e validade) são a mesma coisa, como aquele que

---

<sup>662</sup>Ibid., p. 50-51

diz que ‘texto e norma estão descolados’ (no caso, as posturas axiologistas, realistas, pragmatistas etc.)<sup>663</sup>.

Deve-se ter em mente, portanto, que, no modelo do constitucionalismo contemporâneo, a Constituição, por possuir força normativa, acaba por invadir a legalidade, irradiando todos os seus efeitos para o espaço público democrático. Daí, pois bem, que a concepção de legalidade dos tempos de hoje emana uma legalidade constitucional, não se podendo, de um lado, de maneira rasa, reconhecer-se a vigência e a aplicabilidade de qualquer lei ou dispositivo legal e, de outro, partir-se para o campo da discricionariedade interpretativa, como se a principiologia constitucional fosse um instrumento de abertura semântica, ou como se os princípios fossem um mecanismo de (re)introdução da moral ou da política no âmbito do direito.

Eis, em linhas bem gerais, o modelo pelo qual se dá a construção do direito na democracia constitucional. Eis, então, a principal razão da crise da teoria das fontes em voga: poucos são os que lançam mão desses raciocínios, sendo que o imaginário de boa parte dos juristas brasileiros permanece apegado a paradigmas vencidos pela era do constitucionalismo contemporâneo, gerando, pois, toda esta temerária cena que verificamos cotidianamente. Não entenderam, pois, o modus de edificação do direito na democracia constitucional, desencadeado pelos movimentos pós-segunda grande guerra. E não compreenderam que é tão positivista – e tão ultrapassado, conseqüentemente – aquele que aplica rasteiramente a lei (qualquer lei), quanto àquele que lança mão da discricionariedade.

Mais do que isso, nesse temerário prisma, a própria legislação eleitoral, em grande parte, por mais paradoxal que possa parecer, carrega acentuado déficit democrático. E a responsabilidade disso, evidentemente, recai sobre o Congresso Nacional (competente que é para legislar sobre matéria eleitoral). Não são nada raros os casos nos quais o parlamento nacional se põe de cócoras perante a opinião pública (ou publicada), promovendo, de maneira totalmente descomprometida, verdadeira demagogia com o mister de legislar. Tais ocorrências não são nada isoladas, ainda mais no âmbito legislativo-eleitoral, sobretudo em tempos de fichalimpismo. Ainda assim, vale registrar, a responsabilidade do Judiciário Eleitoral, no entanto, não é de ser ignorada, afinal, o controle de constitucionalidade das leis é incumbência que lhe recai, sobretudo no modelo do constitucionalismo da democracia de direito, e, mesmo assim, é

---

<sup>663</sup> Ibid., p. 51.

quase que absolutamente ignorado ou menosprezado, ao menos em matéria eleitoral (eis o mencionado apego rasteiro a textos legais, como uma repristinação do velho positivismo de matiz sintático).

Deste problema, por seu turno, um dos expoentes mor desponta, pois, como sendo o artigo 23 da Lei Complementar nº 64/90. Pelo preceito legal em liça, portanto, o Tribunal poderia vir a formar a sua convicção pela livre apreciação de fatos públicos e notórios, pela não menos livre apreciação de indícios e presunções e, ainda, pela livre apreciação da prova produzida, atentando, igualmente, para circunstâncias ou fatos não indicados ou alegados pelas partes. Quer dizer: a despeito da soberania popular ou da cidadania (num sentido político estrito) e do devido processo legal, ao invés de exigir provas cabais e irretorquíveis para anular votos, a lei se apega a indícios e presunções, como se estes, numa sólida democracia, pudessem se sobressair à manifestação sagrada do eleitorado. Porém, é exatamente isso que está contido no texto legal em liça. Isto é, a soberania popular, de onde provém que a manifestação do eleitorado é a grande força motriz na legitimação do poder político da democracia, pode(ria) ser relegada a voluntarismos de toda ordem, lastreados em indícios e presunções, fatos públicos e notórios e, ademais, em circunstâncias outras não alegadas ou conhecidas pelas partes (e o contraditório, como fica?).

Será, no entanto, que, numa democracia de direito que se preze, poderiam os Tribunais (e juízes) formarem convicções pela “livre apreciação” (de alguma coisa)? O art. 93, inc. IX, da CF não exigiria a motivação das decisões judiciais, garantia que representa um verdadeiro direito fundamental assegurado ao jurisdicionado? Tal direito (fundamental) não exigiria que o Judiciário fundamentasse às suas decisões, contemplando os argumentos das partes e as provas dos autos, ao invés de decidir como quer? Isto não é, pois, um limite a tal “liberdade”? E o direito fundamental ao contraditório<sup>664</sup>, que pressupõe o direito de informação, o direito de manifestação e o direito de a parte ver os seus argumentos considerados (até mesmo para contrapor a

---

<sup>664</sup>Mandado de Segurança. [...] 3. Direito de defesa ampliado com a Constituição de 1988. Âmbito de proteção que contempla todos os processos, judiciais ou administrativos, e não se resume a um simples direito de manifestação no processo. 4. Direito constitucional comparado. Pretensão à tutela jurídica que envolve não só o direito de manifestação e de informação, mas também o direito de ver seus argumentos contemplados pelo órgão julgador. 5. Os princípios do contraditório e da ampla defesa, assegurados pela Constituição, aplicam-se a todos os procedimentos administrativos. [...] 10. Mandado de Segurança deferido para determinar observância do princípio do contraditório e da ampla defesa (CF art. 5º LV)” (MS 24.268, Rel. p/ Acórdão: Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, Supremo Tribunal Federal, julgado em 05/02/2004).

decisão, se for o caso)? Este princípio constitucional, que exige que as partes conheçam dos argumentos e provas constantes dos autos em tempo hábil e em respeito às regras do jogo, e que sobre elas possam apresentar um contraponto, além de reclamar que os seus argumentos sejam contemplados pelo julgador, não limitaria essa tal "liberdade"? E a própria vedação constitucional às provas obtidas por meios ilícitos, também não?

Nota-se aí um grande exemplo do descompasso de paradigmas que permeia o imaginário não só (de boa parte) dos juristas, mas também do legislador brasileiro. Dizer, por meio de um dispositivo legal (!), que os Tribunais poderiam labutar mediante “livres convicções”, nada mais é do que a confissão do apego a paradigmas obsoletos, como o da filosofia da consciência e às suas vulgatas voluntaristas, para utilizar expressão comumente utilizada por Lenio Streck. Ocorre que isto de há muito se encontra superado. Ou ao menos deveria se encontrar. Apostar, afinal, na crença de que a interpretação seria um ato de vontade (e livre, portanto), dando azo a discricionariedades de qualquer ordem, simplesmente se encontra afastado do paradigma do Estado Democrático de Direito.

Segundo o dispositivo legal em comento, como visto, o Judiciário Eleitoral poderia apreciar livremente (sic) os fatos públicos e notórios, os indícios e as presunções, as circunstâncias não indicadas ou alegadas pelas partes, além das provas dos autos (e a ordem, coincidentemente – ou nem tanto –, é atribuída pelo próprio dispositivo legal). Mas, afinal: o que é isto, apreciar livremente os fatos públicos e notórios, os indícios e as presunções e as circunstâncias ou fatos não indicados ou alegados pelas partes?

Ora, se o Tribunal (ou o julgador singular ou monocrático), hipoteticamente, pudesse formar a sua convicção pela “livre apreciação (?) dos fatos públicos e notórios” (sic), o que seriam, ao fim e ao cabo, tais “fatos públicos e notórios”? Eis a pergunta que não quer calar: “Públicos” e “notórios” a quem? Ao órgão judicante? Mas e as partes, como ficam? E a ampla defesa e o contraditório (que são princípios e, como tais, normas)? E a imparcialidade objetiva e subjetiva do juízo<sup>665</sup>? Será que o julgador

---

<sup>665</sup> “[...]. Segundo o TEDH (Tribunal Europeu de Direitos Humanos), a contaminação resultante dos “pré-juízos” conduz à falta de imparcialidade subjetiva ou objetiva. Desde o caso *Piersack*, de 1982, entende-se que a subjetiva alude à convicção pessoal do juiz concreto, que conhece de um determinado assunto e, desse modo, a sua falta de “pré-juízos”. Já a imparcialidade objetiva diz respeito a se tal juiz se encontrar em uma situação dotada de garantias bastantes para dissipar qualquer dúvida razoável de sua imparcialidade. Em ambos os casos, a parcialidade cria a desconfiança e a incerteza na comunidade e nas suas instituições. Não basta estar subjetivamente protegido; é importante que se encontre em uma situação

poderia conhecer e se valer de fatos envoltos à causa, advindos do seu (pré) conhecimento? Ou da opinião pessoal? Pior: conhecer e se valer de fatos ou provas "extra autos"? Se sim, perdoe-me: não poderia julgar o caso! E a razão é simples: se assim fosse, partiria o órgão julgante de evidentes pré-julgamentos. O processo, nessa quadra, representaria, desmedidamente, apenas uma mera formalidade. E, mesmo assim, o dispositivo legal prevê que o “Tribunal formará a convicção pela livre apreciação dos fatos públicos e notórios” (sic). O que são tais fatos, não se sabe.

E o legislador complementar não se contentou: de mais a mais, consta no texto legal que os Tribunais poderiam lavrar uma decisão se utilizando, para tanto, da “livre apreciação dos indícios e presunções” (!). O que se tem, com base nesse dispositivo de lei, é que o intérprete-aplicador poderia indeferir ou desconstituir/cassar um registro de candidatura, cassar ou negar um diploma, e até mesmo desconstituir um mandato eletivo outorgado pelo povo, se utilizando para tanto de “indícios” e “presunções”. Dito de outro modo é o princípio democrático e a soberania popular subordinados, por um artigo de lei (!), a indícios e a presunções. E a presunção de inocência, isto é, a “verdadeira presunção”, como ficaria? Noutras palavras, se há algo a presumir, não seria a inocência dos acusados, pois? Como ficam os “indícios e as presunções” (sic), então? E o direito fundamental à elegibilidade? E a soberania popular? E a democracia? Veja-se a gravidade que isso representa. É a submissão do processo eleitoral a critérios subjetivos, dando azo a inseguranças e a injustiças, quando, ao contrário, deveria se estar a exigir provas irrefutáveis para tanto. Tudo, não fosse o bastante, atentando, ainda, o juiz ou o Tribunal, como razões de decidir, para “circunstâncias ou fatos, ainda que não indicados ou alegados pelas partes”. Quer dizer: valendo-se, o órgão julgante, de “indícios” e “presunções” e, no mais, de “circunstâncias” ou “fatos” que não passaram pelo crivo do contraditório e da ampla defesa.

Na verdade, além de inconstitucional, o dispositivo é contraditório e paradoxal. Para preservar o interesse público e a lisura, devemos exigir que qualquer anulação de eleição (ou algo do gênero) deve estar calcada em provas firmes. Robustas. Consistentes. E que esses fatos (e indícios e presunções) não possam ser apreciados livremente. Na democracia — e tenho insistido nisso — não há espaço para livre

---

jurídica objetivamente imparcial (é a visibilidade)”. (LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 10ª ed. - São Paulo: Saraiva: 2013, pp. 180-181).

convencimento e tampouco (ou muito menos) livre apreciação da prova<sup>666</sup>. Moral da história: Só um parlamento fraco — ou ignorante (no sentido de não saber do que está tratando) — aprova coisas contra si mesmo (e contra a democracia). Um parlamento preocupado com a democracia começaria amanhã mesmo (ou ainda hoje) um trabalho de filtragem nas leis existentes<sup>667</sup>.

Nesse ínterim, a grande cena é que há uma resistência demasiado acentuada em constitucionalizar-se de uma vez por todas o Direito Eleitoral - e também o Processual Eleitoral. É a dita crise da teoria das fontes que, por estas bandas, também assenta fortes raízes. No mais, numa íntima conjugação com este problema, geralmente calcados em discursos de índole repressivo-moralista, sobretudo cotidianamente, existe um indiscreto preconceito com relação à eficácia da Constituição Federal em âmbito eleitoral e processual eleitoral, seja na esfera da atividade legislativa, seja no escopo do poder judicial. Figuras como “filtragem constitucional” ou “efeito dirigente-compromissório” são, sobretudo, meras desconhecidas. E as interpretações voluntaristas/axiologistas e teleológicas/finalísticas, e, como tais, arbitrárias, representam a ordem do dia.

A solução para o imbróglio, então, passa, seguramente, por uma aproximação entre constitucionalismo e hermenêutica jurídica. E por uma crítica hermenêutica do direito. A uma, pois não podemos mais ignorar a era dos princípios constitucionais. E, a duas, pois a aposta na discricionariedade e no decisionismo judicial não é algo democrático. Se a era dos princípios constitucionais reduziu o espaço de discricionariedade do legislador (basta lembrar das cláusulas pétreas), não há, de igual maneira, espaço algum à deslocar-se tal “prerrogativa” (sic) para o campo judicial. Ou seja, a discricionariedade é algo eminentemente positivista. Logo, não deve permanecer hígida na era da democracia constitucional.

## **3.2. A Filosofia no Direito Eleitoral:**

### **3.2.1. Da relação entre Direito e Moral**

A moral não corrige o Direito. E argumentos/fundamentos de moral não devem servir para adjudicar a sua autonomia. Direito não é moral. O direito não está

---

<sup>666</sup> STRECK, Lenio Luiz. **O que é a livre convicção de indícios e presunções?** *Senso Incomum*. Revista Consultor Jurídico. Conjur. 13, fev., 2014. Disponível em <http://www.conjur.com.br/2014-fev-13/senso-incomum-livre-conviccao-indicios-presuncoes>

<sup>667</sup> Ibid.

subordinado a moral. E a moral não corrige o direito. A relação entre ambos é de cooriginariedade, sendo que devemos dar razão a Habermas.

A esse respeito, é importante consignar que, através de componentes de legitimidade da validade jurídica, o direito adquire uma relação com a moral. Ou seja, o direito não está alheio a moral. Há, em verdade, uma relação de cooriginariedade entre ambos. Entretanto, essa relação não deve levar-nos a subordinar o direito à moral, no sentido de uma hierarquia de normas. A moral não é e nem pode ser o fundamento de legitimidade do direito. Se assim for, este perderá a sua autonomia. Noutras palavras, ser-lhe-á subtraído aquilo que lhe é demasiado caro, ou seja, o seu elevado grau de autonomia. E a luta pela construção de um arcabouço legal democrático, que acabou sendo um valioso fruto de vigorosas batalhas ao longo da história, cairá por terra<sup>668</sup>.

Quando em 1988 (re)fundamos nossa sociedade e instituímos um regime democrático, fizemos nascer, concomitantemente, uma comunidade política recheada de princípios com fortes conteúdos de moralidade. Chamamos isso de cooriginariedade entre o Direito e a Moral: o espaço em que se forma o discurso jurídico é, desde-já-sempre, tomado por um espectro de uma moral pública. Essa cooriginariedade entre Direito e Moral vem sendo mencionada em Dworkin como interconexão que, ao final, são conceitos similares<sup>669-670</sup>. Porém, isso não quer significar - e peço atenção a isto - uma subordinação do Direito ou da sua autonomia a critérios de moral, absolutamente. Pelo contrário! Logo, importa assinalar que isso não pode ser enfrentado como algo que acontece a posteriori, mas é, sim, da ordem do a priori. Assim, ao considerarmos que o Direito e a Moral são cooriginários, ou se entre eles há uma interconexão, não estamos a dizer que tal conteúdo de moralidade estaria a disposição do intérprete, ou que o intérprete-aplicador poderia impor uma verdadeira colonização do Direito pela Moral. Se ambos são cooriginários, isso quer dizer que não cabe objetivar a reintrodução da moral no horizonte jurídico, de modo a pretender corrigi-lo<sup>671</sup>.

Portanto, para que fique muito claro: quando falamos em “moral” queremos nos referir a uma moralidade pública que, ao final e ao cabo, resta materializada pelos princípios constitucionais. E essa caracterização, vale dizer, se dá num universo

---

<sup>668</sup>HABERMAS, Jurgen. **Direito e Democracia**: entre facticidade e validade. Ob., cit., p. 141.

<sup>669</sup> STRECK, Lenio Luiz; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **O que é isto - as garantias processuais penais?** Ob., cit., p. 11.

<sup>670</sup> Neste sentido: DWORKIN, Ronald. **A Justiça de Toga**. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

<sup>671</sup>STRECK, Lenio Luiz; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **O que é isto - as garantias processuais penais?** Ob., cit., p. 12.

apriorístico, jamais a posteriori. Logo, isso não se confunde com uma moral subjetiva ou arbitrária, como sói nas pretensões doutrinárias que apostam no chamado moralismo eleitoral, para utilizar palavras de Adriano Soares da Costa.

Assim, em definitivo, não se deve confundir essa moral pública que aqui indicamos (poderíamos, também, chamá-la de uma moral política, como quer Dworkin) com conteúdos moralizantes de caráter privado. Com efeito, a modernidade é marcada por um processo que procurou justificar os atos de governo e de imposição da força física pelo poder político fora do contexto teológico que, no medievo, dava sustentabilidade à política a partir da unidade representada pelo poder da igreja católica. Os movimentos reformistas no interior da doutrina católico-cristã, a constante eclosão de guerras civis religiosas e o posterior surgimento dos Estados nacionais, levaram à formação de outros contextos de justificação do poder político, que procuravam se desvencilhar das justificativas teológicas/ontológicas de então. Portanto, a moral de uma comunidade política tal que descrevemos no texto deve ser pensada nesse contexto: de uma composição jurídica que desde sempre sofre os influxos dessa moralidade, mas não está a serviço de uma crença pessoal ou da representação subjetiva que uma consciência isolada possui da sociedade. Essa moralidade é instalada no espaço público sendo, por isso, desde sempre uma moral compartilhada<sup>672</sup>.

A esse respeito, cumpre indagar o seguinte: se o ordenamento jurídico é composto por regras e por princípios, e se estes, assim como as regras, possuem força normativa, qual seria, então, p. ex., a densidade normativa do “princípio da moralidade eleitoral”, frente à (abstrata e discricionária) conceituação que de há muito lhe vem sendo atribuída? Onde estaria o seu sentido eficaz, enfim? E o seu dever-ser? Se princípios são normas, isto é, um dever-ser (deontológico)<sup>673</sup>, diante da costumeira conceituação atribuída ao alegado princípio, poder-se-ia, por exemplo, indeferir um registro de candidatura com base no “princípio” (?) da moralidade? Cassar o registro ou o diploma de algum candidato, ou até mesmo um mandato eletivo, com lastro nesse conceito que, conforme demonstraremos, não passa de um simples enunciado performativo travestido de “princípio”? Se sim, quem diria o que é ou o que não é “moral”? Quem decidiria se um candidato possui ou não “predicados morais” para

---

<sup>672</sup> Ibid., p. 12.

<sup>673</sup> Apoiamos-nos na doutrina de LENIO STRECK, para quem “*Numa palavra, princípios são normas e têm sentido deontológico*”. (STRECK, LENIO Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise. Op., cit.*, p. 168).

disputar/ocupar algum Cargo eletivo? O que são práticas “ímorais”? A Constituição Federal autorizaria a manipulação de conceitos indeterminados a fim de afastar alguém da disputa eleitoral, ou a desconstituir o mandato político a alguém outorgado pelo voto popular? E interpretar-aplicar o direito, relegando, pois, a sua autonomia, a vãos e arbitrários critérios axiológicos? Ignorando-se a cooriginariedade, é que o Direito Eleitoral degenerado se instalou – a partir justamente da moral vaga, abstrata, com pretensões corretivas. A moral consequencialista que detona a autonomia do Direito no bojo do Direito Eleitoral Sancionador.

### **3.2.2. A Crítica Hermenêutica do Direito de Lenio Streck como condição de possibilidade**

Em sua proposta teórica, Lenio Streck apresenta uma Teoria da Decisão construída a partir de uma imbricação entre Gadamer e Dworkin. Tal proposta está inserida no contexto do constitucionalismo Contemporâneo, que redefiniu o Direito Público a partir de uma reconstrução de todo fenômeno jurídico na senda do Direito Constitucional. Assim, procura-se estabelecer o horizonte teórico adequado para que as decisões judiciais construam respostas adequadas à Constituição. A obtenção de respostas adequadas à Constituição manifesta-se como direito fundamental do cidadão na medida em que o art. 93, inc. IX, da Constituição estabelece o dever fundamental de fundamentação das decisões judiciais<sup>674</sup>.

Já o caminho para a construção da CHD se encontra pavimentado por premissas centrais, tais como: a) uma Constituição não se operacionaliza por si mesma; b) o positivismo como obstáculo ao constitucionalismo; c) a Constituição e a necessidade de novos paradigmas interpretativos; d) a imbricação entre a hermenêutica filosófica de Hans-Georg Gadamer (superação do esquema sujeito-objeto; circularidade hermenêutica; pré-compreensão) e a teoria integrativa do Direito de Ronald Dworkin (moralidade pública – e não subjetiva ou adjudicadora), responsabilidade política dos juízes, coerência e integridade do Direito); e) a hermenêutica e as possibilidades de alcançar respostas corretas (adequadas à Constituição).

#### **3.2.2.1. Parte I: a Crítica Hermenêutica do Direito em sua primeira fase, a aproximação com a Filosofia Hermenêutica (Heidegger) e com a Hermenêutica Filosófica (Gadamer) e a superação do esquema sujeito-objeto**

---

<sup>674</sup> ABOUD, Georges; CARNIO, Henrique Garbellini; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **Introdução à teoria e à filosofia do Direito**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

Em sua proposta teórica, Lenio Streck apresenta uma Teoria da Decisão construída a partir de uma imbricação entre Gadamer e Dworkin. Tal proposta está inserida no contexto do constitucionalismo contemporâneo, que redefiniu o Direito Público a partir de uma reconstrução de todo fenômeno jurídico<sup>675</sup>.

O Constitucionalismo Contemporâneo, segundo Streck, “[...] é um fenômeno que surge no segundo pós-guerra”.<sup>676</sup> E a expressão, por sua vez, foi cunhada no livro *Verdade e Consenso*, tudo para “[...] superar as aporias das teorias constitucionalistas [...]”<sup>677</sup>, diferenciando, pois, a abordagem de Lenio, das demais abordagens ditas neoconstitucionalistas, que, não raro, apostam na discricionariedade interpretativa de modo a resolver os casos jurídicos. O Constitucionalismo Contemporâneo representa, assim, um redimensionamento na práxis político-jurídica, que se dá em dois níveis: no plano da teoria do estado e da Constituição, com o advento do Estado Democrático de Direito, e no plano da teoria do Direito, no interior da qual se dá a reformulação da teoria das fontes; da teoria da norma, da teoria da interpretação e da teoria da decisão<sup>678</sup>.

O percurso para a construção dessa teoria da decisão inicia-se com a obra *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise*, na qual o autor faz um diagnóstico da crise de dupla face que acomete o direito e a dogmática jurídica nos países de modernidade tardia e, a partir daí, procura apontar novas perspectivas para a construção do Direito.<sup>679</sup>

A primeira fase desta crise é de natureza epistemológica e aparece quando nos damos conta de que o pensamento jurídico continua refratário das conquistas produzidas pelo “linguistic turn” (viragem linguística) e pelo giro ontológico operado pela filosofia hermenêutica de Martin Heidegger<sup>680</sup> e pela hermenêutica filosófica de Hans-George Gadamer<sup>681</sup>. Diante disso, os juristas permanecem prisioneiros da vetusta relação sujeito-objeto, tal como a descrever a metafísica clássica e a filosofia da consciência, sem se darem conta de que a partir do giro linguístico, não é possível acessar os objetos senão através da linguagem. Por outro lado, a partir do giro ontológico, mostra-se que a interpretação de um texto jurídico traz consigo todas as implicações da faticidade e da

---

<sup>675</sup> Ibid., p. 463.

<sup>676</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de Hermenêutica**: quarenta temas fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do direito. Belo Horizonte: Letramento: Casa do Direito, 2017, p. 37.

<sup>677</sup> Ibid., p. 37.

<sup>678</sup> Id.; Ibid.

<sup>679</sup> ABBOUD; CARNIO, Ob. Cit., p. 464.

<sup>680</sup> HEIDEGGER, Martin. **Ser e tempo**. Petrópolis: Vozes, 2012.

<sup>681</sup> GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método**. 12. ed. Petrópolis: Vozes, 2012. v. I: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica; Id. **Verdade e método**. 6. ed. Petrópolis: Vozes, 2011. v. II: complementos e índice.

historicidade daquele que interpreta tais textos. Isso porque o homem é um animal formador de mundo, sendo desnecessário procurar uma ponte entre ele e os objetos. Assim, sua existência o atrai, desde sempre, para dentro de um mundo no interior do qual ele lida com objetos, os compreendendo e os interpretando a partir de uma estrutura – compartilhada por todos de um modo apriorístico – chamada pré-compreensão<sup>682</sup>.

A segunda fase da crise é uma crise de paradigmas. A partir dela, busca-se demonstrar como o pensamento jurídico dominante continua lidando com o fenômeno jurídico ao modo do paradigma liberal absentéista próprio do legalismo econômico reinante ao tempo do Estado-Liberal burguês. Esse fator obnubila as possibilidades de sentido projetadas pelo paradigma do Estado Democrático de Direito no interior do qual o Direito assume um caráter transformador, que vai mais além à simples conservação do status quo permitindo a transformação profunda da sociedade e do modo de composição de suas relações.<sup>683</sup>

A CHD, nesta primeira aparição, procura, então, “[...] revolver o chão linguístico no qual está assentada a tradição [...]”<sup>684</sup>, sendo que, assentada neste contexto, a CHD de Lenio Streck afigura-se como uma espécie de “[...] cadeira assentada entre o paradigma objetivista clássico e da filosofia da consciência”.<sup>685</sup> Fundamentalmente, a CHD move-se nas águas da fenomenologia hermenêutica, pela qual o horizonte do sentido é dado pela compreensão (Heidegger) e ser que pode ser compreendido é linguagem (Gadamer), onde a linguagem não é simplesmente objeto, e sim, horizonte aberto e estruturado e a interpretação faz surgir o sentido<sup>686</sup>.

Na dicção de Streck, o século XX foi generoso para com o direito e a filosofia. No direito, o segundo pós-guerra proporcionou a incorporação dos direitos de terceira dimensão ao rol dos direitos individuais (primeira dimensão) e sociais (segunda dimensão). Às facetas ordenadora (Estado Liberal de Direito) e promotora (Estado Social de Direito), o Estado Democrático de Direito agrega um *plus* (normativo): o direito passa a ser transformador, uma vez que os textos constitucionais passam a explicitar as possibilidades para o resgate das promessas incumpridas da modernidade,

---

<sup>682</sup> Ibid.

<sup>683</sup> Ibid.

<sup>684</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Lições de Crítica Hermenêutica do Direito**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016, p. 10.

<sup>685</sup> Ibid., p. 10.

<sup>686</sup> Id., Ibid.

questão que assume relevância ímpar em países de modernidade tardia como o Brasil, onde o *welfare state* não passou de um simulacro<sup>687</sup>.

Na filosofia, por sua vez, “[...] o giro ontológico-linguístico operou uma verdadeira revolução copernicana no campo da hermenêutica”.<sup>688</sup> Quer dizer: a linguagem, entendida historicamente como uma terceira coisa interposta entre um sujeito e um objeto, recebe o status de condição de possibilidade de todo o processo compreensivo. Torna-se possível, assim, superar o pensamento metafísico que atravessou dois milênios, isto porque se no paradigma da metafísica clássica os sentidos —estavam nas coisas e na metafísica moderna na mente (consciência de si do pensamento pensante), na guinada pós-metafísica o sentido passa a se dar na e pela linguagem<sup>689</sup>.

É, portanto, no interior destas duas revoluções, que devemos considerar o novo constitucionalismo (Constitucionalismo Contemporâneo) como superador dos diversos positivismos (do clássico-exegético, nas três versões — francesa, alemã e inglesa do positivismo — aos positivismos que apostam no protagonismo judicial, mormente a partir da admissão do poder discricionário dos juízes). Daí a possibilidade de afirmar a existência de uma série de oposições/ incompatibilidades entre o Constitucionalismo Contemporâneo e o(s) positivismo jurídico(s), a começar pela singela razão de que, se as constituições tem a pretensão de resgatar as promessas incumpridas da modernidade (pensemos nos países de modernidade tardia com o Brasil), por qual razão deveríamos deixar que os juízes venham a —cavar por debaixo da lei na busca de elementos que estão, ao fim e ao cabo, na sua concepção solipsista de sociedade?<sup>690</sup>.

A tarefa da CHD é a de “desenraizar aquilo que tendencialmente encobrimos (Heidegger-Stein)”. Fincada na matriz teórica originária da ontologia fundamental, busca, através de uma análise fenomenológica, o des-velamento (*Unverborgenheit*) daquilo que, no comportamento cotidiano, ocultamos de nós mesmos (Heidegger): o exercício da transcendência, no qual não apenas somos, mas percebemos que somos (*Dasein*) e somos aquilo que nos tornamos através da tradição (pré-juízos que abarcam a

---

<sup>687</sup> STRECK, Lenio Luiz. Superando os diversos tipos de positivismo: porque a hermenêutica é applicatio? **Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC**, Fortaleza, v. 34, n. 2, p. 275-276, jul./dez. 2014.

<sup>688</sup> Ibid., p. 276.

<sup>689</sup> Id., Ibid.

<sup>690</sup> STRECK, Lenio Luiz. Superando os diversos tipos de positivismo: porque a hermenêutica é applicatio? **Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC**, Fortaleza, v. 34, n. 2, p. 275-276, jul./dez. 2014.

faticidade e historicidade de nosso ser-no-mundo, no interior do qual não se separa o direito da sociedade, isto porque o ser é sempre o ser de um ente, e o ente só é no seu ser, sendo o direito entendido como a sociedade em movimento), e onde o sentido já vem antecipado (círculo hermenêutico). Afinal, conforme Heidegger, “[...] o ente somente pode ser descoberto seja pelo caminho da percepção, seja por qualquer outro caminho de acesso, quando o ser do ente já está revelado”<sup>691</sup>.

Trata-se, enfim, da elaboração de uma análise antimetafísica – entendida a metafísica como ontoteologia – isto porque a partir da viragem linguística e do rompimento com o paradigma metafísico aristotélico-tomista e da filosofia da consciência (e de suas vulgatas voluntaristas), a linguagem deixa de ser uma terceira coisa que se interpõe entre um sujeito e um objeto, passando a ser condição de possibilidade. Ao mesmo tempo, o processo interpretativo deixa de ser reprodutivo (*Auslegung*) e passa a ser produtivo (*Sinngebung*). É impossível ao intérprete desprender-se da circularidade da compreensão, isto é, como aduz com pertinência Stein, nós, que dizemos o ser, devemos primeiro escutar o que diz a linguagem. A compreensão e explicitação do ser já exige uma compreensão anterior. Há sempre um sentido que nos é antecipado. Opta-se, desse modo, por adotar a matriz heideggeriana, enquanto superação do esquema sujeito-objeto, representada pela busca na filosofia de um fundamento para o conhecimento, a partir do discurso que impera a ideia de juízo (Stein)<sup>692</sup>.

Heidegger, conforme Stein, apresenta a linguagem não como um terceiro elemento, um intermediário entre o sujeito e o objeto, mas como condição de possibilidade de manifestação de sentido, independentemente do “método” utilizado<sup>693-694</sup>. O intérprete está dentro da linguagem, imerso por ela, e nunca a abandona, aliás, sempre fala a partir dela.<sup>695</sup> Todo o pensar se agita no peito da linguagem, articulando-se em uma abertura, permitindo para nós experiências e compreensão sobre o mundo.<sup>696</sup>

---

<sup>691</sup>HEIDEGGER citado por STRECK, Lenio Luiz. **Lições de Crítica Hermenêutica do Direito**. Ob., cit., p. 11.

<sup>692</sup> Ibid., p. 12.

<sup>693</sup> STEIN, Ernildo. Gadamer e Constituição da Hermenêutica. In:STEIN, Ernildo; STRECK, Lenio Luiz (Orgs.). **Hermenêutica e epistemologia: 50 anos de verdade e método**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

<sup>694</sup> NOGUEIRA, Alexandre de Castro. **Decisão judicial na Justiça Eleitoral**: Ob., cit.,p. 77.

<sup>695</sup> OLIVEIRA, Manfredo Araújo. **Reviravolta lingüístico-pragmática na filosofia contemporânea**. São Paulo: Loyola, 2005.

<sup>696</sup> NOGUEIRA, Ob., cit.,p. 78.

A esse respeito, como afirma Nogueira: “O homem, desde sempre, encontra-se situado em um mundo determinado, hermenêutico, finito. Entendendo seu ser, o homem entende suas possibilidades e as suas condições”<sup>697</sup>. O modo de ser do estar-aí (STEIN, 2008) – ou eis-aí-ser (OLIVEIRA, 2005), ou do ser em si mesmo, é, de alguma forma, um ser adiante de si mesmo, conforme anota Oliveira (2005). Da mesma forma afirma Stein (2008). Streck (2013, p. 213), honra tal pensamento, informando que ‘homem (Ser-aí) e ser estão unidos por um vínculo indissociável. Isso porque, em tudo aquilo com que ele se relaciona o homem já compreendeu o ser, ainda que ele não se dê conta disso.’<sup>698</sup>

O conceito de ser, para Heidegger, é o mais universal e o mais vazio, resistindo a toda tentativa de definição. [...] Por outro lado, visualizar, compreender, escolher são atitudes constitutivas do questionamento e, ao mesmo tempo, modos de ser de um determinado ente, daquele ente que nós mesmos sempre somos. Elaborar a questão do ser significa tornar transparente um ente em seu ser [...]<sup>699</sup>.

O Dasein, nas palavras do próprio Heidegger, “[...] é a condição ôntica da possibilidade de descobrir o ente que se encontra no mundo, no modo de ser da prestabilidade”<sup>700</sup>. Heidegger, ao estabelecer a fenomenologia hermenêutica, ultrapassou os limites da “Fenomenologia Pura” (Transcendental) de Husserl, que ainda desempenhava a função do subjetivismo na própria coisa. Heidegger destaca que: “[...] pela pergunta originária acerca da serna multiplicidade de suas manifestações e na busca da resposta fora, não somente do pensamento subjetivista moderno, mas mesmo fora do pensado na tradição ocidental da metafísica.”<sup>701</sup>.

Neste ponto que haverá uma ruptura, acompanhado de Wittgenstein, com a filosofia da consciência, chamada, por Streck, de *giro ontológico-linguístico*, não se atrelando mais à mera consciência, mas a sua exteriorização. Esta nova interpretação fornecida por Heidegger parte do pressuposto de que o homem (ente) está no mundo e, conseqüentemente, causa reflexos nele, construindo-se o *ser-no-mundo*, sendo, então,

---

<sup>697</sup> NOGUEIRA, Alexandre de Castro. **Decisão judicial na Justiça Eleitoral**. Ob., cit., p. 78.

<sup>698</sup> *Ib.*, p. 78.

<sup>699</sup> A esse respeito: HEIDEGGER, Martin. **Ser e tempo**. Petrópolis: Vozes, 2012.p. 28-29; tb. STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.p. 284.

<sup>700</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014c.p. 284.

<sup>701</sup> STEIN, Ernildo. **Introdução ao pensamento de Martin Heidegger**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2011. p. 30.

este o papel da hermenêutica, isto é: “[...] levar o ser do ente a se manifestar como fenômeno [...], sendo a ontologia (fundamental) a interrogação explícita e teórica pelo sentido do ser”.<sup>702</sup> É deste modo que Heidegger identifica que a compreensão não surgiria da relação sujeito-objeto, mas sim sobre fenômenos, que independentemente do subjetivo humano, põem-se como são. Ou seja: a *Diferença Ontológica*.

A diferença ontológica apresentada por Heidegger recai sobre a clássica interpretação do ente e ser, fundada pela Metafísica de Aristóteles. Heidegger aponta que se deixou de estudar o ser para atender ao ente, e passou-se a integrar a existência de um ao outro. A diferença ontológica é o contraponto aos dualismos metafísicos, em que o ser vive fora do ente, e o ente do ser.

Nisto consiste a diferença ontológica: o ente só é – e, portanto, só pode ser percebido pelo ser-aí – no seu ser. Não há ser sem ente, porém o ente não pode ser compreendido fora do ser. Isso implica uma dupla estrutura que percorre toda linguagem e que sempre opera conosco quando pensamos ou fazemos algo e reduzimos esse pensar e esse fazer a enunciados.<sup>703</sup>

Passando, então, a fenomenologia a ser o meio pelo qual se deixa de reviver a mera existência das coisas como o meio do ser, Heidegger colocar a compreensão como fonte da fenomenologia heideggeriana. Streck, em mesma linha de Stein, reforçará que a fenomenologia de Heidegger é dividida em dois níveis de compreensão: Nível hermenêutico, de profundidade, que estrutura a compreensão – chamado por Heidegger de logos hermenêutico; nível apofântico, de caráter lógico, meramente explicativo – chamado por Heidegger de logos apofântico. O logos hermenêutico, desta forma, passa a ser a compreensão, um logos compreensivo-estruturante, [...] aquele que se dá praticamente no compreender enquanto somos um modo de compreender [...]. O logos apofântico, doutro modo, é o concebido como pré-compreensão, um logos lógico-explicativo: [...] logos da compreensão de uma preposição, de logos apofântico, o logos que se manifesta na linguagem”<sup>704</sup>.

---

<sup>702</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p. 284.

<sup>703</sup> OLIVEIRA, Rafael Tomaz de; STRECK, Lenio Luiz. Algumas indicações sobre o método fenomenológico-hermenêutico. **Revista Consultor Jurídico**, São Paulo, 26 dez. 2015. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2015-dez-26/diario-classe-indicacoes-metodo-fenomenologico-hermeneutico>>. Acesso em: 27 mai. 2024.

<sup>704</sup> STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto, decido conforme minha consciência?** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013b. p. 79.

Esta pré-compreensão, apesar de aparentar ser uma mera constatação, fora o grande passo para hermenêutica, embasando o início do círculo hermenêutico. Compreender é primeiro um modo de ser e um modo de acontecer. Por isso, compreender, e, portanto, interpretar (que é explicitar o que se compreendeu) não depende de um método. Existe um processo de compreensão prévio (pré-compreensão) que antecipa qualquer interpretação e que é fundamental, levando-nos para uma ideia de duplo sentido de compreensão<sup>705</sup>.

Gadamer, segundo Nogueira, vai além dessa discussão metodológica, partindo do *dasein* de Heidegger, entendendo, pois, “[...] que a analítica temporal do ser humano daquele demonstra que a compreensão não é um modo de comportamento do sujeito, mas uma maneira de ser do *dasein*”<sup>706</sup>. Enquanto Heidegger<sup>707</sup> se preocupou unicamente em desenvolver a estrutura prévia da compreensão, imbuído por uma finalidade essencialmente ontológica, Gadamer<sup>708</sup>, por sua vez, buscou compreender como a hermenêutica pode fazer jus à historicidade da compreensão<sup>709</sup>.

Com efeito, para Gadamer, “[...] não só o mundo é mundo apenas quando vem à linguagem, como a própria linguagem só tem sua verdadeira existência no fato de que nela se representa o mundo”<sup>710</sup>. É com essa premissa, portanto, a partir dessa relação entre “linguagem e mundo”, que se poderá alcançar um horizonte adequado para o “caráter de linguagem da experiência hermenêutica”<sup>711</sup>. Perceber-se, perceber o outro, desenvolver a escuta, argumentar com o outro, dizer, explicar e traduzir: eis algumas das tarefas que se colocam diante da nossa complexa realidade jurídica. Tarefas essas que, por assim dizer, compõem o horizonte estabelecido na Hermenêutica Filosófica sugerida por Gadamer.

Com Gadamer, a hermenêutica se transformará de simples técnica de compreensão das ciências do espírito (Dithley) em uma ontologia do intérprete e de seus condicionamentos existenciais. A compreensão, a interpretação e a aplicação, que eram até então enfrentados como três momentos distintos, sob a teoria de Gadamer

---

<sup>705</sup>STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto, decido conforme minha consciência?** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013b. p. 79.

<sup>706</sup> NOGUEIRA, Alexandre de Castro. **Decisão judicial na Justiça Eleitoral: lei de inelegibilidades e interpretação teleológica.** Curitiba: Juruá, 2015. p. 78.

<sup>707</sup> HEIDEGGER, Martin. **Ser e tempo.** Petrópolis: Vozes, 2012.

<sup>708</sup> GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método.** 12. ed. Petrópolis: Vozes, 2012. v. I: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica.

<sup>709</sup> NOGUEIRA, Ob. Cit., p. 79.

<sup>710</sup> GADAMER, Ob., cit., p. 354; tb. NOGUEIRA, Ob., cit., p. 79.

<sup>711</sup> GADAMER, Ob., cit., p. 354.

adquiririam caráter indivisível. Eis o *círculo hermenêutico* gadameriano, ponto fulcral da hermenêutica filosófica. Círculo Hermenêutico, para Gadamer, é um processo que se caracteriza por sua circularidade, pois tem o seu começo na pré-compreensão que o intérprete tem do texto, enquanto depois aquela retorna já modificada.

Gadamer, de acordo com Nogueira, acredita no caminho da linguagem como superação da metafísica porque essa “[...] não é um projeto de mundo da subjetividade; ela é menos linguagem do homem do que linguagem das coisas, pois nela acontece a correspondência entre subjetividade e objetividade”<sup>712</sup>. Para Gadamer compreender é interpretar. De mais a mais, relacionado com isso, está o fato de que “[...] a linguagem e a conceptualidade da interpretação foram reconhecidas como um momento estrutural interno da compreensão; com isso o problema da linguagem que ocupava uma posição ocasional e marginal passa a ocupar o centro da filosofia”<sup>713</sup>.

Compreender o que alguém diz é pôr-se de acordo na linguagem e não se transferir para o outro e reproduzir suas vivências. Destacamos que a experiência de sentido, que assim ocorre na compreensão, implica sempre um momento de aplicação. Percebemos agora que todo esse processo é um processo de linguagem. A linguagem é o meio em que se realizam o acordo dos interlocutores e o entendimento sobre a coisa em questão.<sup>714</sup>

Outra diferença importante entre a antiga hermenêutica e a nova é que aquela considerava a interpretação dos fenômenos históricos um verdadeiro problema devido à “distância temporal” que existia entre o passado e sua compreensão atual, sem entender que é justamente essa “historicidade” o que nos permite compreendê-las melhor. Chamado por Gadamer de história efetiva e sua consciência. O novo conceito de compreender repercutirá na dinâmica do conhecimento sujeito-objeto, entendidos até então como polos opostos. O dualismo sujeito-objeto transformar-se-á em uma nova fenomenologia do “estar ali”, concentrando-se numa só referência histórica.

Nesse sentido, Gadamer rejeita a pretensão de “se colocar no lugar de outro” para compreender algo, pois o existencial sempre mediatizado pelo tempo e pelos condicionamentos próprios de cada um. Dito de outro modo: eu só

---

<sup>712</sup>NOGUEIRA, Alexandre de Castro. **Decisão judicial na Justiça Eleitoral: lei de inelegibilidades e interpretação teleológica**. Curitiba: Juruá, 2015. p. 80.

<sup>713</sup>GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método**. 12. ed. Petrópolis: Vozes, 2012. v. I: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. p. 406.

<sup>714</sup> Ibid., p. 497.

possocompreender desde meu tempo e desde minha condição singular. Se eu estivesse no lugar do outro, já não seria minha compreensão enquanto acontecer histórico distinto.

Assim, o espaço que separa as pessoas será preenchido pela compreensão. É o que se chama de “fusão de horizontes”, sendo que horizonte é o âmbito de visão existente desde um ponto determinado da história, ou seja, o resultado dialético do contraste do passado como o presente. Tal horizonte, na medida em que desenvolvemos nossos pessoais preconceitos e geramos novos espaços de compreensão, nunca se esgota, nem se estabiliza, pois evolui sem fim.

Daí a necessidade de o intérprete do direito compreender o giro ontológico-linguístico, que poderia ser definido, de maneira sedimentada, assim: “[...] a metafísica seria entendida como ontologia, doutrina que estuda os caracteres fundamentais do ser; aquilo sem o qual algo não é, se refere às determinações necessárias do ser”<sup>715</sup>. E o denominado giro linguístico se dá através da ruptura com a filosofia da consciência, paradigma da subjetividade, já no século XX. É isso considerado a tábua de libertação da filosofia que, da essência, passara na modernidade para a consciência<sup>716</sup>. E destas, agora, dizemos nós, para a *linguagem*. É perceptível, então, nesse novo prisma, que o sujeito não é protagonista do conhecimento, mas a própria linguagem, de forma que a compreensão se apresenta como um pressuposto da própria condição humana, fazendo parte da dimensão ontológica, fazendo parte do que se compreende como círculo hermenêutico-ontológico<sup>717</sup>.

A viragem ontológico-linguística alterou toda a noção de conhecimento, podendo-se falar em relação entre atores sociais e proposições, colocando a linguagem em um ponto fulcral do conhecimento.<sup>718</sup> Nesse sentido, a consciência do intérprete perde espaço e ganha força a linguagem, naquilo que é colocado no mundo pelos atores sociais que fazem a sociedade, já que não há relacionamento entre esses e as coisas sem a linguagem.<sup>719</sup>

---

<sup>715</sup>STRECK, 2010, p. 13 apud NOGUEIRA, Alexandre de Castro. **Decisão judicial na Justiça Eleitoral: lei de inelegibilidades e interpretação teleológica**. Curitiba: Juruá, 2015. p. 80.

<sup>716</sup>Ibid.

<sup>717</sup> STRECK, Lenio Luiz. Aplicar a “letra da lei” é uma atitude positiva? **Revista Novos Estudos Jurídicos**, Itajaí, v. 15, n. 1, p. 166, jan./abr. 2010. Disponível em: <<http://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/download/2308/1623>>. Acesso em: 10 abr. 2024.

<sup>718</sup> NOGUEIRA, Ob., cit., p. 80-81.

<sup>719</sup> NOGUEIRA, Ob., cit., p. 81.

A esse respeito, como afirma Streck em *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise*, no fundo, a dogmática positivista não conseguiu ainda superar a metafísica clássica, circunstância facilmente perceptível em setores importantes da doutrina que a sustenta, acreditando que a palavra da lei (regra) designa não a coisa individual, mas a comum a várias coisas individuais, ou seja, a essência captável pelo intérprete (as súmulas são um típico exemplo da tentativa de abarcar a “substância” dos diversos casos jurídicos). Por outro lado, a dogmática jurídica também não superou a metafísica moderna, o que se pode perceber nas posturas de considerável parcela dos juristas que – a pretexto de “ultrapassar” a “literalidade” do texto – coloca no sujeito a tarefa heroica de descobrir os valores “escondidos” debaixo da regra, isto é, na “insuficiência” da regra - construída a partir da consciência de si do pensamento pensante – entra em cena o intérprete, para levantar o véu que “encobre o verdadeiro sentido da regra” (sic). Enquanto as insuficiências provocadas pela limitação própria das regras eram “superadas” pelas teorias da argumentação e correlatas (mas sempre ainda atreladas a teses axiológico-subjetivas), através do manuseio das incertezas (inerentes) da linguagem, o paradigma que supera esse modelo, sustentado no novo constitucionalismo, passa a ter na aplicação dos princípios – e não na sua ponderação como quer, por exemplo, Alexy – o modo de alcançar respostas adequadas constitucionalmente (respostas hermenêuticamente corretas), além de evitar a descontextualização do direito, cindindo o que é incidível: fato e direito, texto e norma, palavra e coisa, interpretação e aplicação, enfim, tantos dualismos que sustentam o modo positivista-metafísico do direito.<sup>720</sup>

Com efeito, parece que, no Brasil, compreendemos de forma inadequada o sentido da produção democrática do direito e o papel da jurisdição constitucional. Tenho ouvido em palestras e seminários que ‘hoje possuímos dois tipos de juízes’: aquele que se ‘apega’ à letra fria (sic) da lei (e esse deve ‘desaparecer’, segundo alguns juristas) e aquele que julga conforme os ‘princípios’ (esse é o juiz que traduziria os ‘valores’ – sic – da sociedade, que estariam ‘por baixo’ da ‘letra fria da lei’)<sup>721</sup>.

Porém, segundo Lenio Streck, cumprir princípios significa descumprir a lei? Cumprir a lei significa descumprir princípios? Existem regras (leis ou dispositivos legais) desindexados de princípios? Cumprir a ‘letra da lei’ é dar mostras de positivismo? Mas, o que é ser um positivista? Permito-me explicar melhor isso: por

---

<sup>720</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p. 170.

<sup>721</sup> *Ibid.*, p. 50.

vezes, cumprir a ‘letra da lei’ é um avanço considerável. Lutamos tanto pela democracia e por leis mais democráticas...! Quando elas são aprovadas, segui-las é nosso dever. Levemos o texto jurídico – quando ele estiver conforme a Constituição – a sério, pois! E, por favor, que não se venha com a velha história de que ‘cumprir a letra fria (sic) da lei’ é assumir uma postura positivista...! Aliás, o que seria essa ‘letra fria da lei’? Haveria um sentido em-si-mesmo da lei? Na verdade, confundem-se conceitos. As diversas formas de positivismo não podem ser colocadas no mesmo patamar e tampouco podemos confundir uma delas (ou as duas mais conhecidas) com a sua superação pelo e no interior do paradigma da linguagem<sup>722</sup>.

Mais pacientemente: positivismo exegético (que era a forma do positivismo primitivo) separava direito e moral, além de confundir texto e norma, lei e direito, ou seja, tratava-se da velha crença – ainda muito presente no imaginário dos juristas – em torno da proibição de interpretar, corolário da vetusta separação entre fato e direito, algo que nos remete ao período pós-revolução francesa e todas as consequências políticas que dali se seguiram. Depois veio o positivismo normativista, seguido das mais variadas formas e fórmulas que – identificando (arbitrariamente) a impossibilidade de um ‘fechamento semântico’ do direito – relegou o problema da interpretação jurídica a uma ‘questão menor’ (lembramos, aqui, de Kelsen).<sup>723</sup>

Atente-se: nessa nova formulação do positivismo, o problema do direito não está(va) no modo como os juízes decidem, mas, simplesmente, nas condições lógico-deônticas de validade das normas jurídicas. Entretanto, uma coisa todos esses positivismos têm até hoje em comum: a discricionariedade (que acaba não se fixando sequer nos limites da ‘moldura’ semântica). E tenho a convicção de que isso se deve a um motivo muito simples: a tradição continental, pelo menos até o segundo pós-guerra, não havia conhecido uma Constituição normativa, invasora da legalidade e fundadora do espaço público democrático. Isso tem consequências drásticas para a concepção do direito como um todo!<sup>724</sup>.

Logo, conforme Streck, saltamos agora de um legalismo rasteiro, que reduzia o elemento central do direito ora a um conceito estrito de lei (como no caso dos códigos oitocentistas, base para o positivismo primitivo), ora a um conceito abstrato-

---

<sup>722</sup>STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p. 50-51.

<sup>723</sup> Ibid.

<sup>724</sup> Ibid.

universalizante de norma (que se encontra plasmado na ideia de direito presente no positivismo normativista), para uma concepção de legalidade que só se constitui sob o manto da constitucionalidade<sup>725</sup>.

Daí, pois bem, que obedecer ‘à risca o texto da lei’ democraticamente construído (já superada a questão da distinção entre direito e moral) “[...] não tem nada a ver com a ‘exegese’ à moda antiga (positivismo primitivo)”<sup>726</sup>. No primeiro caso, a moral ficava de fora; agora, no Estado Democrático de Direito, ela é cooriginária. Portanto, hoje quando falamos em ‘legalidade’ estamos nos referindo a outra legalidade, uma legalidade constituída a partir dos princípios que são o marco da história institucional do direito; uma legalidade, enfim, que se forma no horizonte daquilo que foi, prospectivamente, estabelecido pelo texto constitucional (não esqueçamos que o direito deve ser visto a partir de uma revolução copernicana que o atravessou depois do segundo pós-guerra)<sup>727</sup>.

Repito: ‘cumprir a letra (sic) da lei’ significa sim, nos marcos de um regime democrático como o nosso, um avanço considerável. A isso, deve-se agregar a seguinte consequência: é positivista tanto aquele que diz que texto e norma (ou vigência e validade) são a mesma coisa, como aquele que diz que ‘texto e norma estão descolados’ (no caso, as posturas axiologistas, realistas, pragmaticistas etc.). Não esqueçamos: Kelsen, Hart e Ross foram todos positivistas. E disso todos sabemos as consequências. Ou seja: apegar-se à letra da lei pode ser uma atitude positivista ou pode não ser. Do mesmo modo, não se apegar à letra da lei pode caracterizar uma atitude positivista ou antipositivista. Por vezes, ‘trabalhar’ com princípios (e aqui vai à denúncia do pamprincipiologismo que tomou conta do ‘campo’ jurídico de terrae brasilis) pode representar uma atitude (deveras) positivista. Utilizar os princípios para contornar a Constituição ou ignorar dispositivos legais – sem lançar mão da jurisdição constitucional (difusa ou concentrada) – é uma forma de prestigiar tanto a irracionalidade constante no oitavo capítulo da TPD de Kelsen, quando homenagear, tardiamente, o positivismo discricionarista de Hart. Não é desse modo, pois, que escapamos do positivismo<sup>728</sup>.

---

<sup>725</sup> Ibid., p. 51.

<sup>726</sup> Id.; Ibid.

<sup>727</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

<sup>728</sup> Ibid.

No entanto, a prática jurídica contemporânea, sobretudo em terras brasileiras, vem demonstrando essa clara crise de paradigmas e, conseqüentemente, na compreensão e utilização das fontes do direito atual, cujo centro do debate deve perpassar necessariamente pela Constituição. E, como consequência direta disso, há um condenável arrefecimento do Estado Democrático de Direito. Eis principal enfoque da CHD.

Para tanto, basta ver, de um lado, a considerável gama de “atos normativos” e dispositivos específicos afastados do paradigma do constitucionalismo contemporâneo vigentes e aplicáveis diuturnamente. Isto é, o apego descriterioso ao objetivismo. E, de outro, como mencionado, a incessante e acrítica aposta na discricionariedade, no arbítrio e no ativismo/decisionismo/protagonismo judicial. Ou seja, o apego – não menos descriterioso - ao subjetivismo. A velha crença na dicotomia entre o intérprete “escravo da lei” e o intérprete “dos princípios” (dono dos sentidos da lei), como se a principiologia constitucional se prestasse a esta “abertura semântica”.

Noutras palavras, o que todo esse enredo denota é uma crise de paradigmas tão denunciada por Lenio Streck. Isto é, a crise do paradigma aristotélico-tomista e da filosofia da consciência (e das teses voluntaristas no atacado) porquanto, segundo a lição, de um lado, a dogmática se encontra sustentada pelas posturas objetivistas acima denunciadas (por exemplo, o mencionado exegetismo) e, de outro, quando geralmente interessa, no subjetivismo, que vem a encobrir o solipsismo judicial (livre convencimento, livre apreciação das provas, protagonismo judicial, ponderação de valores, etc.). Ou seja, nada mais, nada menos, do que o (ainda vigente) esquema sujeito-objeto.

Ocorre que, no âmbito do Estado Democrático de Direito, pelo seu perfil compromissório, dirigente e vinculativo (Streck), o constitucionalismo contemporâneo constitui a ação do Estado (legislador, executivo e juiz). Logo, citando Marco Marrafon, não há mais ambiente teórico para a defesa das velhas visões positivistas e para o apego primário e rasteiro ao texto legal. Também a atividade judicial não pode permanecer impregnada pelo reconhecimento da discricionariedade operada pelos positivistas mais sofisticados, como Kelsen. De outro lado, tampouco a quebra da legalidade pela tópica jurisprudencialista tem propiciado efeitos promissores para a realização da Constituição. Com efeito, a crise das fontes do Direito ora diagnosticada demonstra que o primado do jurisprudencialismo promove grave insegurança jurídica e

viola os princípios estruturantes e basilares do modelo de Estado Democrático de Direito. Nele, o governo das leis é incompatível com o governo dos juízes e suas vontades. Assim, partindo da ideia de que o constitucionalismo moderno incorpora uma narrativa avançada em termos civilizatórios, inexistindo espaço para o pós-modernismo de índole relativista em relação aos valores a orientar a elaboração normativa, chega-se à conclusão de que a centralidade da Constituição brasileira deve ser observada e promovida, de modo a reinventar a dogmática infraconstitucional.<sup>729</sup> Contudo, a valorização da Constituição não implica em recusa à importância da Lei, que além de fonte imediata do Direito, é importante mecanismo de concretização e regulamentação legítima da própria normatividade constitucional. Isso significa que, sem abrir mão da dinâmica que promove o diálogo com outras fontes – doutrina, jurisprudência e Direitos Humanos – como vetores que alicerçam legitimidade à ação jurídica e devem informar também o legislador, a reconstrução da teoria das fontes em chaves não positivistas passa por duas diretrizes fundamentais. A primeira reside na promoção da presença normativa da Constituição por meio do controle de constitucionalidade substancial da legislação de modo a preservar e fomentar os Direitos Fundamentais. A segunda consiste na revalorização da Lei enquanto fonte do Direito, com observância de sua estrutura textual e compreensão do seu conteúdo no contexto do mundo prático e dos jogos de linguagem vigentes, até porque a crise das fontes não se deve a eventuais excessos no controle de constitucionalidade, mas sim ao apego judicial a qualquer *topoi* argumentativo que aparentemente traga uma solução, em detrimento aos textos legais<sup>730</sup>.

É preciso ter presente que a afirmação do caráter hermenêutico do Direito e a centralidade que assume a jurisdição nesta quadra da história, na medida em que o legislativo (a lei) não pode antever todas as hipóteses de aplicação, não significa uma queda na irracionalidade e nem uma delegação em favor de decisionismos. Talvez o grande problema esteja no fato de que a crise de paradigmas de dupla face continua a sustentar — e possibilitar que se multipliquem — os discursos positivistas, que apostam na discricionariedade do intérprete (veja-se, por todos, o decisionismo kelseniano e a contundente crítica feita por Dworkin a Hart). Não é difícil encontrar, mesmo na doutrina, autores sustentando ser facultado ‘ao intérprete estimular as interpretações

---

<sup>729</sup> MARRAFON, Marco Aurélio; ROBL FILHO, Ilton Norberto. A crise das fontes jurídicas enquanto crise do Estado Democrático de Direito. **Revista Eletrônica Direito e Política**, Itajaí, v.9, n.3, p. 1434-1458, 2014. Disponível em: <<https://siaiap32.univali.br//seer/index.php/rdp/article/viewFile/6746/3843>>. Acesso em: 18 abr. 2024.

<sup>730</sup> Ibid.

possíveis, de acordo com sua vontade e o seu conhecimento' (sic) e que 'dentre as diversas opções colocadas ao seu dispor, o exegeta escolhe aquela que lhe afigurar com a mais satisfatória' (sic), podendo valer-se, para tanto, 'dos recursos que estiverem ao seu dispor' (sic). Ou, ainda, que 'interpretar a lei é retirar da norma tudo o que ela contém' (sic), como se o processo hermenêutico fosse uma 'lipoaspiração epistemológica'<sup>731</sup>. Conseqüentemente, "[...] o processo hermenêutico não autoriza atribuições arbitrárias ou segundo a vontade e o conhecimento do intérprete. Aliás, este é um ponto fundamental da luta pela superação do positivismo-normativista: o constitucionalismo – compreendido paradigmaticamente – coloca freios à discricionariedade própria do positivismo-normativista"<sup>732</sup>.

### **3.2.2.2. Parte II: a Crítica Hermenêutica do Direito em sua segunda fase e a aproximação (complementar) com a Teoria do Direito como Integridade de Dworkin**

Em Verdade e Consenso, acontece uma “virada teórica” no pensamento do autor e o problema da decisão judicial, que já aparecia no ambiente de obras anteriores, passa a ser o ponto de referência de suas preocupações teóricas<sup>733</sup>. Assim, seguindo advertência de Dworkin, de que “não conseguiremos encontrar uma fórmula para garantir que todos os juízes cheguem à mesma resposta em processos constitucionais complexos, inéditos ou importantes”, Streck realiza uma Teoria da Decisão de modelo construtivista, vale dizer, uma teoria que onera o intérprete no momento de construir seu argumento de modo a apresentar uma justificação adequada à constituição do ajuste por ele realizado entre as circunstâncias concretas do caso e o contexto normativo do direito da comunidade<sup>734</sup>.

Aqui, nesta segunda fase da CHD, há uma aproximação com a Teoria do Direito como Integridade de Ronald Dworkin, que girará, portanto, em torno de questões solares, tais como a moralidade política (não relativista ou subjetiva), responsabilidade política dos juízes, coerência e integridade do Direito, resposta adequada à Constituição. A questão é que o Direito é um conceito interpretativo. Porém, a interpretação não pode

---

<sup>731</sup> STRECK, Lenio Luiz. Devemos nos importar, sim, com o que a doutrina diz. **Revista Consultor Jurídico**, São Paulo, 5 jan. 2006. Disponível em: <[http://www.conjur.com.br/2006-jan-05/devemos\\_importar\\_sim\\_doutrina](http://www.conjur.com.br/2006-jan-05/devemos_importar_sim_doutrina)>. Acesso em: 8 abr. 2024.

<sup>732</sup> Ibid.

<sup>733</sup> ABOUD, Georges; CARNIO, Henrique Garbellini; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **Introdução à teoria e à filosofia do Direito**. Ob., cit., p. 464.

<sup>734</sup> Ibid., p. 465.

ser algo surgido de um grau zero de sentido, dos desígnios autônomos do intérprete, dos seus desejos, das suas vontades, das suas visões de mundo etc. Há limites semânticos, pois. Desse modo, a CHD, nesta segunda fase, construirá, a partir da referida aproximação, vetores tendentes a onerar o intérprete no ato da interpretação-aplicação do Direito, como que a materializar as “amarras de Ulisses”<sup>735</sup>.

Como recorrentemente afirmado por Streck, “O Direito importa e é por isso que nos preocupamos com ele”! Assim, se a primeira fase da CHD tem por escopo a superação do esquema sujeito-objeto a partir da hermenêutica filosófica, nesta segunda manifestação da CHD o foco é construir uma imbricação entre a Hermenêutica Filosófica de Gadamer e a Teoria Integrativa do Direito de Dworkin, tudo com vistas à apresentar uma Teoria da Decisão compatível com a democracia, especialmente na vertente do Estado Democrático do Direito.

Na defesa de sua tese, “[...] o autor insiste na importância paradigmática da noção de applicatio que aparece em Gadamer [...]”<sup>736</sup>. Com ela o direito se liberta da velha armadilha presente nas teorias tradicionais sobre a hermenêutica que acreditavam na possibilidade de separar o fenômeno interpretativo – e, no limite, o decisional – em partes. Na verdade, “[...] no campo do conhecimento do direito é preciso ter presente que nenhum processo lógico argumentativo pode ‘acontecer’ sem a pré-compreensão”<sup>737</sup>. Por outro lado, a hermenêutica, ao ampliar o espaço de legitimação dos processos cognitivos, estabelece as condições necessárias para dar conta desse complexo pré-compreensivo, determinando seus limites e sua pretensão de

---

<sup>735</sup> “[...] as Constituições funcionam como as correntes de Ulisses, através das quais o corpo político estabelece algumas restrições para não sucumbir ao despotismo das futuras maiorias (parlamentares ou monocráticas). Isso é de fundamental importância. Algo que os gregos ainda podem nos ensinar com a autoridade daqueles que forjaram o discurso democrático: entre eles as decisões mais importantes acerca dos destinos da pólis só poderiam ser levadas a efeito no diálogo que se estabelecia na ágora” (STRECK, Lenio Luiz; BARRETO, Vicente de Paulo; TOMAZ DE OLIVEIRA, Rafael. **Ulisses e o Canto das Sereias: ativismos judiciais e o perigo da instauração de um “terceiro turno da Constituinte”**. Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD) 1(2): 75-83 julho-dezembro 2009, p. 2). Mesmo nos momentos de desespero coletivo – como ocorre em casos de Guerra, o que aparece claramente no texto de Homero – era necessário obedecer à razão e não às paixões temporárias ou aos interesses derivados das preferências pessoais de cada um dos indivíduos. E, como Ulisses e suas correntes, “também a democracia construída pelos gregos passava pelo desenvolvimento de mecanismos que limitavam o exercício do poder e o racionalizavam. Enfim, mecanismos de pré-compromissos, ou de autorrestrição” (STRECK, Lenio Luiz; BARRETO, Vicente de Paulo; TOMAZ DE OLIVEIRA, Rafael. **Ulisses e o Canto das Sereias: ativismos judiciais e o perigo da instauração de um “terceiro turno da Constituinte”**. Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD) 1(2): 75-83 julho-dezembro 2009, p. 2).

<sup>736</sup> ABOUD, Georges; CARNIO, Henrique Garbellini; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **Introdução à teoria e à filosofia do Direito**. Ob., cit., p. 465.

<sup>737</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**. Ob., cit., p. 476; tb. Ibid., p. 465.

universalidade, possibilitando, assim, determinar a validade daquilo que foi obtido através da interpretação<sup>738</sup>.

Segundo Lenio, “[...] parece claro que existe razoável nível de consenso no sentido de que é possível compatibilizar constitucionalismo e democracia”<sup>739</sup>. Esse, de acordo com Streck, é um “ponto fundamental”, pois, na esteira das lições apresentadas pelo autor, “[...] é neste debate que aparece com maior evidência o problema do papel democrático do Poder Judiciário e da justiça constitucional em geral”<sup>740</sup>. A teoria integrativa de Dworkin e a hermenêutica filosófica têm procurado responder a essas questões<sup>741</sup>.

De Dworkin – e de sua noção de direito como integridade – retira-se os elementos necessários para compor os padrões mínimos que devem estar presentes em toda decisão. Esses padrões compõem algo que pode ser nomeado como história institucional do Direito e têm nos princípios os marcos definidores de seu caminho<sup>742</sup>.

Em defesa de Dworkin – circunstância que pode ser estendida à hermenêutica filosófica –, é preciso lembrar que, enquanto um procedimentalista como Habermas desonera os juízes da elaboração de discursos de fundamentação – porque desacredita na possibilidade de os juízes poderem livrar-se da razão prática (evitada de solipsismo) –, ele (Dworkin) ataca esse problema a partir da responsabilidade política de cada juiz/intérprete/aplicador, obrigando-o (has a duty) a obedecer a integridade do direito, evitando que as decisões se baseiem em raciocínios ad hoc (teleológicos, morais ou de política).<sup>743</sup>

Assim, para Streck, quando Dworkin diz que o juiz deve decidir lançando mão de argumentos de princípio e não de políticas, não é porque esses princípios sejam ou estejam elaborados previamente, à disposição da ‘comunidade jurídica’, como enunciados assertórios ou categorias (significantes primordiais-fundantes)<sup>744</sup>.

Na verdade, seguimos com Streck, “[...] quando sustenta essa necessidade, apenas aponta para os limites que devem haver no ato da aplicação judicial (por isso, ao

---

<sup>738</sup> Ibid., p. 476; tb. ABOUD; CARNIO; OLIVEIRA, Ob., cit., p. 465.

<sup>739</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**. Ob., cit., p. 476.

<sup>740</sup> Ibid, p. 476.

<sup>741</sup> Id.; Ibid.

<sup>742</sup> ABOUD, Georges; CARNIO, Henrique Garbellini; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **Introdução à teoria e à filosofia do Direito**. Ob., cit., p. 465.

<sup>743</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**. Ob., cit., p. 485.

<sup>744</sup> Ibid.

direito não importa as convicções pessoais/morais do juiz acerca da política, sociedade, esportes, etc., ele deve decidir por princípios”.<sup>745</sup> É preciso entender, assim sendo, que essa “blindagem” contra discricionarismos é uma defesa candente da democracia, uma vez que Dworkin está firmemente convencido – e acertadamente – de que não tem sentido, em um Estado Democrático, que os juízes tenham discricionariedade para decidir os “casos difíceis”<sup>746</sup>.

E isso é (e deve ser) assim, conforme leciona Lenio Streck, “[...] porque Dworkin compreendeu devidamente o problema do esquema sujeito-objeto”.<sup>747</sup> Exatamente por superar o esquema sujeito-objeto é que Dworkin não transforma o seu “juiz-Hércules” em um juiz solipsista, tampouco em alguém preocupado apenas em elaborar discursos prévios, despreocupados com a aplicação (decisão). Hércules é uma metáfora, demonstrando as possibilidades de se controlar o sujeito da relação de objeto, isto é, com Hércules se quer dizer que não é necessário, para superar o sujeito solipsista da modernidade, substituí-lo por um sistema ou por uma estrutura.<sup>748</sup> Dessa maneira, é que a teoria de Dworkin, assim como a hermenêutica, por serem teorias preocupadas fundamentalmente com a applicatio, “[...] não desonera o aplicador (juiz) dos [...] discursos de fundamentação”<sup>749</sup>.

Esse compromisso, a partir da aproximação da CHD com a teoria do direito como integridade, “[...] passa pela reconstrução da história institucional do direito e pelo momento de colocação do caso julgado dentro da cadeia de integridade do direito”.<sup>750</sup> Portanto, a decisão jurídica não se apresenta como um processo de escolha do julgador das diversas possibilidades de solução da demanda. Mas, sim, como um processo em que o julgador deve estruturar sua interpretação – como a melhor, a mais adequada – de acordo com o sentido do direito projetado pela comunidade política<sup>751</sup>.

Para a CHD, decidir não é escolher. O ato de decidir, ao contrário, deverá passar por um compromisso (pré-compreendido), que poderá ser acessado pelo intérprete/decisor a partir de uma reconstrução da história institucional do Direito, que se dará, pois, a partir dos princípios (justamente o marco de reconstrução dessa história).

---

<sup>745</sup>Ibid.

<sup>746</sup>Ibid.

<sup>747</sup>Ibid.

<sup>748</sup>Ibid.

<sup>749</sup>Ibid.

<sup>750</sup>ABBOUD, Georges; CARNIO, Henrique Garbellini; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **Introdução à teoria e à filosofia do Direito**. Ob., cit., p. 466.

<sup>751</sup>Ibid., p. 466.

Assim, decidir por princípio (não pela moral subjetiva, pela política ou pela economia), significa nos movermos “[...] na ordem do a priori e, portanto, fazemos um esforço de explicitação de algo que, com algumas ressalvas, poderíamos chamar de transcendentalidade jurídica”<sup>752</sup>.

Em um modelo hermenêutico (CHD) ou integrativo (dworkiniano), sentenças e acórdãos são atos de decisão e não de escolha. São atos de poder em nome do Estado. Ronald Dworkin diz que a decisão judicial é um ato de responsabilidade política – e ele o defende nos campos da lógica, da filosofia da linguagem, da teoria da norma, da decisão judicial, da filosofia moral e política, além da meta-ética. Por isso mesmo é que a decisão judicial não é uma mera opção por uma ou mais teses.<sup>753</sup> A democracia sempre corre perigo se a aplicação do Direito pelos juízes e Tribunais é feita sem uma adequada teoria da decisão judicial, enfim, de uma criteriologia e, finalmente, sem mirar em uma resposta correta, que a partir da CHD denomina-se resposta adequada à Constituição.<sup>754</sup>

Quando a CHD foi criada, segundo as palavras de seu próprio criador, não foi realizada uma simples adesão à proposta de Dworkin. Os sistemas da common law e da civil law são distintos. Além disso, a proposta da CHD se encontra “[...] sustentada nos pressupostos da hermenêutica filosófica gadameriana”.<sup>755</sup> Para alcançar a resposta correta – denominada na CHD de resposta adequada à Constituição – utilizou-se o caminho promissor desenhado a partir da imbricação da hermenêutica filosófica gadameriana com a teoria da “law as integrity” de Dworkin, ambas importantes para a formação da CHD. Com efeito, ambas são antirrelativistas e antidiscrecionárias, apostando, respectivamente, na tradição, coerência e na integridade para conter as “contingências” do Direito, que seduzem os juízes a julgar pragmaticamente. Mais ainda, Gadamer e Dworkin não separam a “interpretação” da “aplicação” (daí a noção de applicatio, que rompe com a antiga tripartição entre *subtilitasintelligendi*, *subtilitasexplicandi* e *subtilitasapplicandi*, tudo acontecendo como applicatio). Para eles e para a CHD, não há grau zero na interpretação.<sup>756</sup> Portanto, tanto em Gadamer como em Dworkin, é possível distinguir boas e más decisões (pré-juízos autênticos/legítimos e inautênticos/ilegítimos), o que significa que, quaisquer que sejam seus pontos de vista

---

<sup>752</sup>Id.; Ibid.

<sup>753</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de Hermenêutica**: Ob., cit., p. 36.

<sup>754</sup>Ibid., p. 36.

<sup>755</sup>Id.; Ibid.

<sup>756</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de Hermenêutica**. Ob., cit., p. 36.

sobre a justiça e o Direito a um tratamento igualitário, os juízes também devem aceitar uma restrição independente e superior, que decorre da integridade, nas decisões que proferem<sup>757</sup>.

É nessa perspectiva, a partir dessa imbricação entre a hermenêutica filosófica gadameriana e a teoria do direito como integridade dworkiniana, que a CHD “[...] propõe um redimensionamento do papel da doutrina que, além das clássicas atribuições de sistematização do conhecimento jurídico, deveria efetuar um efetivo papel de ‘censora’ das decisões dos Tribunais: uma verdadeira censura epistemológica das decisões”<sup>758</sup>.

### **3.2.2.3. Os cinco princípios a serem observados na interpretação-aplicação do Direito Eleitoral Sancionador e as seis hipóteses de não aplicação da legislação:**

Dessa forma, a imposição (democrática) de construção de respostas adequadas à Constituição fizeram com que a CHD apresentasse, por oportuno, diretrizes de controle do intérprete no ato da interpretação, que se articulam, pois, a partir de cinco princípios a serem observados no ato da aplicação, bem assim a partir das únicas seis hipóteses pelas quais o juiz não estaria obrigado a aplicar a lei ou o texto legal, o que vem calhar ao Direito Eleitoral Sancionador.

Os princípios são os seguintes: a) preservar a autonomia do Direito; b) estabelecer as condições hermenêuticas para a realização de um controle da interpretação constitucional; c) o respeito à integridade e à coerência do Direito; d) o dever fundamental de fundamentação das decisões judiciais; e) o direito fundamental a uma resposta adequada à Constituição.

Já as seis hipóteses pelas quais o julgador estaria desobrigado de aplicar a lei ou o texto legal são as seguintes: a) o ato normativo é inconstitucional, assim declarado via controle difuso ou controle concentrado de constitucionalidade; b) aplicação dos critérios de resolução de antinomias (*Lex posterior derogat legi priori*; *Lex specialis derogat legi generalis*; *Lex superior derogat legi inferior*); c) interpretação conforme a Constituição; d) nulidade parcial sem redução de texto; e) nulidade parcial com redução

---

<sup>757</sup> Ibid., p. 37.

<sup>758</sup> ABOUD, Georges; CARNIO, Henrique Garbellini; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **Introdução à teoria e à filosofia do Direito**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 466.

de texto; f) a regra jurídica (aplicada ao caso concreto) viola um princípio constitucional<sup>759</sup>.

### 3.3. Devido Processo Legal Eleitoral:

#### 3.3.1. Por uma pré-compreensão adequada acerca do processo judicial eleitoral:

O que há de comum entre episódios tão distantes no tempo como a Revolução Protestante, a Revolução Francesa e a Revolução Americana? Fácil: a presença essencial de advogados. E entre a Paz das Vestfália e o romance “O sol é para todos”<sup>760</sup>? Juristas. Com efeito, os detentores do conhecimento jurídico tiveram importância decisiva por trás de todos os grandes acontecimentos da humanidade<sup>761</sup>.

Das Catilinárias, de Cícero, ao Código Justiniano. Da fundação da Escola de Direito de Bolonha ao *Tractatus* de Ranulfo de Glanvill. Da Magna Carta inglesa, imposta contra o Rei João<sup>762</sup>, passando pela Suma Teológica<sup>763</sup>, de Tomás de Aquino e o *De tyranno*, de Coluccio Salutati. Do Príncipe<sup>764</sup>, de Maquiavel, à Utopia<sup>765</sup>, de Thomas More, às 95 teses, de Lutero, à Teologia natural, de Montaigne e ao *De jure belli et pacis*, de Hugo Grócio. Passando pelos *Institutes*<sup>766</sup>, de Sir Edward Coke, o Discurso sobre o Método<sup>767</sup>, de Decartes, o Leviatã<sup>768</sup>, de Hobbes, os Dois Tratados sobre o Governo<sup>769</sup>, de Locke, os *Commentaries*, de Blackstone<sup>770</sup>, O Espírito das Leis<sup>771</sup>, de Montesquieu, o Contrato Social<sup>772</sup>, de Rousseau, e o *Rights of Man*<sup>773</sup>, de Thomas Paine. Para ficarmos apenas aqui. Obras de impacto, todas elas. Fizeram história, pois, cada qual a seu modo.

---

<sup>759</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e decisão jurídica**. Ob., cit.

<sup>760</sup> LEE, Harper. **O Sol é para todos**. Trad.: Beatriz Horta. Rio de Janeiro: José Olympio, 2006, 349 p.

<sup>761</sup> NEVES, José Roberto de Castro. **Como os advogados salvaram o Mundo: a história da advocacia e a sua contribuição para a humanidade**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2018.

<sup>762</sup> Um dos maiores mitos da história do Direito no Ocidente é a afirmativa de que esse documento teria sido a “Carta de João Sem-Terra”. Não foi dele. Mas imposta contra ele.

<sup>763</sup> AQUINO, Tomás de. **Suma Teológica**. 5 vols. São Paulo: Ecclesiae, 2023.

<sup>764</sup> MAQUIAVEL, Nicolau. **O Príncipe**. São Paulo: Edipro, 2018.

<sup>765</sup> MORE, Thomas. **Utopia**. São Paulo: Penguin, 2018.

<sup>766</sup> COKE, Edward. **Institutes of Laws of England**. Reprint of the eighteenth edition. Originally published: London, J. & W. T. Clarke, 1823. Two volumes. Ccxvi [606]; iv [772] pp.

<sup>767</sup> DECARTES, René. **Discurso sobre o método**. 2ª ed. São Paulo: Vozes, 2011.

<sup>768</sup> HOBBS, Thomas. **Leviatã**. 1ª ed. São Paulo: Edipro, 2015.

<sup>769</sup> LOCKE, John. **Dois tratados sobre o governo**. 4ª ed. São Paulo: Vozes, 2006.

<sup>770</sup> BLACKSTONE, William. **Commentaries on the Laws of England**. Ed. George Sharswood. Philadelphia: J. B. Lippincott Company, 1893.

<sup>771</sup> MONTESQUIEU, Charles Louis de. **Do Espírito das Leis**. 1ª ed. São Paulo: Edipro, 2003.

<sup>772</sup> ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Contrato Social: princípios de direito político**. São Paulo: Edipro, 2017.

<sup>773</sup> PAINE, Thomas. **Direitos do Homem**. São Paulo: Edipro, 2005; tb. PAINE, Thomas. **Senso Comum**. São Paulo: Martin Claret, 2005.

Questões jurídicas eram tratadas desde há muito, aliás, mesmo quando a advocacia, como profissão, sequer mesmo existia. Um registro concreto vem da literatura grega, com o julgamento de Orestes, consagrada na famosa Oresteia<sup>774</sup>, de Ésquilo. Orestes mata a mãe, Clitemnestra, como vingança pela morte do pai, Agamenon, que havia sido assassinado por ela. Orestes é levado a julgamento. A acusação ficou por conta das Erínias. A defesa coube a Apolo, o Deus da Luz, primeiro advogado de que se tem conhecimento na história. O julgamento deu empate. E coube à Deusa Atenas resolver a questão. Ela absolveu Orestes. O empate indicava dúvida. E a dúvida deveria pesar em favor do acusado. Na dúvida, a absolvição se impunha. Eis aí, por conta dos gregos, a origem do “voto de Minerva” – Atenas, para os romanos, é Minerva<sup>775</sup>.

Pensadores jurídicos muito deram de bom à civilização, tendo ocupado local de destaque em muitos dos acontecimentos mais relevantes da história, não raro protegendo a humanidade do seu maior inimigo: ela mesma. José Roberto de Castro Neves escreveu, inclusive, em obra de referência, que “os advogados não apenas modelaram e formaram a civilização. Os advogados salvaram o mundo”<sup>776</sup>. A referência quanto aos advogados, o registro é relevante, vem consignada com tons de amplitude, não apenas se voltando à profissão em sentido estrito, especialmente a ela, sim, mas, também, aos pensadores em geral, que entregaram, de igual forma, as suas luzes em defesa da liberdade. A modernidade mesmo foi construída com lastro em pensadores do Direito, ainda que alguns deles não tivessem formação jurídica propriamente dita, sendo que institutos como monarquia constitucional, supremacia parlamentar e controle de constitucionalidade, dentre outros – como *Supreme Law* e direitos individuais - transitam por aí<sup>777</sup>.

---

<sup>774</sup> ÉSQUILO. **Oresteia**: Agamêmnon, Coéforas, Eumênides. Trad.: Mário da Gama Kury. 6ª ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2008.

<sup>775</sup> Soa estranho, diga-se, que, mesmo em pleno século XXI, não tenhamos absorvido devidamente essa lição, de modo que podemos falar aqui nos julgamentos em matéria eleitoral. Os tribunais eleitorais são compostos por sete magistrados. E a Presidência é a última a votar. Ocorre, por vezes, de o julgamento chegar empatado, com três votos pela condenação (à cassação, p. ex.) e três votos pela absolvição. O voto deveria pesar em prol do acusado, a mais não poder. O empate denota dúvida. E ela pesa em prol do réu. Todavia, não tem sido assim. Alguns falam acerca da inexistência de norma regimental. Porém, a pergunta é: precisa? A resposta é negativa. A CF, pela presunção de inocência, é suficiente. E a história/literatura está aí para iluminar o enredo. Os gregos já sabiam... aprendamos com eles, pois!

<sup>776</sup>NEVES, José Roberto de Castro. **Como os advogados salvaram o Mundo**. Ob., cit., p. 28.

<sup>777</sup>Acerca desses institutos e debates, ver: BARCELOS, Guilherme. **Revisitando as Origens da Judicial Review**: o nascedouro do controle judicial de constitucionalidade, de Sir Edward Coke a John Marshall. Florianópolis: Habitus, 2018, p. 123.

Diferente dos demais animais, o ser humano “é dotado da capacidade de pensar de forma sofisticada e de externar suas razões”<sup>778</sup>. Conseguimos, pois, “formar ideias complexas e defendê-las”<sup>779</sup>, seja por intermédio da palavra falada, seja por meio da palavra escrita – e os livros estão aí para demonstrar. Da mesma forma que um pode ter talento para pintar, para fazer contas ou para tocar um instrumento, há aqueles com eloquência e sensibilidade para expor suas ideias. Ou, então, aqueles que pelo esforço logram essa aptidão (estudo e dedicação muitas vezes superam a natureza)<sup>780</sup>. E a eloquência, como dito, não é apenas uma virtude do verbo explorado a partir das cordas vocais, mas, de igual modo, do escrito, proveniente da união entre intelecto, papel e tinta.

Ocorre que os pensadores, artífices que são do fenômeno jurídico, nem sempre transitam por essa fenomenologia imbuídos do intuito de defendê-la ou de aprimorá-la. Há momentos de declínio da intelectualidade e, pode-se dizer, de declínio da civilidade a partir daí. Uma coisa imbricada com a outra. Vejam, por exemplo, que o ápice da exceção no século XX, que foi o regime de Hitler, contou com juristas vários de modo a dar suportes àqueles acontecimentos, alguns deles proeminentes, aliás, tais como: Schmitt, Koellreuter, Dennewitz, Maunz, Forsthoff, Larenz... isso sem contar os “assassinos de escrivania”, como Adolf Eichmann e Roland Freisler<sup>781</sup>, sendo que o último alcançou a Presidência do chamado “Tribunal Popular”, juízo de exceção criado pelos nazistas, que legitimou condenações sumárias, seguidas da força, da guilhotina ou de fuzilamentos<sup>782</sup>. Hitler mesmo teria dito, em tom de indagação condescendente: “Que teríamos feito sem os juristas alemães?”. O regime nazista foi um regime de força bruta, sim. Porém, fortemente burocratizado, tendo contado com uma dinâmica pensante a respaldá-lo<sup>783</sup>.

---

<sup>778</sup> NEVES, José Roberto de Castro. **Como os advogados salvaram o Mundo**. Ob., cit., p. 30.

<sup>779</sup> Ibid., p. 30.

<sup>780</sup> Id.; Ibid.

<sup>781</sup> No exato sentido: ABBOUD, Georges. **Direito Constitucional Pós-Moderno**. Ob. Cit., p. 141.

<sup>782</sup> “Mas juízes, que tinham comprado testemunhas contra o réu, não podiam representar senão uma infame hipocrisia da justiça. Estavam mancomunados, para condenar, deixando ao mundo o exemplo, tantas vezes depois imitado até hoje, desses tribunais, que se conchavam de véspera nas trevas, para simular mais tarde, na assentada pública, a figura oficial do julgamento”. (BARBOSA, Rui. **A Imprensa**, vol. XXVI, tomo IV, 1899, p. 185-191).

<sup>783</sup> Dentre outros, p. ex.: GELLATELY, Robert. **Apoiando Hitler: consentimento e coerção na Alemanha nazista**. Trad. Vitor Paolozzi. Rio de Janeiro: Record, 2011.

O regime de Mussolini contou, de igual forma, com luzes jurídicas destinadas a moldá-lo<sup>784</sup>. Alfredo Rocco, livre docente em direito comercial e professor de direito processual civil na Universidade de Parma e de direito administrativo, ciência da administração e filosofia do direito em Padova, talvez tenha sido o mais proeminente deles. Nas duas primeiras décadas do século XX Rocco ficou reconhecido como um dos “mais eminentes estudiosos e professores da ciência do direito”<sup>785</sup>. Rocco foi o responsável por levar adiante o processo de tomada do Direito pelo fascismo, tendo, no mais, grande influência no Código Penal e no Código de Processo Civil do regime do *fascio*. Uma das suas marcas, ademais, foi a propagação do pensamento segundo o qual os direitos individuais deveriam ceder a pretensos interesses coletivos, supostamente superiores, através de conceitos evidentemente metajurídicos<sup>786</sup>.

Citemos outro exemplo, ainda no âmbito do século XX: a União Soviética. O regime soviético, não obstante os atos de exceção praticados ao longo do percurso até a queda, em 1991, também contou com juristas imbuídos do seu respaldo. A esse respeito, o maior, quiçá, foi Evgeni Bronislávovich Pachukanis, autor de várias obras jurídicas, dentre as quais o seu “Teoria Geral do Direito e marxismo”<sup>787</sup>. O autor, inclusive, chegou a criticar fortemente o autor da “Teoria Pura do Direito” e pai do controle de constitucionalidade em sua versão europeia, o austríaco Hans Kelsen<sup>788</sup> - as ideias de Kelsen, para ele, seriam vazias e inúteis no mundo real<sup>789</sup>. Isso sem falar na *Stasi*, que, travestida de berço de intelectuais, munidos eles de vários títulos acadêmicos de pompa, atuava, por seus ilustrados membros, como polícia secreta na Alemanha Oriental<sup>790</sup>.

Já quanto ao Brasil também poderíamos referir alguns exemplos, guardadas as diferenças de tempo, contexto, lugar, dinâmica e ferocidade para com os dois acima

---

<sup>784</sup> SCURATI, Antonio. **O Filho do Século**. Trad. Marcello Lino. Rio de Janeiro: Instrínseca, 2019.

<sup>785</sup>SOLMI, Arrigo. **Commemorazione di Alfredo Rocco**. Foro Italiano, Vol. 60, parte quarta: monografie e varietà, 1935, p. 406.

<sup>786</sup> Bem maior, interesse geral, vontade popular etc.

<sup>787</sup> PACHUKANIS, Evgeni Bronislávovich. **Teoria Geral do Direito e marxismo**. Trad.: Paula Vaz de Almeida. São Paulo: Boitempo, 2017.

<sup>788</sup> KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2009; KELSEN, Hans. **Jurisdição Constitucional**. São Paulo: Martins Fontes, 2013.

<sup>789</sup>“As construções por ele [Kelsen] propostas são tão artificiais, paradoxais e, sobretudo, sem vida, que elas dificilmente poderiam encontrar uma aplicação, mesmo na reduzida esfera da dogmática jurídica; o método de Kelsen conduz para o lado completamente oposto ao de uma concepção verdadeiramente científica do Direito e do Estado” (In: RODAS, Sérgio. **Maior jurista da URSS, Pachukanis criticava alienação de Kelsen e previa fim do Direito**. Revista Consultor Jurídico. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-nov-07/jurista-urss-criticava-alienacao-kelsen-previa-fim-direito/>. Acesso em: 14 dez. 2023).

<sup>790</sup> A esse respeito, ver: FUNDER, Anna. **Stasilândia: como funcionava a polícia secreta alemã**. São Paulo: Companhia das Letras, 2008, 376 p.

citados – e que não sejamos acusados de promover sincretismos, a saber: as ditaduras do Estado Novo e de 1964 em diante. Houve juristas? Sim, houve. E, dentre um e outro regime de exceção instaurados com uma diferença de aproximados trinta anos entre si, a mesma figura se destacou: Francisco Campos. Campos, também conhecido como “Chico Ciência”, foi o artífice da Constituição de 37, autoritária aos moldes da Carta polonesa, de 1935, e, por isso, intitulada de “Polaca”. Mas houve mais aqui, tal como Oliveira Vianna<sup>791</sup>. E Campos, de igual modo, foi o autor do preâmbulo do AI n° 01, que instaurou, efetivamente, a ditadura militar da década de 1960, que perduraria até 1985<sup>792-793</sup>.

Mesmo em tempos democráticos, aliás, é possível que haja o recrudescimento do aparato persecutório e punitivo, impulsionado, como sói ocorrer, por medidas invasivas, típicas de regimes de exceção, que, a despeito das respectivas inconstitucionalidades – algumas flagrantes já à primeira vista, se tornam legitimadas argumentativamente com base nos fins perquiridos, a depender do momento em que se dão. A Constituição existe especialmente para esses momentos, todavia. Tal como o atleta de ponta ou o profissional de excelência, que aparecem em momentos decisivos, cheios de tensão, de pressão, não fugindo às responsabilidades como tais, uma Constituição existe para breçar esses ímpetos, notadamente em ocasiões coléricas. Muitos atletas/profissionais se escondem. E muitos fazem esconder a normatividade constitucional, de igual modo, em hipóteses inquietantes, efervescentes. É... dos Estados Unidos da América que falamos aqui, da chamada “guerra contra o terror” e de “Guantánamo” – garantias suspensas, prisões clandestinas, tribunais especiais ou de exceção, julgamentos ocultos, tortura. Tudo isso praticado em nome do patriotismo e chancelado pela Suprema Corte, que só em 2008 veio reconhecer o direito do preso ao Habeas Corpus perante um Tribunal civil<sup>794-795</sup>. Poderíamos, aliás, retroceder no tempo, voltando a idos de 1940 para

---

<sup>791</sup> A tese doutoral de Luis Rosenfield, defendida perante a Unisinos, muito bem explicita essa realidade, a saber: ROSENFELD, Luis. **Transformações do pensamento constitucional brasileiro**: a história intelectual dos juristas da Era Vargas (1930-1945). Luis Rosenfield/orientador Anderson Teixeira; coorientador Dieter Grimm – São Leopoldo, 2019, 245 p.

<sup>792</sup> Acerca do pensamento autoritário de Francisco Campos, ver: CAMPOS, Francisco. **O Estado nacional**: sua estrutura, seu conteúdo ideológico. Brasília: Senado Federal, 2001.

<sup>793</sup> Já acerca do papel dos juristas na ditadura militar, ver a tese doutoral de Danilo Pereira Lima: LIMA, Danilo Pereira. **Legalidade e Autoritarismo**: o papel dos juristas na consolidação da ditadura militar de 1964. Danilo Pereira Lima/orientador Lenio Luiz Streck – 2018, 271 p.

<sup>794</sup> Sobre o tema, ver: MORAES, Ana Luisa Zago de. **Guantánamo na Suprema Corte dos Estados Unidos**. Brasília: Repositório Institucional do STJ. 2011.

<sup>795</sup> Vale lembrar que essa “guerra” fez de vítima também o cidadão estadunidense, a partir da NSA, que institucionalizou um verdadeiro sistema estatal de arapongagem contra a população local. Ou seja: sob o pretexto de combater o terror, quebrou-se um direito fundamental em larga escala, a privacidade do

lembrar do caso *Korematsu*<sup>796</sup> e do alerta emitido pelo *Justice Black*, ao ter denunciado, em seu voto, todos os problemas envolvidos “na avaliação judicial da legalidade de ordens decretadas em tempos de crise” (a Corte manteve, por maioria, a constitucionalidade do ato)<sup>797</sup>.

E que ensinamentos poderíamos retirar daí? Dois, em síntese: o primeiro, o de que regimes de força possuem ou possuíram intelectualidade para construí-los e consolidá-los, inclusive juridicamente falando; o segundo, o de que, mesmo em tempos democráticos, medidas de exceção podem ser promovidas, até com aparência de legalidade, o que não desfaz o respectivo caráter sedicioso. É por essas e por outras, conseqüentemente, que devemos sempre ter em conta o que o que Lenio Streck chama de constrangimento epistemológico<sup>798</sup>. Noutras palavras, ações desviadas, no âmago do Direito, devem ser apontadas como tais. De preferência na raiz. Resistência epistêmica.

O “senso incomum”, por sua vez, é a antítese ao que Luis Alberto Warat denominou de “senso comum teórico dos juristas”<sup>799</sup>, fenômeno que tem a pretensão de

---

cidadão. Tenhamos, portanto, cuidado com os motivos, as razões apaixonadas, os pretextos. Quem tem poder, Montesquieu alertou já no século XVIII, tende a dele abusar. Na perspectiva dos direitos individuais, o Estado tende a ser algoz. A esse respeito, ver: SNOWDEN, Edward. **Eterna vigilância**: como montei e desvendei o maior esquema de espionagem do Mundo. São Paulo: Pan Books (Londres), 2020, 352 p.

<sup>796</sup> “[...]. Em *Korematsu v. United States* (323 U.S. 214, 1944), a Suprema Corte decidiu acerca da constitucionalidade do Decreto Presidencial nº 9066, lavrado logo após o ataque a Pearl Harbor, em 1941, ‘que exigiu a ida de nipo-americanos para campos de concentração durante a Segunda Guerra Mundial, independentemente da cidadania’” (BARCELOS, Guilherme. **Revisitando as Origens da Judicial Review**. Ob., cit., p. 311). *Korematsu* era cidadão norte-americano, não obstante a sua ascendência japonesa. Black compôs a minoria, que votou pela inconstitucionalidade.

<sup>797</sup> *Ibid.*, p. 311.

<sup>798</sup> Quanto ao “constrangimento epistemológico destinado à doutrina”, tal pressuposto resume-se ao seguinte verbete: “a doutrina deve voltar a doutrinar” (Streck). Ou seja: o papel da doutrina de hoje é basicamente de mero espectador do protagonismo judicial. Daí que Streck irá clamar por uma “accountability hermenêutica”, no sentido de que, para ser efetivamente doutrina, “[...] esta deve constranger epistemologicamente a operacionalidade do direito. Trata-se de ‘hermeneutizar’ a doutrina do direito, fazendo com que a teoria do direito seja alçada à condição de possibilidade de qualquer interpretação-aplicação” (STRECK, Lenio Luiz. **As recepções teóricas inadequadas em terrae brasilis**. Revista de Direitos Fundamentais e Democracia, Curitiba, v. 10, n. 10, p. 31, jul./dez. 2011).

<sup>799</sup> São quatro as funções do senso comum teórico dos juristas, a saber: “A função normativa, por intermédio da qual os juristas atribuem significação aos textos legais, estabelecem critérios redefinitórios e disciplinam a ação institucional dos próprios juristas. A segunda função é ideológica, uma vez que o senso comum teórico cumpre importante tarefa de socialização, homogeneizando valores sociais e jurídicos, de silenciamento do papel social e histórico do Direito, de projeção e de legitimação axiológica, ao apresentar como ética e socialmente necessários os deveres jurídicos. Num terceiro momento, o senso comum teórico cumpre uma função retórica, que complementa a função ideológica, pois sua missão é efetivá-la. Neste caso, o senso comum teórico opera como condição retórica de sentido, proporcionando um complexo de argumentos (lugares ideológico-teóricos para o raciocínio jurídico). Por último, o senso comum teórico cumpre uma função política, como derivativa das demais. Essa função se expressa pela tendência do saber acumulado em reassegurar as relações de poder. Por isso, acrescenta, é fácil perceber como o conhecimento jurídico acumulado consegue apresentar os dispositivos do poder – plurais, dispersos e dependentes de tendências – como um conjunto unívoco e bem ordenado aos fins propostos”

“criar conceitos para além ou aquém dos textos jurídicos, não para torna-los mais democráticos e, sim, para atender a ideologia de quem atribui o sentido”<sup>800</sup>. Insere-se aí, de igual modo, no mesmo “senso comum”, a escalada dos movimentos de “facilitação”, que espremam tanto o fenômeno jurídico, ignorando tratar-se de algo complexo, a ponto de desvirtuá-lo. A esse respeito, “*standards* retóricos são construídos para justificar esse processo de atribuição de sentido, buscando, política e retoricamente, um lugar ‘distante’ do objeto, simulando estar descrevendo fenômenos”<sup>801</sup>. E, nesse sentido, importante observar que o senso comum teórico “opera como um subimaginário social. Nunca é ingênuo. Na verdade, ele conta com um processo de segundo nível, que é a reprodução acrítica dos sentidos produzidos. A política, a moral, a economia, a ideologia, enfim, esses elementos subjetivos são sempre escondidos”<sup>802</sup>.

Daí os diversos conceitos que se reproduzem acriticamente, que somente sobrevivem em face da sua “naturalização”, e que se retroalimentam no interior do senso comum teórico: livre convencimento, livre apreciação da prova, verdade real, sentença como *sentire* e assim por diante. Isso funciona de forma tão impactante que a comunidade jurídica estabelece os conceitos como dados (mito do dado)<sup>803</sup>. Um conceito arraigado é o de que “princípios são valores”, reproduzido como um mantra, sem que se discuta o conceito de princípios e nem o de valores. Resultado: o pamprincipiologismo. Princípios construídos no varejo para a aplicação no atacado. Eis que, nitidamente, o senso comum teórico-jurídico é, *mutatis mutandis*, um subproduto ideológico, com pretensões normativas, sustentadas retórica e politicamente no âmbito da dogmática jurídica<sup>804</sup>.

O Direito Eleitoral está cercado desses conceitos, reproduzidos acriticamente tanto pela doutrina especializada, quanto pela jurisprudência. Já o uso desses “mantras” faz com que decisões judiciais sejam determinadas fora dos padrões constitucionais e legais, havendo, com isso, violações a direitos fundamentais e a ritos processuais previamente estabelecidos, como se não fossem, ambos, limites de poder, mas algo facilmente superável pelo bel-prazer do intérprete – verdade real para legitimar a produção de provas a destempo ou a sua acolhida mesmo que a ao arripio do

---

(STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto, o senso incomum?** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017, p. 09).

<sup>800</sup>STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto, o senso incomum?** Ob., cit., p. 09

<sup>801</sup>Ibid., p. 10.

<sup>802</sup>Id.; Ibid.

<sup>803</sup> STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto, o senso incomum?** Ob., cit., p. 10.

<sup>804</sup> Ibid., p. 10.

ordenamento jurídico, livre convencimento ou livre apreciação para legitimar ilegalidades, direitos fundamentais restringidos com lastro no interesse público e mediante sopesamentos, etc. Nada disso possui conteúdo normativo. Tampouco densidade teórica. São meros enunciados retóricos lançados para sustentar o que o intérprete quer ou decidiu de antemão. Vence o arbítrio. Perde o Direito e a Ciência do Direito – Eleitoral, no caso. Ferramentas degenerativas o são, subversivas da legalidade (constitucional e estrita).

Note-se, aliás, que o problema é tão grande no âmbito eleitoralista que essa verve degenerativa se encontra posta até mesmo em texto legal, valendo citar o artigo 23 da Lei Complementar nº 64/90, que autoriza que decisões – condenatórias, por óbvio – sejam assentadas com lastro na livre apreciação de fatos públicos e notórios, indícios e presunções<sup>805-806</sup>. Fatos públicos e notórios a quem? Vindos de onde? Submetidos ao crivo do contraditório? Indícios e não provas? Se a soberania popular vale alguma coisa, somente poderia ser desconstituída com base em provas robustas, certo? E presunções também? A presunção não seria de inocência e de legitimidade da urna? Quer dizer: a despeito da soberania popular ou da cidadania (num sentido político estrito) e do devido processo legal, ao invés de exigir provas cabais e irretorquíveis para anular votos ou breçar a participação de alguém em processo eleitoral, a lei se apega a indícios e presunções, como se estes, numa sólida democracia, pudessem se sobressair à manifestação do eleitorado. Porém, é exatamente isso que está contido no texto legal em liça. Isto é, a soberania popular, de onde provém que a manifestação do eleitorado é a grande força motriz na legitimação do poder político da democracia, pode(ria) ser relegada a voluntarismos de toda ordem, lastreados em indícios e presunções, fatos

---

<sup>805</sup> Escrevemos aqui em 2023. Tramita, pois, no Congresso Nacional o projeto de Novo Código Eleitoral, submetido, hoje, ao crivo do Senado. Se aprovado for, o Código irá extirpar esse entulho autoritário. Porém, enquanto isso não ocorrer, o dispositivo legal se encontra posto na legislação, vigente, válida e eficazmente, tanto que aplicado recentemente pelo TSE no bojo do julgamento de um ex-Presidente da República, condenado que foi por abuso de poder e, assim, sancionado à inelegibilidade. O STF mesmo declarou, por via transversa, a constitucionalidade do artigo 23, ao ter julgado improcedente uma ADI. Errou feio, com o devido e merecido respeito.

<sup>806</sup> Lenio mesmo critica duramente o dispositivo legal em comentário, a saber: “[...]. Aqui entra minha chatice epistêmica e minha (in)vocação constitucional (não esqueçamos: sou anterior à Constituição — portanto, passei pelo processo de recepção e filtragem hermenêutico-constitucional), ou seja, minha mania de querer compatibilizar as leis com a Constituição... Explico: na democracia, pressupõe-se que decisões judiciais sejam prolatadas a partir de provas provadas e que as decisões não sejam produto de impressão-ou-opinião-pessoal-do-julgador” (STRECK, Lenio Luiz. **O que é a livre convicção dos indícios e presunções?** Revista Consultor Jurídico. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2014-fev-13/senso-incomum-livre-conviccao-indicios-presuncoes/>. Acesso em: 15 dez. 2023).

públicos e notórios e, ademais, em circunstâncias outras não alegadas ou conhecidas pelas partes (e o contraditório, como fica?). Enfim. Isso é um escândalo hermenêutico.

Necessário, ao fim e ao cabo, termos em conta duas contas: os vários direitos fundamentais em jogo quando se trata de processo judicial eleitoral sancionador; e a natureza acusatória do processo judicial eleitoral, com toda a carga de significados que ambas as afirmativas carregam. Aí, e somente aí, poderemos falar de garantias – cumpri-las ou fazê-las cumprir. Precisamos superar resquícios autoritários, assim como o uso de cláusulas abstratas que só fazem encobrir vontades ou fins pré-determinados, em prejuízo do devido processo legal. Dito de outra forma, lançar mão dos mecanismos referidos anteriormente, nada mais é do que fazer degenerar a constitucionalidade no bojo do Direito – Eleitoral e Processual Eleitoral especificamente aqui. Logo, o caminho é “desenraizar aquilo que tendencialmente encobrimos (Heidegger-Stein), ou promover o desvelamento (*Unverborgenheit*) daquilo que, no comportamento cotidiano, ocultamos de nós mesmos (Heidegger)”<sup>807</sup>, sendo missão, no fim das contas, trazer isso à tona, dando conta das razões pelas quais não poderíamos mais continuar com essas práticas, no intuito de proteger o devido processo legal eleitoral, tão maltratado por uma baixa constitucionalidade presente neste espectro do conhecimento jurídico, e de lutar por ele.

### **3.3.1.1. De como o processo judicial eleitoral nada mais é do que um caminho para restringir direitos fundamentais**

Não há maior falácia no bojo do processo judicial eleitoral, notadamente naquelas demandas de maior envergadura, do que se dizer em busca da proteção da legitimidade do processo eleitoral, de modo a dar vazão, a partir daí, a posturas voluntaristas processualmente falando. Trata-se, dito de outro modo, de uma manipulação discursiva, assentada para legitimar toda sorte de atropelos, como se a proteção da legitimidade, via demanda sancionatória, não devesse obedecer às garantias constitucionais.

Fala-se, pois, em sede de Direito Eleitoral Sancionador, acerca da proteção da legitimidade dos processos eleitorais contra condutas abusivas ou cerceadoras da liberdade de voto, dando ênfase a essa tutela no âmago dos processos. O processo, assim o sendo, não seria um caminho, cercado de freios ao poder de acusar e julgar,

---

<sup>807</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Lições de Crítica Hermenêutica do Direito**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016, p. 11.

para, quiçá, dar validade à restrição de direitos fundamentais, como a soberania popular, o exercício do mandato eletivo e a elegibilidade, mas um meio de fazer garantir a legitimidade das contendas eleitorais. O efeito desse diversionismo discursivo nada mais é do que a legitimação de atropelos às garantias processuais constitucionalmente consagradas, afinal, com luzes a um fim supremo, não mais importaria o caminho para atingi-lo.

O pensamento, é bom que se diga, se encontra, inclusive, consagrado em algumas decisões do próprio TSE, p. ex. “Não viola os poderes instrutórios do Juiz a coleta de provas ex officio pelo Juízo Eleitoral na Ação de Investigação Judicial Eleitoral, na Ação de Impugnação de Mandato Eletivo e na Representação pelo art. 30-A, considerando-se o bem jurídico dessas ações: a legitimidade e a normalidade do processo eleitoral, cuja lisura é elemento essencial do valor democrático no regime político brasileiro”. (Ação de Investigação Judicial Eleitoral nº 194358, Acórdão, Relator(a) Min. Herman Benjamin, Publicação: DJE - Diário de justiça eletrônico, Data 12/09/2018, Página 48-54). Em prol da legitimidade e normalidade do processo eleitoral, quebrou-se por completo o princípio acusatório, a paridade de armas entre acusação e defesa e até mesmo a imparcialidade do juiz, afinal, ao passar a produzir provas de ofício, claramente o julgador acabou tomando um lado, o da acusação, agindo como se acusação fosse.

O juiz que assim se porta, em sua busca de elementos que corroborem as imputações feitas contra os demandados, parte do pressuposto de que o interesse público de proteção da legitimidade das contendas eleitorais é sinônimo de condenação. Isso é atacar de morte a presunção de inocência, além da presunção de legitimidade do mandato eletivo, esta que, aí sim, assim como aquela, norteia o processo judicial eleitoral. Ou, ao menos, deveria nortear.

Ora, numa perspectiva democrática, de processo participativo, de contraditório dinâmico, não cabe esse tipo de argumento que ainda se relaciona com a ideia de que o destinatário da prova é o juiz (e não o processo); e que este ente — o juiz — deve fazer, internamente, um juízo de certeza sobre o caso antes de proferir seu julgamento<sup>808</sup>. De se frisar: não estou aqui a avaliar se a ação deve ser julgada procedente ou improcedente (no momento em que escrevi este texto, ainda não conhecia o resultado do julgamento). Mas é de se anotar que, com esse tipo de argumento, qualquer que seja o resultado,

---

<sup>808</sup>Ibid.

ficará, do ponto de vista jurídico, profundamente afetado. Somos mesmo um país que pratica um tipo de Direito que ainda não se libertou completamente de comportamentos medievais. Além de tudo o que foi dito acima, temos ainda que este processo acaba por desnudar que não conseguimos diferenciar Direito de política. Tudo nele é estranho. A começar pelo fato de ter durado tanto tempo. Daí que faz sentido a tese de que um processo que fique permanentemente em aberto nunca deixará de possibilitar nova instrução probatória. O que seria *kafkiano*, para dizer o mínimo. Por outro lado, o argumento de que cassando o presidente a situação política e econômica do país ficará ainda pior também não pode ser um motivo para a improcedência da ação. Do contrário, estaríamos no plano de um consequencialismo qualquer<sup>809</sup>.

Atenção: não parece paradoxal que, para a discussão acerca de uma nota promissória ou uma cláusula de um contrato de leasing se tenha a garantia da não surpresa, com o reforço dos artigos 371, 489, 026 e 927, e, ao mesmo tempo, mantenhamos o poder de julgamento por livre apreciação de prova e por presunções justamente na atividade mais importantes de uma democracia: uma eleição? Para dirimir um problema de divisão de um terreno, todas as garantias de contraditório etc.; já para o processo eleitoral, a possibilidade de a parte ser surpreendida e até mesmo de o juiz julgar por coisas que só ele percebeu, a partir da sua intuição ou algo correlato... Afinal, o que é uma presunção? Como aferir isso? Se o poder emana do povo, não tem de se dar mais valor ao voto popular do que às presunções pessoais?<sup>810</sup>.

Ocorre que o processo judicial eleitoral, notadamente aqueles de feição de acusatória-sancionatória, não é instrumento para tutelar a legitimidade dos escrutínios. Isso fica à cargo do direito material. O processo, uma vez instaurado, é um instrumento de garantia. E de garantia dos direitos dos acusados.

Se o §9º do art. 14 da CF consagra comandos ao legislador ordinário, complementar ou ordinário em sentido estrito, como a proteção da legitimidade e da normalidade dos processos eleitorais, isso se dará pelo agir do mesmo legislador na previsão de regras, ilícitos e de restrições gerais ao direito de elegibilidade. E de

---

<sup>809</sup>OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. Quem venceu no TSE? A teoria do avestruz ou do cofrinho? **Revista Consultor Jurídico**, São Paulo, 10 jun. 2017. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-jun-10/diario-classe-quem-venceu-tse-teoria-avestruz-ou-cofrinho>>. Acesso em: 12 abr. 2024.

<sup>810</sup>STRECK, Lenio Luiz; COSTA, Eduardo José da Fonseca. O julgamento no TSE: pedindo licença para uma análise jurídica. **Revista Consultor Jurídico**, São Paulo, 15 jun. 2017. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-jun-15/senso-incomum-julgamento-tse-pedindo-licenca-analise-juridica>>. Acesso em: 12abr. 2024.

questões processuais, aliás, no sentido de fazer perquirir o desrespeito à essas regras, a práticas de ilícitos ou barreiras ao direito fundamental de candidatura.

Já a partir do momento em que se aciona a Justiça Eleitoral, instaurando-se uma demanda acusatória-sancionatória, há cedência da aludida e buscada legitimidade e normalidade do processo eleitoral em prol dos direitos fundamentais do acusado, valendo dizer: só será constitucionalmente adequada a tutela da higidez dos processos eleitorais se respeitado o bolo de garantias processuais entregues a todo e qualquer acusado, a começar pela presunção de não culpabilidade e pela presunção de legitimidade (aí sim!) do voto e dos resultados eleitorais, além da liberdade de escolha do eleitor.

### **3.3.1.2. Acerca do Direito Eleitoral Sancionador e da sua natureza acusatória – assumindo o risco e lutando por um sistema de garantias mínimas: pela instrumentalidade constitucional do processo judicial eleitoral**

Falar em garantias não é defender a corrupção – eleitoral ou não – ou a impunidade. Isso, como já foi dito, nada mais é do que fazer espetacularizar o discurso em sede de Direito Eleitoral Sancionador. Em contraponto, “é necessário definir um sistema (ainda que mínimo) de regras (limites). [...] mais do que nunca devemos lutar por um sistema de garantias mínimas”<sup>811</sup>.

O Direito Eleitoral Sancionador possui feição acusatória, o processo judicial eleitoral assim possui. E é por isso que estas demandas, que visam, às últimas consequências, desconstituir a soberania popular, não devem descurar, um milímetro sequer, da Constituição e do bolo de garantias civilizatórias estabelecidas no intuito de limitar o poder de acusar e o poder de punir.

Em definitivo, como diz Aury Lopes Jr., ideia que transporto para cá, “é importante compreender que repressão e garantias processuais não se excluem, senão que coexistem”<sup>812</sup>. Radicalismos à parte, devemos incluir nessa temática a noção de simultaneidade, em que o sistema tenha poder persecutório-punitivo e, ao mesmo tempo, esteja limitado por uma esfera de garantias processuais (e individuais)<sup>813</sup>. É melhor sempre o risco com garantias do que o risco com autoritarismo. Ademais, “é

---

<sup>811</sup> LOPES JR., Aury. **Fundamentos do processo penal**. Ob., cit., p. 91.

<sup>812</sup> Ibid., p. 91-92.

<sup>813</sup> Ibid., p. 92.

preferível um sistema que falhe em alguns casos por falta de controle (ou de limitação da esfera de liberdade individual) do que um Estado policialesco e prepotente”<sup>814</sup>.

Garantias não servem para promover impunidade ou para passar cheque em branco para a corrupção eleitoral em sentido amplo. As garantias, por outro lado, são legitimantes do próprio poder punitivo. Punir, para além desses limites, é punir de maneira abusiva, arbitrária, ilegítima. É atentar não apenas contra os direitos dos acusados, mas da própria soberania popular, liberdade de escolha do eleitor e presunção de legitimidade dos processos eleitorais. É atentar, a mais não poder, contra a democracia.

### **3.3.2. Direito a um processo judicial eleitoral justo (*fair trial*): os pilares hermeneuticamente garantistas a serem observados no âmbito do contencioso eleitoral – o nível de decência de uma democracia constitucional:**

Gustavo Boher Paim aponta em artigo acadêmico a importância do direito ao processo justo, que só será concretizado mediante “o respeito às garantias constitucionais processuais”<sup>815</sup>. Somente por meio de um processo justo, de um processo equitativo, de um devido processo legal procedimental é que se viabiliza a consecução de um resultado final igualmente justo, de uma decisão justa<sup>816</sup>. Já como afirma Paim o direito fundamental ao processo justo é vinculativo para o Estado Constitucional, possuindo, como destinatários, os três poderes, Legislativo, Executivo e Judiciário<sup>817</sup>, exigindo do Estado “não apenas uma obrigação de abstenção, mas também uma obrigação prestacional, positiva, compreendendo prestações materiais, normativas, administrativas e judiciais”<sup>818</sup>. Há, para tanto, uma série de direitos a serem observados, sem os quais não se falará em processo judicial eleitoral justo. Daí a necessária chegada do devido processo legal em matéria sancionatória eleitoral<sup>819</sup>, valendo sempre rememorar atemporal advertência do *Justice Felix Frankfurter*, segundo a qual o nível de decência de uma democracia constitucional depende diretamente do nível de

---

<sup>814</sup> Id.; Ibid.

<sup>815</sup> PAIM, Gustavo Boher. **O direito ao processo justo**. Direito e Democracia v. 13 n.2 p. 94-106 jul./dez. 2012.

<sup>816</sup> Ibid.

<sup>817</sup> PAIM, Gustavo Boher. **Direito Eleitoral e Segurança Jurídica**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016, p. 205.

<sup>818</sup> Ibid., p. 205.

<sup>819</sup> “[...]. Nessa contextualização, o devido processo legal passou a ter duas conotações, sendo uma ‘substancial’ e outra procedimental, indicativa da garantia de um processo adequado ou justo” (ÁVILA, Humberto. **O que é “devido processo legal”?** Revista de Processo, n. 163, 2008; tb. PAIM, Gustavo Boher. **Direito Eleitoral e Segurança Jurídica**. Ob., cit., p. 198).

observância às garantias processuais –“*decent government depends on procedural safeguards*”. São doze pilares, ao total. Passemos a vê-los e a desenvolvê-los.

### **3.3.2.1. Princípio da proteção da liberdade no exercício do voto**

Falar em liberdade de voto é falar em sigilo, em vedações legais a achques e em confiabilidade do sistema de votação. Também é falar em um órgão independente encarregado de controlar a dinâmica dos processos de escolha da representação. O Brasil, ao longo da sua história, construiu tais parâmetros, não sem sangue, suor e lágrimas, de modo que podemos falar no sigilo, imposto a partir da Constituição e pela legislação, na liberdade votar sem temores, existindo, inclusive, previsões contra a captação ilícita de sufrágio, e no sistema de votação que garante o sigilo e que o voto dado é efetivamente o voto computado, além da Justiça Eleitoral como essa instituição apartada das forças políticas, a qual incumbe a administração dos escrutínios.

Não paramos por aí, contudo. Em sede de Direito Eleitoral Sancionador a proteção da liberdade no exercício do voto encontra importância agigantada, de igual modo, agora como critério de interpretação jurídica. E na dobra: seja em sede de condições de elegibilidade e causas de inelegibilidade, de modo que a escolha do eleitorado, observadas as condições dos candidatos, não seja cerceada sem respaldo legal e por meio de interpretações extensivas; e no âmbito das escolhas já realizadas, de modo que ela, a escolha, não seja desconstituída sem justificativa plausível para tanto.

É preciso compreender que o eleitor é o grande ator do processo eleitoral. Sendo que a Justiça Eleitoral deve manter uma postura minimalista nesse intento, até mesmo, sobretudo, para não ilidir o sufrágio. A escolha é do eleitor. Logo, em matéria de inelegibilidades, “as restrições que geram as inelegibilidades são de legalidade estrita, vedada interpretação extensiva” (**Ac. de 8.9.2004 no REspe nº 22546, rel. Min. Luiz Carlos Madeira.**). Já em hipóteses de possíveis cassações (de registro, diploma ou mandatos eletivos em si), a intervenção da Justiça Eleitoral “deve ter como referência o delicado equilíbrio entre a legitimidade da soberania popular manifestada nas urnas e a preservação da lisura do processo eleitoral. [...]” (**Ac. De 28.6.2005 no REspe nº 25073, rel. Min. Caputo Bastos.**), entregando, sempre, ao eleitorado, a liberdade de escolha, de modo que cerceá-la ou desconstituí-la só se afigurará possível em situações específicas, minoritárias, previamente estabelecidas em lei, mediante interpretação restrita, ao passo que o contrário seria transferir o processo de escolha para outro foro.

### 3.3.2.2. Princípio da presunção de legitimidade do sufrágio

Votos importam em uma democracia que se preze. A soberania popular é a pedra angular da democracia representativa e, portanto, o sufrágio assim o é. Em matéria de Direito Eleitoral Sancionador, dessa forma, pode-se afirmar, seguramente, que o seu objeto primordial é a tutela dos direitos políticos e dos individuais. Por um lado, no bojo das contendas acusatórias-sancionatórias, resguarda-se os direitos e as garantias processuais dos acusados. Por outro, o sufrágio e a sua presunção de legitimidade.

Falar em tutelar, por exemplo, a legitimidade dos processos eleitorais, é inverter a lógica das coisas, para promover, não raro, atropelos processuais. É claro que a legitimidade dos processos é relevante. Porém, antes disso, há que se ter em conta o resguardo dos direitos individuais dos acusados, os direitos políticos, a soberania popular e, reitero, a presunção de legitimidade do sufrágio.

Logo, a Justiça Eleitoral, em sede de Direito Eleitoral Sancionador, deve carregar como fundamento o princípio segundo o qual “[...] em caso de dúvida razoável da melhor interpretação do direito posto, vigora, na esfera peculiar do Direito Eleitoral, o princípio do *in dubio pro suffragio*, segundo o qual a expressão do voto popular e a máxima preservação da capacidade eleitoral passiva merecem ser prioritariamente tuteladas pelo Poder Judiciário”. (Ac. de 7.6.2022 no REspEl nº 060071911, rel. Min. Ricardo Lewandowski.). Em caso de dúvida razoável da melhor interpretação do direito posto, vigora, na esfera peculiar do Direito Eleitoral, o princípio do *in dubio pro suffragio*, segundo o qual a expressão do voto popular e a máxima preservação da capacidade eleitoral passiva merecem ser prioritariamente tuteladas pelo Poder Judiciário (Ac. de 25.06.2018 no AgR-REspe nº 060009677, rel. Min. Tarcisio Vieira De Carvalho Neto). É de rigor privilegiar o princípio do *in dubio pro suffragio*, “[...] segundo o qual a expressão do voto e da soberania popular merece ser preservada pelo Poder Judiciário”(Ac. de 9.6.2022 no AgR-REspEl nº 060056515, rel. Min. Mauro Campbell).

### 3.3.2.3. Direito fundamental à motivação das decisões

O dever de fundamentar as decisões, conforme a doutrina de Lenio Streck, “ocupa um lugar privilegiado no modo como se passa a olhar para as garantias

processuais em tempos de Estado Democrático de Direito”<sup>820</sup>. Isso porque, se antes de 1988 a luta das vertentes críticas da teoria do direito era pela incorporação dos direitos fundamentais e das garantias processuais no seio de uma Constituição democrática, em nosso contexto atual as armas se voltam para outro alvo: concretizar o extenso rol de direitos consagrados pela Constituição<sup>821</sup>. Sob o ponto de vista da concretização dos direitos, o problema da motivação das decisões assume um lugar cimeiro pelo singelo motivo de ser através dos fundamentos nela consignados que a comunidade jurídica pode (e deve) fazer a devida “censura significativa” principalmente naquelas decisões de natureza terminativa, tais e quais são as decisões prolatadas pelos tribunais superiores, e pelo próprio STF<sup>822</sup>.

Veja-se, p. ex., que decisões pautadas em fundamentos de cunho moral/moralista não são decisões fundamentadas. Decisões pautadas em provas ilícitas não são decisões adequadamente fundamentadas. Ou que desrespeitam ritos processuais. Aquelas decisões que determinam medidas de ofício, que deixam de observar a paridade de armas e a imparcialidade, ou mesmo que inobserva o contraditório, também não são. Assim como decisões que: se limitarem à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida; empregarem conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso; invocarem motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão; não enfrentarem todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador; se limitarem a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos; deixarem de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento. Dentre outras.

O dever de motivação das decisões judiciais, se é um dever impositivo ao órgão julgante, por outro lado é um direito fundamental de todo e qualquer jurisdicionado. Logo, retornando às lições de Lenio Streck, “as possibilidades de controlar democraticamente as decisões dos juízes residem precisamente na necessidade de motivação/justificação do que foi dito”<sup>823</sup>.

---

<sup>820</sup>STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto – as garantias processuais penais?** Ob., cit., p. 97.

<sup>821</sup> Ibid., p. 97.

<sup>822</sup> Id.; Ibid.

<sup>823</sup>STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto – as garantias processuais penais?** Ob., cit., p. 102.

O Direito do Estado Democrático de Direito “[...] não é indiferente às razões pelas quais um juiz ou um tribunal toma suas decisões. O Direito, sob o paradigma do Estado Democrático de Direito, cobra reflexão acerca dos paradigmas que informam e conformam a própria jurisdição constitucional”<sup>824</sup>. E a jurisdição constitucional, importa frisar, não é privilégio do STF. Em verdade, considerando o controle difuso de constitucionalidade das leis ou atos normativos, todo juiz é juiz constitucional ou, noutras palavras, todo e qualquer magistrado exerce (deve exercer) jurisdição constitucional.

Consoante a doutrina de Miguel Tedesco Wedy,

“[...] para que um processo seja eficiente e justo, ele não poderá prescindir de garantias. Falamos, assim, da presunção de inocência, da ampla defesa, do contraditório, do devido processo legal, da intimidade e da privacidade e do sigilo profissional, do direito ao silêncio, da oralidade, da publicidade [...]. Tais garantias não devem ser desprezadas sob pretexto de alcançar a verdade a justiça a qualquer preço”<sup>825</sup>.

Desse modo, é assim, e tão somente assim, que poderemos vencer esta dogmática que, mesmo nos tempos hodiernos, acaba apostando, de um lado, em legalismos rasteiros, com a aplicação de dispositivos legais lato sensu (e eu incluo aqui as resoluções do TSE) manifestamente inconstitucionais, e, de outro, na discricionariedade e no decisionismo e/ou em posturas voluntaristas, axiologistas, utilitaristas e pragmati(c)istas, ou, ainda, em argumentos de moral ou de política em detrimento dos argumentos de princípio no ato da interpretação-aplicação, algo que sói ocorrer no âmbito da práxis eleitoral e que, ao final e ao cabo, dará (e dá) azo tão somente a um estado de arte inundado por voluntarismos antidemocráticos (o que, à jurisdição eleitoral, é muito conhecido).

#### **3.3.2.4. Direito fundamental ao contraditório, à vedação à surpresa e à ampla defesa**

---

<sup>824</sup> OLIVEIRA, 2004, p. 51 apudId. **Devemos nos importar, sim, com o que a doutrina diz**. Revista Consultor Jurídico, São Paulo, 5 jan. 2006. Disponível em: <[http://www.conjur.com.br/2006-jan-05/devemos\\_importar\\_sim\\_doutrina](http://www.conjur.com.br/2006-jan-05/devemos_importar_sim_doutrina)>. Acesso em: 8 mai. 2024.

<sup>825</sup> WEDY, Miguel Tedesco. **A Constituição, eficiência e garantias nas dez propostas do MPF contra a corrupção**. In: STRECK, Lenio Luiz; ROCHA, Leonel Severo; ENGLEMAN, Wilson. Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica. Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da Unisinos – Mestrado e Doutorado, n. 12. Porto Alegre, 2016, pp. 169-180.

O contraditório encontra guarida na CF quando ela, em seu art. 5º, inc. LV, prevê que “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”. Há muito vem a doutrina constitucional enfatizando que o direito de defesa não se resume a um simples direito de manifestação no processo. Efetivamente, o que o constituinte pretende assegurar – como bem anota Pontes de Miranda – é uma pretensão à tutela jurídica<sup>826</sup>. E isso inclui, grosso modo, o direito de informação, o direito de manifestação e o direito de ver os seus argumentos contemplados.

Ao regular o direito ao contraditório e à ampla defesa não pode o legislador desequilibrar os interesses e as partes em conflito, estabelecendo os meios necessários para que se atinja o equilíbrio entre estas, garantindo, assim, tratamento paritário entre as partes do processo<sup>827</sup>.

Nesse caminho, inclusive, foi que o Código de Processo Civil de 2015 passou a prever, nos artigos 9º e 10, a vedação à surpresa. Vale dizer: não poderá haver nenhuma decisão sem que tenha sido oportunizada à parte adversa a possibilidade de manifestação, em tom de contraponto - vedação à surpresa e vedação a julgamento por meio de fundamento sobre o qual não foi dada, anteriormente, à parte litigante, a possibilidade de se manifestar em pé de igualdade<sup>828</sup>.

---

<sup>826</sup>MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. Ob., cit., p. 459.

<sup>827</sup>Ibid., p. 482.

<sup>828</sup> ELEIÇÕES 2016. AGRAVOS REGIMENTAIS. RECURSO ESPECIAL ELEITORAL. REGISTRO DE CANDIDATURA. PREFEITO ELEITO (COLIGAÇÃO IACANGA - PP/ PT/ PMDB/ PR/ DEM/ PSB/ PV/ PSDB). INDEFERIDO. INELEGIBILIDADE. ART. 1º, I, G, DA LEI COMPLEMENTAR Nº 64/1990. AUSÊNCIA. INTIMAÇÃO. PARECER DO TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO. CERCEAMENTO DE DEFESA CONFIGURADO. [...]. 4. O prévio conhecimento do candidato acerca da existência do parecer exarado pelo Tribunal de Contas - em razão de ter subsidiado o ajuizamento de ação anulatória no âmbito da Justiça Comum -, **não afasta, por si só, a nulidade por cerceamento de defesa. O contraditório significa o direito de influir no resultado do julgamento, evidente o "dever de debate, consulta, de diálogo, de consideração" com as partes** (MARINONI. Luiz Guilherme. *Curso de Processo Civil*. Vol. 1. 2015. Editora RT, pg. 445). 5. "A vedação à decisão surpresa no processo - corolário do princípio constitucional do contraditório -, impõe ao magistrado o poder-dever de ouvir as partes sobre todos os pontos do processo, inclusive aqueles sobre os quais deva conhecer de ofício". (NERY JR. Nelson Nery. *Código de Processo Civil Comentado*. Ed. RT. 2015, pg. 215). A propósito, o disposto no art. 437, § 1º, do CPC/2015: "**sempre que uma das partes requerer a juntada de documento aos autos, o juiz ouvirá, a seu respeito, a outra parte, que disporá do prazo de 15 (quinze) dias para adotar qualquer das posturas indicadas no art. 436.** [...]. (Agravos regimentais conhecidos e não providos. *Agravo Regimental em Recurso Especial Eleitoral nº25092*, Acórdão, Min. Rosa Weber, Publicação: DJE - Diário de Justiça Eletrônico, 05/04/2017) – grifamos; ELEIÇÕES 2016. AGRAVOS REGIMENTAIS. RECURSO ESPECIAL ELEITORAL. REGISTRO DE CANDIDATURA. PREFEITO ELEITO (COLIGAÇÃO IACANGA - PP/ PT/ PMDB/ PR/ DEM/ PSB/ PV/ PSDB). INDEFERIDO. INELEGIBILIDADE. ART. 1º, I, G, DA LEI COMPLEMENTAR Nº 64/1990. AUSÊNCIA. INTIMAÇÃO. PARECER DO TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO. CERCEAMENTO DE DEFESA CONFIGURADO. [...]. 4. O prévio conhecimento do candidato acerca

Já o juiz, por força de seu dever de imparcialidade, coloca-se entre as partes, mas equidistante delas. O princípio do contraditório, assim, corresponde ao princípio da igualdade das partes, dentro do processo, que terão as mesmas oportunidades de serem ouvidas, apresentar provas e influir, enfim, no convencimento do juiz. Mas não se trata de uma mera identificação com a igualdade formal. A igualdade, no processo, é entendida modernamente no seu sentido substancial, de *par conditio*, ou paridade de armas; ou seja, como princípio de equilíbrio de situações, que se revelam recíprocas entre si<sup>829</sup>.

O princípio do contraditório, que é inerente ao direito de defesa (ampla), é decorrente da bilateralidade do processo: quando uma das partes alega alguma coisa, há de ser ouvida também a outra, dando-se-lhe oportunidade de resposta. Ele supõe o conhecimento dos atos processuais pelo acusado e o seu direito de resposta ou de reação. Exige: 1 – notificação dos atos processuais à parte interessada; 2 – possibilidade

---

da existência do parecer exarado pelo Tribunal de Contas - em razão de ter subsidiado o ajuizamento de ação anulatória no âmbito da Justiça Comum -, **não afasta, por si só, a nulidade por cerceamento de defesa. O contraditório significa o direito de influir no resultado do julgamento, evidente o "dever de debate, consulta, de diálogo, de consideração" com as partes** (MARINONI. Luiz Guilherme. Curso de Processo Civil. Vol. 1. 2015. Editora RT, pg. 445). 5. "A vedação à decisão surpresa no processo - corolário do princípio constitucional do contraditório -, impõe ao magistrado o poder-dever de ouvir as partes sobre todos os pontos do processo, inclusive aqueles sobre os quais deva conhecer de ofício". (NERY JR. Nelson Nery. Código de Processo Civil Comentado. Ed. RT. 2015, pg. 215). A propósito, o disposto no art. 437, § 1º, do CPC/2015: "**sempre que uma das partes requerer a juntada de documento aos autos, o juiz ouvirá, a seu respeito, a outra parte, que disporá do prazo de 15 (quinze) dias para adotar qualquer das posturas indicadas no art. 436. [...]. (Agravos regimentais conhecidos e não providos. Agravo Regimental em Recurso Especial Eleitoral nº25092, Acórdão, Min. Rosa Weber, Publicação: DJE - Diário de Justiça Eletrônico, 05/04/2017) – grifamos; ELEIÇÕES 2020. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL ELEITORAL. REGISTRO DE CANDIDATURA. CARGO DE VEREADOR. INELEGIBILIDADE. DESINCOMPATIBILIZAÇÃO. DECISÃO SURPRESA. NÃO INTIMAÇÃO PARA APRESENTAÇÃO DE DEFESA. CERCEAMENTO DE DEFESA. PREJUÍZO CONFIGURADO. AGRAVO DESPROVIDO.1. As garantias ao contraditório e à ampla defesa têm assento constitucional, consoante o art. 5º, LV, da CF/1988, que dispõe que aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes. 2. A Súmula nº 45/TSE autoriza o reconhecimento de ofício de causa de inelegibilidade e de ausência de condição de elegibilidade pelo juiz, desde que garantidos a ampla defesa e o contraditório ao candidato. 3. A mitigação dessas garantias somente é admitida por esta Corte quando a decisão aproveita à parte, o que, claramente, não ocorre na espécie, visto que o candidato teve seu registro indeferido nas duas instâncias inferiores.4. No caso, ausente impugnação ao registro de candidatura ou notícia de inelegibilidade, a causa de inelegibilidade foi indicada apenas no parecer ministerial, e deste seguiu conclusa para sentença, que indeferiu o registro do candidato. 5. Resta, assim, configurada a decisão-surpresa, cuja vedação está expressa no art. 10 do CPC, tendo em vista que a parte não tomou conhecimento da causa de inelegibilidade e não pôde exercer seu direito de defesa.6. O prejuízo à parte não é suprido pela possibilidade de apresentar documentos em embargos de declaração ou em sede recursal, uma vez que lhe foi suprimida toda a instrução processual na 1º instância e, consecutivamente, a possibilidade de influenciar o conteúdo da decisão judicial. 7. Agravo regimental a que se nega provimento. (Agravo Regimental no REspe nº060028362, Acórdão, Min. Edson Fachin, Publicação: DJE - Diário de Justiça Eletrônico, 17/03/2021) – grifos nossos.**

<sup>829</sup> AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. **Provas ilícitas**. 5ª ed. São Paulo: RT, 2012, p. 28.

de exame das provas constantes do processo; 3 – direito de assistir à inquirição de testemunhas; 4 – direito de apresentar defesa escrita<sup>830</sup>. O contraditório (assim como a ampla defesa) não se constitui em meras manifestações das partes em processos judiciais e administrativos, mas sim, e principalmente, uma pretensão à tutela jurídica<sup>831</sup>. A ideia de contraditório, dessa maneira, vai muito além da simples “vista dos autos”, sendo efetiva e constitucional garantia de igualdade de oportunidades entre os contendores, tanto na ciência dos atos e termos processuais, quanto na possibilidade – se assim o quiserem – de contrapô-los com todos os meios e recursos inerentes ao “jogo”.

O contraditório, atrelado à ampla defesa, impõe o direito às partes de verem seus argumentos contemplados pelo próprio julgador. Assim, o contraditório pressupõe, além do direito de informação e do direito de manifestação ou contraposição, o direito de a parte ver seus argumentos considerados pelo julgador, sejam acolhidos ou refutados, mas sempre considerados, ao passo que ao juiz incumbe, não só conhecer das teses suscitadas pelas partes, mas, também, enfrentá-las de maneira consistente e fundamentada, afinal, é incumbência do Poder Judiciário o julgar, e não o simples decidir, algo que somente se afigurará como existente a partir do momento em que o órgão judicante vier a enfrentar as articulações das partes, em vista dos elementos coligidos em determinada contenda<sup>832</sup>.

Os juízes, segundo Lênio Streck, têm a obrigação de justificar suas decisões, porque com elas afetam os direitos fundamentais e sociais além da relevante circunstância de que, no Estado Democrático de Direito, a adequada justificação da decisão constitui-se em um direito fundamental<sup>833</sup>. As decisões judiciais devem estar

---

<sup>830</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 20ª ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 367

<sup>831</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 592.

<sup>832</sup> “Mandado de Segurança: [...] 3. Direito de defesa ampliado com a Constituição de 1988. Âmbito de proteção que contempla todos os processos, judiciais ou administrativos, e não se resume a um simples direito de manifestação no processo. 4. Direito constitucional comparado. Pretensão à tutela jurídica que envolve não só o direito de manifestação e de informação, mas também o direito de ver seus argumentos contemplados pelo órgão julgador. 5. Os princípios do contraditório e da ampla defesa, assegurados pela Constituição, aplicam-se a todos os procedimentos administrativos. [...] 10. Mandado de Segurança deferido para determinar observância do princípio do contraditório e da ampla defesa (CF art. 5º LV)” (MS 24.268 – Rel. p/ Acórdão: Min. Gilmar Mendes – Tribunal Pleno – Supremo Tribunal Federal – j. em 05.02.2004); “Julgamento Versus Decisão. A ordem jurídica exige que o órgão investido do ofício judicante proceda a julgamento, e não a simples decisão, ante a necessidade de enfrentar-se a articulação das partes, tendo em conta os elementos coligidos. Acordam os ministros do Tribunal Superior Eleitoral, por unanimidade, em prover o recurso nos termos das notas de julgamento” (TSE – Recurso Especial Eleitoral 36.340 (42960-50.2009.6.00.0000) –Granjeiro/CE –Rel. Min. Marco Aurélio).

<sup>833</sup> STRECK, Lênio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) Crise**. Ob., cit., p. 112.

justificadas, e tal justificação deve ser feita a partir da invocação de razões e oferecendo argumentos de caráter jurídico, como bem assinala David Ordóñez Solís<sup>834</sup>. O limite mais importante das decisões judiciais reside precisamente na necessidade da motivação/justificação do que foi dito. O juiz, por exemplo, deve expor as razões que lhe conduziram a eleger uma solução determinada em sua tarefa de dirimir conflitos. A motivação/justificação está vinculada ao direito à efetiva intervenção do juiz, ao direito dos cidadãos a obter uma tutela judicial, sendo que, por esta razão, o Tribunal Europeu de Direitos Humanos considera que a motivação se integra ao direito fundamental a um processo equitativo (em pé de paridade), de modo que “as decisões judiciais devem indicar de maneira suficiente os motivos em que se fundam”<sup>835</sup>.

Lopes Jr., especificamente em matéria probatória, sublinha a imprescindibilidade do contraditório, que deve permear todos os atos e momentos da prova. O contraditório é uma abertura necessária para evitar a manipulação da prova por parte do juiz (ainda que inconscientemente)<sup>836</sup>. Sua ausência, além de constituir uma grave e insanável violação das regras do jogo (forma enquanto garantia), faz com que, segundo Cordero, abram-se as portas ao pensamento paranoide, pois, como dono do tabuleiro, o (juiz) inquisidor dispõe das peças como lhe convém: a inquisição é um mundo verbal semelhante ao onírico, onde tempos, lugares, coisas, pessoas e acontecimentos flutuam e se movem em quadros manipuláveis<sup>837</sup>.

Dessa forma, o princípio do contraditório guarda direta relação para com as provas, tanto na ciência e acompanhamento dos elementos probatórios colhidos e apresentados pela parte adversa, quanto na possibilidade de sua produção, de modo a garantir, assim, a mais perfeita e substancial igualdade de chances entre os contendores.

### **3.3.2.5. Direito fundamental a um juiz natural**

Um dos princípios essenciais do direito constitucional diz respeito ao postulado do juiz natural, que traz ínsita proibição das Cortes ad hoc ou dos tribunais de exceção (art. 5º, XXXVII). Tal como observado pelo Ministro Celso de Mello “o postulado do juiz natural reveste-se, em sua projeção político-jurídica, de dupla função instrumental,

---

<sup>834</sup>SOLIS, David Ordóñez. **Derecho y política**. Navarra: Aranzadi, 2004, p. 98 ss.; tb. STRECK, Lênio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) Crise**. Ob., cit., p. 113.

<sup>835</sup> STRECK, Lênio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) Crise**. Ob., cit., p. 112-113.

<sup>836</sup> LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 558.

<sup>837</sup> *Ibid.*, p. 558.

que conforma a atividade legislativa do Estado e condiciona o desempenho pelo Poder Público das funções de caráter persecutório em juízo”<sup>838</sup>.

Segundo Jacinto Nelson de Miranda Coutinho juiz competente é, sem dúvidas, o juiz natural ou juiz legal, “de modo a se poder dizer ser dele a competência exclusiva para os atos aos quais está preordenado. Excluem-se todos os demais, evitando-se, desse modo, manipulações indesejáveis, produtoras de uma desordem intragável em um EDD”<sup>839</sup>. Natural (como querem os franceses, entre outros) ou legal (como querem os alemães, entre outros) são adjetivos de um juiz já possuidor de Jurisdição, ou seja, de Poder decorrente de fonte constitucional. Isso, por sinal, não foi suficiente antes de 88, de tal modo que se manipulava como fosse conveniente, razão por que se não previu o dito princípio na CF/88, nos moldes anteriores (ou nos moldes europeus), mas se foi além, demarcando-se – repita-se: constitucionalmente – a necessidade da presença de “autoridade competente” no processo e – seria desnecessário dizer mas não se queria arriscar – na sentença. Dessa forma, pode-se definir o princípio do juiz natural como expressão do princípio da isonomia e também um pressuposto de imparcialidade<sup>840</sup>.

A ideia de juiz natural assenta-se em três postulados básicos: (a) somente são órgãos jurisdicionais os instituídos pela Constituição; (b) ninguém pode ser julgado por órgão constituído após a ocorrência do fato; (c) entre os juízes pré-constituídos vigora uma ordem taxativa de competências que exclui qualquer alternativa deferida à discricionariedade de quem quer que seja<sup>841</sup>.

Importante registrar que a garantia do juiz natural não é princípio processual penal, apenas, revelando-se abrangente para toda e qualquer atividade jurisdicional. E não poderia ser diferente quanto à seara judicial-eleitoral, cível ou penal eleitoral. Preocupa-nos, assim, p. ex., o estabelecimento de regras de distribuição e, portanto, processuais, via Resoluções do TSE, que acabam concentrando pedidos de registro de candidatura em determinados desembargadores, em detrimento de outros<sup>842</sup>, assim como a criação, pós-fato, de juízos especializados, com fins de julgar crimes eleitorais e crimes conexos para com eles, após a decisão do STF no bojo do AgR-quarto Inq 4435, Rel. Min. MARCO AURÉLIO, DJe de 21/8/2019. A criação de varas especializadas

---

<sup>838</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional**. Ob., cit., p. 487.

<sup>839</sup> COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **O princípio do juiz natural na CF/88: ordem e desordem**. Revista de Informação Legislativa, Brasília a. 45 n. 179 jul./set. 2008.

<sup>840</sup> Ibid.

<sup>841</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito processual penal**. Coimbra: Coimbra Ed., 1974, v. 1, p. 322-323.

<sup>842</sup> É do artigo 30, §3º, da Res. TSE nº 23.675/2021 que me refiro.

contraria o juiz natural e as regras de competência, que determinam o local do fato como foro competente<sup>843</sup>.

Todas as soluções aos problemas surgidos, mormente funcionais [...], passam por outras soluções, mas não se pode desprezar a CF, sob pena de ela não ser efetiva nunca, por força do casuísmo. A garantia (sim – repita-se –, trata-se de uma garantia constitucional!), como água, escapa entre os vãos dos dedos. Afinal, pode-se burlar o juiz natural tanto para beneficiar réus como para prejudicar réus quando, pelo princípio, o que se não quer – e não se pode admitir – é a burla<sup>844</sup>.

### 3.3.2.6. Direito fundamental à imparcialidade judicial e à paridade de armas

Já a imparcialidade judicial, que também tem ligação com a garantia do juiz natural, calha dizer que não basta a garantia da jurisdição, não é suficiente ter um juiz, tampouco que ele seja o competente, sendo necessário, no mais, que “ele reúna algumas qualidades mínimas, para estar apto a desempenhar seu papel de garantidor”<sup>845</sup>. A imparcialidade do órgão jurisdicional é um princípio supremo do processo e, como tal, imprescindível para o seu normal desenvolvimento e obtenção do reparto judicial justo. Sobre a base da imparcialidade está estruturado o processo como tipo heterônomo de reparto<sup>846</sup>. Se a parcialidade “significa um estado subjetivo, emocional, um estado anímico do julgador”, a imparcialidade “corresponde exatamente a essa posição de terceiro que o Estado ocupa no processo, por meio do juiz, atuando como órgão supraordenado (além dos interesses das...) às partes ativa e passiva”<sup>847</sup>.

A imparcialidade é – e deve ser - dúplice, a esse respeito: objetiva e subjetiva. Desde o caso Piersack, de 1982, como diz Aury Lopes Jr., “a subjetiva alude à convicção pessoal do juiz concreto, que conhece de um determinado assunto e, desse modo, a sua falta de ‘pré-juízos’”<sup>848</sup>. Já a imparcialidade objetiva diz respeito a se tal juiz se encontrar em uma situação dotada de garantias bastantes para dissipar qualquer dúvida razoável acerca da sua imparcialidade. Em ambos os casos, a parcialidade cria a desconfiança e a incerteza na comunidade e nas instituições. Não basta estar subjetivamente protegido; é importante que se encontre em uma situação jurídica

---

<sup>843</sup> Trata-se, a esse respeito, da Res. TSE nº 23.691/2022.

<sup>844</sup> COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **O princípio do juiz natural na CF/88: ordem e desordem**. Revista de Informação Legislativa, Brasília a. 45 n. 179 jul./set. 2008.

<sup>845</sup> LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 64.

<sup>846</sup> Ibid., p. 64.

<sup>847</sup> Id.; Ibid.

<sup>848</sup> LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. Ob., cit., p. 67

objetivamente imparcial (é a visibilidade)<sup>849</sup>. Seguindo essas decisões do TEDH, aduziu o Tribunal Constitucional espanhol (STC 145/88), entre outros fundamentos, que o juiz-instrutor não poderia julgar, pois violava a chamada imparcialidade objetiva, aquela que deriva não da relação do juiz com as partes, mas sim da sua relação com o objeto do processo<sup>850</sup>.

Daí advém, por um lado, e por exemplo, o juiz de garantias, também aplicável à jurisdição penal eleitoral, como forma de garantir a imparcialidade objetiva. E a necessidade, por outro lado, de o juiz eleitoral abstrair quaisquer considerações pessoais ou subjetivas para com as partes no ato de conduzir o processo e de julgá-lo, como orientações políticas dele, vida pregressa (e não falo de inelegibilidade, mas de eventuais investigações ou afins) e etc. Não interessa, eis o ponto, se o juiz gosta ou não do sujeito, se, aos olhos do juiz, o sujeito é ou não é bom político, se aos olhos do juiz trata-se de um candidato honesto ou não etc. Sem imparcialidade, objetiva e subjetiva, o processo é mera quimera, uma fantasia jurídica, uma pantomima, mera formalidade a ser observada para que se alcance, ali adiante, um fim pré-determinado.

E é aí, de igual modo, sob o prisma da imparcialidade, que precisamos também falar acerca das atividades probatórias do juiz, das medidas tomadas de ofício, dos ritos quebrados por iniciativa dele e afins. Há, eis a pergunta, paridade de armas entre acusação e de defesa, no processo cível eleitoral ou no processo penal eleitoral, além de imparcialidade, se o julgador se arvora da condição de investigador/acusador e sai determinando provas de ofício? Ou se impõe restrições sem o devido processo penal? Ou mesmo multas, sem que haja sequer mesmo contraditório? Não, não há. Juiz xerife é juiz que corrompe a atividade da magistratura, é um juiz apenas no nome. Quem assim se porta, e há muito em sede de processo judicial eleitoral, de juiz passa a assistente – de uma das partes, quase sempre da acusação. Não há processo, portanto. Mas um arremedo – assim como ocorre quando há clara confusão entre as figuras de vítima e juiz.

Já foram citados exemplos vários de quebra de imparcialidade e de paridade de armas no bojo da jurisdição eleitoral, como ocorreu no caso da Chapa Dilma-Temer, junto ao TSE. E o que dizer, então, da postura adotada pela ampla maioria do TSE por ocasião do julgamento da AIJE que envolve a pretensão de cassação do diploma

---

<sup>849</sup> Ibid., p. 67.

<sup>850</sup> Id.; Ibid.

outorgado ao Senador Jorge Seif Júnior (SC). Na Origem o feito tramitou de maneira aparentemente regular e o TRE-SC, à luz das provas produzidas observado o rito previsto no artigo 22 da LC nº 64/90 (redação atual), julgou improcedente a demanda. A própria acusação não arrolou testemunhas. E, depois de ter postulado a produção de provas documentais, o que foi deferido, chegou a desistir dela, conforme a materialização das diligências requeridas veio sendo acostada aos autos. O feito, então, subiu ao TSE em grau de Recurso Ordinário. O parecer da PGE foi pelo provimento do apelo. E foi designada sessão de julgamento. As partes, acusação/recorrente e defesa/recorrida, realizaram sustentação oral por intermédio dos seus advogados. O julgamento foi suspenso inicialmente, pelo adiantado do horário. E voltaria, após, à pauta, para que os Ministros, a começar pelo Relator, apresentassem os seus votos quanto ao mérito da questão. De uma hora para outra, no entanto, e de ofício, o julgamento foi convertido em diligência. O Relator, no que foi acompanhado por outros cinco Ministros, determinou a produção de provas, reitere-se, de ofício, em grau de recurso e depois das sustentações orais. Provas, aliás, que não haviam sido produzidas pela acusação, cujos erros ou insuficiências, a partir daí, foram apontados pela defesa e apontados da tribuna pela advogada. Quem procura, eis o ponto, vai atrás de algo. Ao invés de absolverem, então, o Senador, partiram, os juízes/julgadores, para sanar os equívocos da acusação, tudo a partir de uma retórica de tutela da legitimidade do processo eleitoral, na defesa de que o juiz poderia fazer isso e no malfadado art. 23 da LC nº 64/90. Matou-se o devido processo legal, a partir daí. A paridade de armas. E a equidistância do julgador. É, pois, caso escancarado de atuação do juiz como assistente da acusação. Violência processual, às escâncaras<sup>851</sup>, digo de novo – um exemplo concreto de quebra de imparcialidade do julgador e de paridade de armas entre acusação e defesa, além de desrespeito ao sistema acusatório.

### **3.3.2.7. Direito fundamental à irretroatividade das leis**

Triste capítulo no âmago do Direito Eleitoral Sancionador, observados os episódios, já desenvolvidos, inerentes à conhecida “Lei da Ficha-Limpa” (LC nº 135/2010). Tivemos, naquela quadra da história, a promoção legislativa e a chancela judicial da relativização de princípios constitucionais demasiado caros a um Estado

---

<sup>851</sup> A esse respeito, ver: BRASIL, Tribunal Superior Eleitoral. **Plenário converte em diligência julgamento que envolve Senador Jorge Seif Junior (PL-SC)**. Disponível em: <https://www.tse.jus.br/comunicacao/noticias/2024/Abril/plenario-converte-em-diligencia-julgamento-que-envolve-senador-jorge-seif-junior-pl-sc>. Acesso em: 07 mai. 2024.

Democrático de Direito, como a presunção de inocência, a irretroatividade das leis e, no mais, a segurança jurídica, tudo, evidentemente, sob o pálio argumentativo-persuasivo do combate à corrupção, no caso, pela via eleitoral. Isto é: sob o argumento de proteção da sociedade contra candidatos tidos como potenciais corruptores da máquina pública, e vedando, verdadeiramente, escolhas livres ao povo (na medida do possível), esse diploma legal, vendido como um grande avanço da República brasileira, ou seja, como uma grande revolução no combate ao espólio do erário público (e não o é), se voltou, de maneira frontal, contra direitos e garantias fundamentais, trilhando o marcante caminho da respectiva relativização. Perdemos o embate.

A irretroatividade das leis restritivas de direito, todavia, é um dos mais importantes marcos civilizatórios erguidos na modernidade. E está consagrada, pois, no bojo da nossa Constituição, a partir da qual “a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu” (CF, art. 5º, inc. XL). O termo penal, ademais, deve, necessariamente, ser interpretado não apenas voltado ao processo penal em sentido estrito, mas ao Direito Sancionador em sentido mais amplo, aplicando-se, pois, por exemplo, às ações de improbidade administrativa e, também, ao Direito Eleitoral Sancionador.

Já no ambiente do Direito Eleitoral, também na esteira da garantia da segurança jurídica, que é, no fim das contas, que sustenta a irretroatividade, não há como ignorar o chamado princípio da anualidade eleitoral, circunscrito ao artigo 16 da CF. A esse respeito, 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.

Conforme assevera Eneida Desiree Salgado, o dispositivo constitucional eleitoral configura uma verdadeira muralha da democracia, “uma exigência da predeterminação das regras do jogo da disputa eleitoral com um ano de antecedência, para evitar casuísmos e surpresas, em nome da estabilidade”<sup>852</sup>. Com isso, obsta-se qualquer tipo de mudanças abruptas na legislação eleitoral, que possam surpreender os candidatos, e até mesmo os eleitores e aqueles outros envolvidos, como a própria Justiça Eleitoral. Mais do que isso, por oportuno, cumpre frisar que o princípio constitucional em liça possui uma carga normativa tão cara para a democracia brasileira, que, de certa maneira, mesmo mudanças jurisprudenciais de surpresa são evitadas. Dito de outro modo, evita-se viragens substanciais de jurisprudência no curso do processo eleitoral,

---

<sup>852</sup>SALGADO, Eneida Desiree. **Princípios constitucionais eleitorais**. Ob., cit., p. 222.

algo acentuado no âmbito do Tribunal Superior Eleitoral que, por ser o guardião da legislação eleitoral, deve ser vigilante quanto à sobriedade das interpretações normativas, em respeito, sobretudo, à segurança jurídica e à igualdade que deve permear às disputas eleitorais<sup>853</sup>.

O processo eleitoral, portanto, abarca um conjunto concatenado de atos, composto por três fases que se iniciam um ano antes da data da eleição, carregando, por conseguinte, regras pertinentes a cada estágio ou fase, desde as que regem instrumental e materialmente a filiação partidária, o domicílio eleitoral e a criação de partidos políticos, até as inerentes às convenções partidárias, registros de candidatura, condições de elegibilidade e causas de inelegibilidade, propaganda eleitoral, pesquisas eleitorais, debates, arrecadação e gastos de recursos para fins eleitorais, condutas vedadas a agentes públicos em campanha eleitoral, ações e recursos, apuração de votos, dentre outras, de modo a formarem, dessa maneira, um todo ordenado.

Dessa forma, toda e qualquer legislação que venha a alterar tais regras, interferindo em uma das fases específicas do processo, pouco importando a sua natureza, acabará por alterá-lo, considerado como tal um complexo de atos destinados a garantir a manifestação popular sufragada nas urnas, que tem por termo inicial o lapso temporal de um ano da efetiva realização do prélio (primeiro domingo de outubro).

Logo, não é por menos que o próprio texto constitucional vincula a eficácia de determinada lei para futuro pleito eleitoral à sua entrada em vigor no limite do prazo de

---

<sup>853</sup> "Mudanças radicais na interpretação da Constituição devem ser acompanhadas da devida e cuidadosa reflexão sobre suas consequências, tendo em vista o postulado da segurança jurídica. Não só a Corte Constitucional, mas também o Tribunal que exerce o papel de órgão de cúpula da Justiça Eleitoral devem adotar tais cautelas por ocasião das chamadas viragens jurisprudenciais na interpretação dos preceitos constitucionais que dizem respeito aos direitos políticos e ao processo eleitoral. Não se pode deixar de considerar o peculiar caráter normativo dos atos judiciais emanados do TSE, que regem todo o processo eleitoral. Mudanças na jurisprudência eleitoral, portanto, têm efeitos normativos diretos sobre os pleitos eleitorais, com sérias repercussões sobre os direitos fundamentais dos cidadãos (eleitores e candidatos) e partidos políticos. No âmbito eleitoral, a segurança 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. A importância fundamental do princípio da segurança jurídica para o regular transcurso dos processos eleitorais está plasmada no princípio da anterioridade eleitoral positivado no art. 16 da Constituição. O STF fixou a interpretação desse art. 16, entendendo-o como uma garantia constitucional (1) do devido processo legal eleitoral, (2) da igualdade de chances e (3) das minorias (RE 633.703). Em razão do caráter especialmente peculiar dos atos judiciais emanados do TSE, os quais regem normativamente todo o processo eleitoral, é razoável concluir que a Constituição também alberga uma norma, ainda que implícita, que traduz o postulado da segurança jurídica como princípio da anterioridade ou anualidade em relação à alteração da jurisprudência do TSE. Assim, as decisões do TSE que, no curso do pleito eleitoral (ou logo após o seu encerramento), impliquem mudança de jurisprudência (e dessa forma repercutam sobre a segurança jurídica), não têm aplicabilidade imediata ao caso concreto e somente terão eficácia sobre outros casos no pleito eleitoral posterior." (RE 637.485, rel. min. **Gilmar Mendes**, julgamento em 1º-8-2012, Plenário, *DJE* de 21-5-2013, com repercussão geral).

um ano antes da eleição futura. Ou seja, se o jogo eleitoral se inicia a um ano da efetiva eleição, alterar as regras do jogo com ele em curso não é aceitável, tanto que restringido pela ordem constitucional democraticamente assentada.

Logo: **a)** O mandamento constitucional em questão se manifesta como cláusula pétrea eleitoral que, portanto, não pode ser modificada por emenda constitucional, lei complementar, e muito menos por legislação ordinária;**b)** O termo “processo eleitoral” reza um conjunto concatenado de atos, composto por três fases que se iniciam um ano antes da data do escrutínio, carregando, por conseguinte, regras pertinentes a cada estágio ou fase, desde as que regem instrumental e materialmente a filiação partidária, o domicílio eleitoral e a criação de partidos políticos, até as inerentes às convenções partidárias, registros de candidatura, condições de elegibilidade e causas de inelegibilidade, propaganda eleitoral, pesquisas eleitorais, debates, arrecadação e gastos de recursos para fins eleitorais, condutas vedadas a agentes públicos em campanha eleitoral, ações e recursos, dentre outras, de modo a formarem assim um todo ordenado; **c)** Qualquer diploma legal que vier a interferir em uma das fases do processo eleitoral, não importando a natureza e a substância disciplinada, virá a alterá-lo; **d)** A lei que alterar o processo eleitoral entrará em vigor na data da respectiva publicação;**e)** Entretanto, não se aplicará às eleições que se realizarem em até um ano da entrada em vigência; **f)** O marco temporal de um ano tem por escopo resguardar as regras do jogo. Considerando que o jogo eleitoral se inicia a um ano da data da eleição, não há como modificar as regras do jogo com ele em curso; **eg)** A exigência em comento, além de tutelar o equilíbrio e a normalidade da disputa eleitoral, tem por baliza precípua a segurança jurídica, tudo com vistas a evitar surpresas a partidos, coligações, candidatos e eleitores, de modo que, assim, seja protegido o devido processo legal eleitoral, a segurança e a estabilidade normativa que deve permeá-lo, a legitimidade e a normalidade do processo, a igualdade de oportunidades e, até mesmo, a garantia das minorias na ocupação de cargos eletivos.

Em suma, trata-se de princípio constitucional assentado de modo a evitar surpresas, não só aos partidos, coligações e candidatos, mas também ao próprio eleitorado, resguardando-se, pois bem, assim sendo, as regras do jogo, algo que é, ao final e ao cabo, demasiado caro a um processo eleitoral que se diga democrático. Uma eleição popular, apanágio dos povos civilizados, conclusivamente, não se faz mediante sobressaltos. Para tanto, a legislação que visar modificar qualquer regramento inerente a

quaisquer das fases deste complexo processo, não sendo relevante a natureza e a matéria versada, deverá ser aprovada em respeito ao prazo mínimo de um ano antes da realização do prélio. Do contrário, não terá eficácia para a eleição que se avizinha.

### **3.3.2.8. Direito fundamental à legalidade ou à reserva legal e à tipicidade**

Não há ilícito eleitoral sem lei anterior que o defina. Nem sanção/restrição de direito sem prévia cominação legal. Parece óbvia a afirmativa. Porém, o óbvio precisa ser dito. Dito, redito, afirmado e reafirmado, ainda mais em tempos de diversionismo.

Essa ideia, pilar civilizatório que é, tem sido, todavia, esquecida, vez ou outra, especialmente em hipóteses nas quais os temas envolvidos demandam certo acaloramento de ânimos. Vale rememorar, a esse respeito, dois casos nos quais a garantia da legalidade ou da reserva legal foi ou esteve na iminência de ser ignorada. O primeiro, é o caso do “abuso de poder religioso”. O segundo, é a postura do TSE no controle da “desinformação”, notadamente no bojo do pleito de 2022. Dois perigos, dizem muitos, para a higidez da democracia brasileira, um a influência do poderio clerical, inclusive no tocante à liberdade de voto do eleitorado, o outro a nocividade da desinformação em tempos plataformas sociais, observada a velocidade de propagação.

Quanto ao alegado abuso de poder religioso, não há tipicidade alguma. O que a legislação eleitoral prevê, na atual redação, é a proibição de doações por meio de instituições religiosas e a propaganda eleitoral em templos, por serem considerados como bens de uso comum do povo para fins eleitorais, enquadrando-se, pois, tais situações, em doações provenientes de fonte vedada, algo a ser verificado em prestação de contas e/ou em Representação Eleitoral por arrecadação e gastos ilícitos de recursos, e em propaganda eleitoral irregular, que sequer seria passível de multa, salvo se desrespeitada uma determinação judicial para a retirada do material ou para a cessação da conduta. Mas, quando falamos em abuso de poder, o que temos é uma tríade de tipificações, apenas, ora econômica, ora política, ora pelo uso indevido de meios de comunicação social. Como, então, fazer reconhecer esse ilícito via decisões judiciais, sem que haja tipificação? Assim fosse o caso, estaríamos diante não apenas de uma inconstitucionalidade patente, mas, mais do que isso, diante da violação de preceitos

seculares, como a legalidade ou a reserva legal e a taxatividade, através, inclusive, do estabelecimento de ilícitos pós-fato<sup>854</sup>.

Eventuais preocupações, que seriam legítimas, aliás, quanto à observância da separação entre Estado e religião, de modo a garantir ao cidadão a autonomia para eleger seus representantes políticos, protegendo-se a legitimidade do voto e impedindo-se que qualquer força política ou religiosa possa coagir moral ou espiritualmente a plena liberdade de consciência dos eleitores, não deve se dar aos atropelos, estabelecendo-se, sem previsão legal antecedente, ilícitos por meio de decisões judiciais e, portanto, de modo retroativo. Isso é não é adequado, observada a nossa Carta e a história ocidental.

Falar em abuso de poder religioso, ou qualquer outro ilícito, a pretexto de proteção da liberdade de voto, por meio de criação jurisdicional, nada mais é, ao fim e ao cabo, do que um trunfo retórico tendente à legitimação de um agir inconstitucional, além de anticivilizatório, observadas as construções modernas limitativas do poder de punir, por parte da autoridade judiciária, ou por meio de quem defende esse tipo de investida, seja a acusação da vez, seja a literatura jurídica especializada – que é pródiga, aliás, nesse tipo de sustentação, tanto que inserida, na espécie, como agente degenerativo.

Já quanto à temática da desinformação, a questão, não há como não reconhecer, ganha em complexidade. Uma das grandes preocupações contemporâneas é como controlar o poder das plataformas digitais, além de dar maior transparência às respectivas atividades, sem que isso represente censura ou violações ao direito fundamental à liberdade de expressão. Além do próprio devido processo legal, observados os seus parâmetros e diretrizes. A era digital trouxe uma modificação contundente na forma de exercício das relações humanas, o que, evidentemente, abarcou também os processos de escolha da representação popular. A disseminação da desinformação em uma eleição pode viciar a liberdade de escolha do eleitorado, tornando o escrutínio contaminado. Porém, o ponto crítico da controvérsia é saber se temos mecanismos eficazes para realizar esse controle. E, se não for o caso, é

---

<sup>854</sup> Preciso que a maioria do TSE viesse dizer isso, num caso concreto proveniente de Goiás, onde havia sido imposta cassação ao demandado. Ainda assim, diga-se, a decisão se deu em sede de maioria mínima. A esse respeito, ver: BRASIL, Tribunal Superior Eleitoral. **TSE rejeita instituir abuso de poder religioso em ações que podem levar cassação.** Disponível em: <https://www.tse.jus.br/comunicacao/noticias/2020/Agosto/tse-rejeita-instituir-abuso-de-poder-religioso-em-aco-es-que-podem-levar-a-cassacoes>. Acesso em: 08 jan. 2024.

saber como poderia se dar a criação destes mecanismos. Ou, na espécie, como não deveria se dar.

Falo aqui da Resolução, de 20 de outubro de 2022, que dispôs “sobre o enfrentamento de desinformação que compromete a integridade do processo eleitoral”. A norma estabeleceu que, após decisão colegiada que determine a retirada de conteúdo desinformativo, a própria Presidência do TSE poderá determinar a extensão da decisão a conteúdos idênticos republicados. Ou seja, conteúdos irregulares replicados em outros canais (URL) que não fossem aqueles apontados na decisão inicial passaram a poder ser retirados sem a necessidade de uma nova ação que questionasse esses novos canais.

Tratou-se aqui de uma expansão do poder de polícia da Justiça Eleitoral no controle da propaganda, que, mesmo de ofício, passou a poder determinar a remoção de conteúdo. Outro problema foi o avanço no controle de conteúdo de propaganda, o que, nos termos do artigo 41 da Lei nº 9504/97, vigente válido e eficaz naquela quadra da história, não é permitido. Poder de polícia serve para controlar forma, jamais conteúdo de propaganda. Houve, dessa forma, atropelos.

A mesma Resolução trouxe restrição à veiculação de propaganda paga nas 48 horas que antecederam o pleito, assim como nas 24 horas seguintes à votação. Restringiu-se, portanto, a veiculação de propaganda paga na internet (impulsionamento) por meio de Resolução, o que violou o artigo 57 ss. da Lei nº 9.504/97, vigente válido e eficaz na época, sendo que a propaganda em geral, incluindo-se a internet, é permitida até a véspera do pleito (sábado). A veiculação de propaganda, mediante impulsionamento ou não, é vedada no dia da eleição, apenas. Houve aqui, portanto, cerceio indevido da liberdade de expressão e de informação e, portanto, ao arrepio da lei, interferência no exercício dos citados direitos da personalidade.

E a Resolução, a mesma de outubro de 2022, trouxe, no mais, previsão segundo a qual seria vedada a “divulgação ou compartilhamento de fatos sabidamente inverídicos ou gravemente descontextualizados que atinjam a integridade do processo eleitoral, inclusive os processos de votação, apuração e totalização de votos”<sup>19</sup>. Já foi citada.

O panorama exposto acima denota, então, uma investida do TSE que, a pretexto de combater desinformação, passou por cima de várias regras da própria Constituição. Violo

u-se, observado o marco legal regente quando da tomada da medida, o artigo 41 da Lei das Eleições, considerado a extrapolação do poder de polícia do magistrado eleitoral. O artigo 57 da Lei das Eleições também foi atacado, naquilo que se refere à possibilidade de veiculação de propaganda na internet, mediante impulsionamento ou não, até a véspera da eleição (sábado anterior ao dia da votação). A criação de sanções via Resolução também é de ser criticada. E isso, no fim das contas, trouxe uma série de ilegalidades (constitucionais e em sentido estrito), a começar pelo princípio republicano, afinal, o Poder Judiciário Eleitoral, mesmo quando exerce o seu poder regulamentar, não apenas substituiu-se ao legislador, como desrespeitou comandos legais já estabelecidos, limitativos justamente do exercício dessa prerrogativa. O artigo 105 da Lei das Eleições, vigente, válido e eficaz naqueles tempos, também foi inobservado, afinal, o dispositivo legal estabelecia expressamente que o TSE, no exercício do poder regulamentar, não poderia restringir direitos ou estabelecer sanções distintas das previstas em Lei. Isso é competência legislativa da União. Sem contar, ademais, que a Resolução em comento veio no âmago do processo eleitoral, há cerca de duas semanas do segundo-turno, o que ataca o artigo 16 da CF (princípio da anualidade eleitoral).

Resolução não é lei. E não é fonte primária do Direito Eleitoral. A atividade legislativa é inerente ao Poder Legislativo, não devendo o Poder Judiciário, sob pena de clara afronta ao princípio republicano, imiscuir-se em tal desiderato que não lhe é conferido pela Constituição Federal. As Resoluções carregam função basicamente regulamentar ou sistematizante, de modo a conferir eficácia factual à legislação eleitoral advinda da atuação legiferante desempenhada pelo Poder competente, e nada mais<sup>855</sup>. Tanto é assim que o próprio artigo 105 da Lei n° 9.504/97, vigente válido e eficaz atualmente, é contundente ao afirmar que o Tribunal Superior Eleitoral, atendendo ao caráter regulamentar, poderá expedir as devidas instruções, desde que não venha restringir direitos ou estabelecer sanções distintas das previstas em lei. Noutras palavras: por meio de Resoluções não se pode, jamais, impor restrições a direitos ou criar sanções do vácuo e até mesmo majorar sanções previamente estabelecidas<sup>856-857</sup>.

---

<sup>855</sup>Exemplo clássico disso são as Resoluções que sistematicamente vêm a disciplinar as prestações de contas relativas às campanhas eleitorais, e até mesmo as relacionadas às prestações de contas partidárias.

<sup>856</sup>O poder regulamentador da resolução “deve observar os estritos limites legais estabelecidos pelo legislador - que é o detentor exclusivo da prerrogativa de criar a lei -, sob pena de incorrer em excesso e, por consequência, receber a pecha de ilegalidade. Portanto, é fundamental que haja a adequação e compatibilidade do conteúdo da resolução com o regramento legal vigente, e nunca o extravasamento do

Já quanto à interpretação, é cediço, de mais a mais, que “[...] ‘As restrições a direitos fundamentais devem ser interpretadas restritivamente, consoante lição basilar da dogmática de restrição a direitos fundamentais, axioma que deve ser trasladado à seara eleitoral, de forma a impor que, sempre que se deparar com uma situação de potencial restrição ao ius honorum, como sói ocorrer nas impugnações de registro de candidatura, o magistrado deve prestigiar a interpretação que potencialize a liberdade fundamental política de ser votado, e não o inverso’ [...]” (Ac. de 10.12.2020 no REspEI nº 060022730, rel. Min. Sérgio Banhos.), afinal, “[...] ‘o direito sancionatório está sujeito ao princípio da legalidade estrita e suas normas não comportam interpretação ampliativa, [...]’”(Ac. de 25.3.2014 nos ED-AgR-RESpe nº 40785, rel. Min. Luciana Lóssio; no mesmo sentido o Ac. de 12.9.2013 no RESpe nº 9628, rel. Min. Marco Aurélio.). Não se trata, portanto, apenas – e já é muito – da legalidade, mas da legalidade restritiva em matéria de interpretação.

### 3.3.2.9. Direito fundamental à duração razoável do processo

Duração razoável do processo, como direito fundamental, se encontra previsto no texto constitucional, como assegurada a todos os jurisdicionados (CF, art. 5º, inc. LXXVIII, incluído pela EC nº 45). Também a Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH) consagra a duração razoável do processo, consoante o seu artigo 8º. Trata-se, portanto, de um direito fundamental, no universo interno, e de um direito humano, no âmbito externo. E, para Aury Lopes Jr., do “direito de ser julgado num prazo razoável ou a um processo justo sem dilações indevidas”<sup>858</sup>.

Ao contrário das demais searas, o campo do processo judicial eleitoral lida com a formação da representação popular. E os mandatos, a seu turno, possuem prazo certo e pré-determinado. Daí, pois, que o artigo 97-A, e §1º, da Lei nº 9504/97 prevê que “[...] considera-se duração razoável do processo que possa resultar em perda de mandato

---

poder regulamentador, ainda que de modo indireto, com a burla do conteúdo legislativo, evitando, assim, ofensa ao princípio constitucional da separação dos Poderes (art. 2º da CF)” (ZÍLIO, Rodrigo López. **Direito Eleitoral**. Ob., cit., p. 24).

<sup>857</sup>Nada obstante o caráter meramente regulamentador que abarca as Resoluções, não há como negar que elas carregam densidade normativa, onde o próprio STF já aquilidou o cabimento de Ação Direta de Inconstitucionalidade contra Resolução da Corte Superior Eleitoral (ADI 3345/DF e a ADI 3365/DF, Rel. Celso de Mello, 25.8.2005), além do cabimento de Mandado de Segurança contra eventual dispositivo com efeitos concretos (Mandado de Segurança nº 4228, Acórdão de 01/07/2009, Relator (a) Min. MARCELO HENRIQUES RIBEIRO DE OLIVEIRA, Relator (a) designado (a) Min. HENRIQUE NEVES DA SILVA, Publicação: DJE - Diário da Justiça Eletrônico, Tomo 166, Data 01/09/2009, Página 45).

<sup>858</sup>LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. Ob., cit., p. 81.

eletivo o período máximo de 1 (um) ano, contado da sua apresentação à Justiça Eleitoral; A duração do processo de que trata o caput abrange a tramitação em todas as instâncias da Justiça Eleitoral” – é a oportuna duração razoável do processo judicial eleitoral.

Levando-se em conta o direito material em jogo, o direito fundamental à duração razoável do processo, como afirma Gustavo Paim, é de extrema relevância para o Direito Processual Eleitoral, tendo em vista a curta duração do processo eleitoral, bem como a limitação temporal dos mandatos eletivos dos mandatos obtidos no pleito. Isso sem falar que lida com a essência da democracia representativa e com direitos políticos fundamentais<sup>859</sup>.

Porém, se a duração razoável do processo eleitoral, observadas as demandas acusatórias-sancionatórias, comporta o prazo de um ano, quer dizer, necessariamente, que, passado esse prazo, a utilidade das demandas vai começando a enfraquecer, até mesmo porque poderia ensejar uma quebra de continuidade administrativa, com eventual cassação, que demandaria novas eleições, até mesmo no último ano do mandato eletivo, por exemplo; o processo judicial eleitoral não deve servir para causar instabilidades administrativas e republicanas, sendo que as cassações, por essa e outras razões, reforçada por esta, devem servir para casos extremos<sup>860</sup>.

E a duração razoável do processo é um direito fundamental, não há dúvidas. Porém, de mais a mais, o registro não é menos relevante, deve-se ter em conta que ela deve ser cumprida observadas as garantias processuais. Não se trata, ao fim e ao cabo,

---

<sup>859</sup>PAIM, Gustavo Boher. **Direito Eleitoral e Segurança Jurídica**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016, p. 232.

<sup>860</sup>“[...] A Constituição Federal valoriza a soberania popular a despeito do valor das nossas decisões, dos critérios que usamos, e isso é muito relevante. A cassação de mandatos deve ocorrer em situações inequívocas. [...] Aqui há um ethos constitucional que precisa ser levado em conta, tendo em vista a democracia. [...] O processo é garantia, não é voluntarismo, em outras áreas, inclusive. Mas, na área eleitoral, com maior razão, porque é esse o objeto que se tem de levar em conta. É muito fácil fazer discurso de moralismo. Todos nós queremos correção. Usar o direito para finalidades espúrias, ficar adequando decisões ao momento e aos interesses eventuais, não é coisa que se possa fazer. Direito não serve para isso. É essa história de direito achado na rua. Não é o que nós devemos fazer. Direito é segurança. Ruy Barbosa que dizia: ‘Se a lei cessa de proteger os nossos inimigos, cessa virtualmente de nos proteger’ [...]”. (REspe nº 428765026/PE, julgado em 6.2.2014); “[...] Com efeito, enquanto medida de afastamento da soberania popular, a cassação de diploma pressupõe, além de provas convincentes e coerentes do ilícito praticado, que o processo tramite em absoluta conformidade ao devido processo legal, pois, conforme ressaltava o Min. Sepúlveda Pertence, ‘os mandatos republicanos são essencialmente - - limitados no tempo e improrrogáveis: por isso, a indevida privação, embora temporária, do seu exercício é irremediável, por definição. [...]’ (Liminar no MS n.20.962/DF-STF, julgado em 16.6.1989).

de um álibi retórico para promover atropelos. O processo tem o seu tempo. E ele se legitima se observadas todas as garantias inerentes aos acusados.

### **3.3.2.10. Direito fundamental à licitude das provas**

São inadmissíveis e, portanto, imprestáveis, as provas obtidas por meios ilícitos (CF, art. 5º, inc. LVI, da CF). Essa hipótese, proveniente do texto constitucional, enseja a aplicabilidade da chamada teoria da inadmissibilidade das provas ilícitas, o que não permite exceção ou relativização. A esse respeito:

“[...] A norma inscrita no art. 5º, LVI, da Lei Fundamental promulgada em 1988, consagrou, entre nós, com fundamento em sólido magistério doutrinário (Ada Pellegrini Grinover, *Novas tendências do direito processual*, Forense Universitária, 1990, p. 60-82; Mauro Cappelletti, *Efficacia di prove illegittimamente ammesse e comportamento della parte*, *Rivista di Diritto Civile*, p. 112, 1961; Vincenzo Vigoriti, *Prove illecite e costituzione*, *Rivista de Diritto Processuale*, p. 64 e 70, 1968), o postulado de que a prova obtida por meios ilícitos deve ser repudiada – e repudiada sempre – pelos juízes e Tribunais, “por mais relevantes que sejam os fatos por ela apurados, uma vez que se subsume ela ao conceito de inconstitucionalidade...” (Ada Pellegrini Grinover, *op. cit.*, p. 62). A cláusula constitucional do *due process of law* – que se destina a garantir a pessoa do acusado contra ações eventualmente abusivas do Poder Público – tem, no dogma da inadmissibilidade das provas ilícitas, uma de suas projeções concretizadoras mais expressivas, na medida em que o réu tem o impostergável direito de não ser denunciado, de não ser julgado e de não ser condenado com apoio em elementos instrutórios obtidos ou produzidos de forma incompatível com os limites impostos, pelo ordenamento jurídico, ao poder persecutório e ao poder investigatório do Estado. A absoluta invalidade da prova ilícita infirma-lhe, de modo radical, a eficácia demonstrativa dos fatos e eventos cuja realidade material ela pretende evidenciar. Trata-se de consequência que deriva, necessariamente, da garantia constitucional que tutela a situação jurídica dos acusados em juízo penal e que exclui, de modo peremptório, a possibilidade de uso, em sede processual, da prova – de qualquer prova – cuja ilicitude venha a ser reconhecida pelo Poder Judiciário”<sup>861</sup>.

Ada Pellegrini Grinover, como exemplo, advoga que a inadmissibilidade processual da prova ilícita se torna absoluta, sempre que a ilicitude consista na violação de uma norma constitucional, em prejuízo das partes ou de terceiros. Nesses casos, seria irrelevante indagar se o ilícito foi cometido por agente público ou por particulares, porque, em ambos os casos, a prova terá sido obtida com infringência aos princípios constitucionais que garantem os direitos da personalidade. Seria também irrelevante indagar-se a respeito do momento em que a ilicitude se caracterizou (antes e fora do

---

<sup>861</sup>STF, Ação Penal 370-3/DF, Rel. Min. Celso De Mello.

processo ou no curso dele); seria irrelevante indagar-se se o ato ilícito foi cumprido contra a parte ou contra terceiro, desde que tenha importado em violação a direitos fundamentais; e será, por fim, irrelevante indagar-se se o processo no qual se utilizaria prova ilícita deste jaez é de natureza penal ou civil<sup>862</sup>. O pensamento, aliás, se encaixa perfeitamente no bojo do Direito Eleitoral Sancionador, onde nem sempre o autor de determinada demanda acusatória é o Estado, por meio do Ministério Público, mas um particular, envolto na campanha, como os partidos, coligações, federações e candidatos.

Há, todavia, uma ressalva a ser considerada: a admissibilidade da prova ilícita pró-acusado. Nesse caso, a prova ilícita poderia ser admitida e valorada apenas quando se revelasse a favor do réu, como a própria nomenclatura sugere, em prol da presunção de inocência e da liberdade, e, no caso específico do Direito Eleitoral Sancionador, em prol da presunção de inocência e da presunção de legitimidade do sufrágio.

Atenção, todavia: a mesma prova que serviu para a absolvição do inocente não pode ser utilizada contra terceiro, na medida em que, em relação a ele, essa prova é ilícita e assim deve ser tratada (inadmissível, portanto). Não há nenhuma contradição nesse tratamento, na medida em que a prova ilícita está sendo, excepcionalmente, admitida para evitar a injusta condenação de alguém (proporcionalidade). Essa admissão está vinculada a esse processo. Não existe uma convalidação, ou seja, ela não se torna lícita para todos os efeitos, senão que apenas é admitida em um determinado processo (em que o réu que a obteve atua sobre o abrigo do estado de necessidade). Ela segue sendo ilícita e, portanto, não pode ser utilizada em outro processo para condenar alguém, sob pena de, por via indireta, admitirmos a prova ilícita contra o réu (sim, porque ele era “terceiro” no processo originário, mas assume agora a posição de réu)<sup>863</sup>.

Ilícita a prova, ilícitas o são, de igual modo, as provas dela derivadas. A problemática da ilicitude por derivação revela que são igualmente inadmissíveis as provas derivadas das ilícitas, salvo quando não demonstrado o nexo de causalidade entre umas e outras, ou quando as provas derivadas pudessem ter sido obtidas por uma fonte independente da ilicitude originária<sup>864</sup>.

---

<sup>862</sup>GRINOVER, Ada Pellegrini. **Liberdades públicas e processo penal**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982. p. 151.

<sup>863</sup> LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. Ob., cit., p. 597.

<sup>864</sup>“Recurso ordinário recebido como especial. Aplicação do princípio da fungibilidade recursal. Fita cassete contendo gravação de diálogo feita por um dos interlocutores. Legítima defesa. Não configuração. Prova ilícita. Abuso de poder econômico e de autoridade. Exame da matéria prejudicado. Precedentes do supremo tribunal federal. Recurso a que se nega seguimento. [...] III – A prova consistente em fita cassete

Trata-se, na espécie, da consagrada teoria da árvore dos frutos envenenados (*fruits of the poisonous tree*), construção jurisprudencial norte-americana que acabou trazida e recepcionada pelo direito brasileiro. O princípio da contaminação tem sua origem no caso *Silverhorne Lumber & Co. v. United States*, em 1920, em que a expressão *fruits of the poisonous tree*<sup>865</sup> acabou cunhada pela primeira vez pelo juiz Frankfurter, da Suprema Corte dos EUA, no caso *Nardone v. United States*, em 1937<sup>866</sup>. Na decisão, consagrou-se que proibir o uso direto de certos métodos, mas não pôr limites ao seu pleno uso indireto, apenas provocaria o uso daqueles mesmos meios considerados incongruentes com padrões éticos e destrutivos da liberdade pessoal. Optou-se pelo sistema da consideração da ilicitude das provas consequentes, quando derivadas da prova ilícita original, constituindo uma estrutura lógica e racional. De nada adiantaria preservar os direitos e garantias humanas fundamentais no nascedouro da produção da prova, permitindo-se, depois, a utilização de derivações flagrantemente inconsistentes, pois calcadas em alicerces podres. É o conhecido brocardo: “árvore envenenada não pode dar bons frutos”. O inadequado método seria a vedação da produção da prova ilícita, mas a aceitação de toda prova desta derivada, ou seja, expurga-se do processo o mal raiz, aceitando-se as suas ramificações<sup>866</sup>.

Em síntese: a) inadmissibilidade da prova derivada (princípio da contaminação); b) não há contaminação quando não verificado o nexo de causalidade; c) não há contaminação quando a prova puder ser obtida por uma fonte independente; d) desentranhamento e inutilização da prova considerada ilícita<sup>867</sup>. Portanto, a regra é a ilicitude por derivação, em que a mácula se estende a todos os demais elementos provenientes da prova ilícita, em igual intensidade, salvo se não estiver presente o nexo de causalidade entre uma e outra prova, ou se as demais provas pudessem ter sido obtidas por uma fonte independente da ilícita, ônus probatório que recai sobre a acusação<sup>868</sup>. Somente se estiver demonstrado, assim, de forma consistente e inarredável

---

contendo gravação de diálogo efetuada por um dos interlocutores, sem o conhecimento do outro ou dos demais, não produzida para uso futuro, em defesa, é de ser tida como ilícita, a teor da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, da qual o relator, respeitosamente, guarda reserva. IV – Ilícita a prova dos autos, prejudicado fica, com suporte na doutrina dos frutos da árvore envenenada (*fruits of the poisonous tree*), o exame da matéria atinente à alegação de ocorrência de prática de abuso de poder econômico e de autoridade” (TSE – ERO 507 – Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira – 21 jun. 2001).

<sup>865</sup> LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. Ob., cit., p. 600.

<sup>866</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. **Provas no Processo Penal**. São Paulo: RT, 2009, p. 32-33.

<sup>867</sup> LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. Ob., cit., p. 599.

<sup>868</sup> **EMENTA: Prova penal. Banimento constitucional das provas ilícitas (CF, art. 5º, LVI). Ilicitude (originária e por derivação) – [...]. Ilicitude da prova. Inadmissibilidade de sua produção em juízo (ou perante qualquer instância de poder). Inidoneidade jurídica da prova resultante da**

(incumbência da acusação), que novos elementos de informação acabaram obtidos sem qualquer relação de causa e efeito para com a prova ilícita originária, ou a partir de uma fonte absolutamente autônoma de prova – que não guarde qualquer relação de dependência nem decorra da prova originariamente ilícita –, é que eventuais dados probatórios revelar-se-ão admissíveis, porque não contaminados pela mácula da ilicitude originária. Do contrário, assim como a origem, tais elementos derivados, em vista da contaminação, deverão ser reputados como ilícitos com o conseqüente e imediato desentranhamento do processo, assim como deverão ser anulados todos os atos

---

**transgressão estatal ao regime constitucional dos direitos e garantias individuais.** “– A ação persecutória do Estado, qualquer que seja a instância de poder perante a qual se instaure, para revestir-se de legitimidade, não pode apoiar-se em elementos probatórios ilicitamente obtidos, sob pena de ofensa à garantia constitucional do **due process of law**, que tem, no dogma da inadmissibilidade das provas ilícitas, uma de suas mais expressivas projeções concretizadoras no plano do nosso sistema de direito positivo. – A Constituição da República, em norma revestida de conteúdo vedatório (CF, art. 5º, LVI), desautoriza, por incompatível com os postulados que regem uma sociedade fundada em bases democráticas (CF, art. 1º), qualquer prova cuja obtenção, pelo Poder Público, derive de transgressão a cláusulas de ordem constitucional, repelindo, por isso mesmo, quaisquer elementos probatórios que resultem de violação do direito material (ou, até mesmo, do direito processual), não prevalecendo, em consequência, no ordenamento normativo brasileiro, em matéria de atividade probatória, a fórmula autoritária do **male captum, bene retentum**. Doutrina. Precedentes. A QUESTÃO DA DOCTRINA DOS FRUTOS DA ÁRVORE ENVENENADA (**FRUITS OF THE POISONOUS TREE**): A QUESTÃO DA ILICITUDE POR DERIVAÇÃO. – Ninguém pode ser investigado, denunciado ou condenado com base, unicamente, em provas ilícitas, quer se trate de ilicitude originária, quer se cuide de ilicitude por derivação. Qualquer novo dado probatório, ainda que produzido, de modo válido, em momento subseqüente, não pode apoiar-se, não pode ter fundamento causal nem derivar de prova comprometida pela mácula da ilicitude originária. – A exclusão da prova originariamente ilícita – ou daquela afetada pelo vício da ilicitude por derivação – representa um dos meios mais expressivos destinados a conferir efetividade à garantia do **due process of law** e a tornar mais intensa, pelo banimento da prova ilicitamente obtida, a tutela constitucional que preserva os direitos e prerrogativas que assistem a qualquer acusado em sede processual penal. Doutrina. Precedentes. – A doutrina da ilicitude por derivação (teoria dos ‘frutos da árvore envenenada’) repudia, por constitucionalmente inadmissíveis, os meios probatórios, que, não obstante produzidos, validamente, em momento ulterior, acham-se afetados, no entanto, pelo vício (gravíssimo) da ilicitude originária, que a eles se transmite, contaminando-os, por efeito de repercussão causal. Hipótese em que os novos dados probatórios somente foram conhecidos, pelo Poder Público, em razão de anterior transgressão praticada, originariamente, pelos agentes da persecução penal, que desrespeitaram a garantia constitucional da inviolabilidade domiciliar. – Revelam-se inadmissíveis, desse modo, em decorrência da ilicitude por derivação, os elementos probatórios a que os órgãos da persecução penal somente tiveram acesso em razão da prova originariamente ilícita, obtida como resultado da transgressão, por agentes estatais, de direitos e garantias constitucionais e legais, cuja eficácia condicionante, no plano do ordenamento positivo brasileiro, traduz significativa limitação de ordem jurídica ao poder do Estado em face dos cidadãos. – Se, no entanto, o órgão da persecução penal demonstrar que obteve, legitimamente, novos elementos de informação a partir de uma fonte autônoma de prova – que não guarde qualquer relação de dependência nem decorra da prova originariamente ilícita, com esta não mantendo vinculação causal –, tais dados probatórios revelar-se-ão plenamente admissíveis, porque não contaminados pela mácula da ilicitude originária. – A QUESTÃO DA FONTE AUTÔNOMA DE PROVA (**‘AN INDEPENDENT SOURCE’**) E A SUA DESVINCULAÇÃO CAUSAL DA PROVA ILICITAMENTE OBTIDA – DOCTRINA – PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – JURISPRUDÊNCIA COMPARADA (A EXPERIÊNCIA DA SUPREMA CORTE AMERICANA): CASOS ‘SILVERTHORNE LUMBER CO. V. UNITED STATES (1920); SEGURA V. UNITED STATES (1984); NIX V. WILLIAMS (1984); MURRAY V. UNITED STATES (1988)’, v.g. (**RHC 90.376/RJ – Rel. Min. Celso de Mello – 2ª T. – j. em 03.04.2007**)

processuais deles decorrentes, inclusive sentenças ou acórdãos que na mácula lastrearam suas conclusões, ainda que indireta ou implicitamente.

Ainda no campo da ilicitude/imprestabilidade probatória, outra situação que deve, necessariamente, ser verificada, é aquela acerca da preservação da cadeia de custódia das provas. A cadeia de custódia (*chain of custody*) é o caminho percorrido entre a produção da prova e a sua apresentação no processo, *iter* que deverá necessariamente ser documentado pela parte que apresenta a prova em juízo, especialmente naquilo que se refere à sua produção, armazenamento, manuseio etc. O registro da cadeia de custódia da prova serve, basicamente, a demonstrar que não houve erros na sua tutela e/ou manipulações em seu conteúdo. Por isso, então, todas as fases de custódia da prova deverão ser devidamente registradas e demonstradas por aquele que tem a guarda do elemento apresentado no âmbito processual. A cadeia de custódia é toda a história da uma prova, conseqüentemente. É, consoante a doutrina de Daniel A. Ross e outros, “o registro cronológico detalhado de como foi recuperado, levado sob custódia, arquivado, transferido, avaliado e descartado”<sup>869</sup>.

As partes que trazem as evidências devem ser capazes de demonstrar sua Cadeia de Custódia para verificar sua validade. Basicamente, esse procedimento ajuda a garantir que as evidências não tenham sido distorcidas, plantadas ou deturpadas<sup>870</sup>. O registro formal de uma cadeia de custódia “[...] embeleza a integridade do sistema de justiça e impõe um dever de accountability aos sujeitos encarregados da persecução penal em processos envolvendo evidências materiais”<sup>871</sup>. Se algum protocolo não for seguido ou registrado durante todo esse processo, a evidência pode deixar de ser utilizável, comprometendo potencialmente o caso<sup>872</sup>.

Conforme a doutrina de Geraldo Prado, “a exigência da preservação da cadeia de custódia das provas configura elemento fundamental de adequação do processo penal ao estado de direito”<sup>873</sup>. Haverá quebra na cadeia de custódia da prova, portanto, quando não se puder demonstrar satisfatoriamente a “história da prova”, o caminho percorrido

---

<sup>869</sup>A esse respeito, ver: ROSS, Daniel. **Why is Chain of Custody Tracking Important?** Disponível em: <http://trackerproducts.com/2015/11/16/why-is-chain-of-custody-tracking-important>. Acesso em: 03 mai. 2024.

<sup>870</sup> Ibid.

<sup>871</sup> ROSS, Daniel Adrian; GLOVER, William H.; GOZA, Rebecca A.; JR., Michael Wigginton. **The Foundations of Communication in Criminal Justice Systems**. New York: CRC Press. 2015, p. 560.

<sup>872</sup> Ibid., p. 560

<sup>873</sup> PRADO, Geraldo. **Prova penal e sistema de controles epistêmicos: a quebra da cadeia de custódia das provas obtidas por métodos ocultos**. 1ª ed. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

entre a sua apreensão ou produção e a sua apresentação em um processo judicial, ou quando houver algum “elo perdido” nesse interregno.

A quebra da cadeia de custódia da prova (*break on the chain of custody*), isto é, a ausência de preservação de todos os atos que compuseram a cadeia de custódia da prova como registro documentado de toda a cronologia da posse, movimentação, localização e armazenamento do material probatório, acarretará, no final das contas, na “ilicitude da prova a que se refere aquele conjunto de atos”<sup>874</sup>.

### **3.4. Conclusões parciais: sete lições acerca do Direito Eleitoral Contemporâneo - a efetivação da democracia, de uma hermenêutica filosófica contemporânea e dos direitos individuais e das garantias processuais como uma questão de princípio no âmago do processo judicial eleitoral brasileiro**

O fechamento desta terceira parte continuará, vez mais, observando a sistematização apresentada por Bernd Rhuters<sup>875</sup>, assim como a sistematização apresentada por Georges Abboud<sup>876</sup>. O modelo que apresentamos aqui, portanto, assim como nas duas primeiras partes, foi e segue na esteira da proposta dos dois autores. Serão consignadas, a partir de agora, as últimas sete máximas, através do paradigma da reconstrução desenvolvido nesta parte derradeira, o modelo adequado para fazer superar o Direito Eleitoral degenerado ou do paradigma da degeneração jurídico-eleitoral, especialmente em matéria de Direito Eleitoral Sancionador. É o Direito Eleitoral Contemporâneo, condensador de uma democracia, uma filosofia e um devido processo legal, todos no âmago do Direito Eleitoral Sancionador.

#### **1ª Lição:**

É do povo, do eleitorado, o poder de escolher os seus representantes. Dito de outra forma, a legitimidade no exercício do poder político advém das urnas, algo que deve ser respeitado. Poderá ser desconstituído? Sim. Mas em situações muito peculiares – como a prática de ilícitos previamente previstos na legislação, comprovada para além de dúvida razoável, munida de gravidade suficiente para quebrar a legitimidade do pleito ou de concretude apta a embargar a liberdade do voto. Em matéria de processo judicial eleitoral sancionador, deve prevalecer a escolha popular, a liberdade de escolha

---

<sup>874</sup> EBERHARDT, Marcos. **O STJ e a preservação da cadeia de custódia da prova**. Disponível em: <<https://canalcienciascriminais.com.br/o-stj-e-a-preservacao-da-cadeia-de-custodia-da-prova/>>. Acesso em: 03 mai. 2024.

<sup>875</sup> RHUTERS, Bernd. **Derecho degenerado**. Ob. Cit., p. 227 ss.

<sup>876</sup> ABOUD, Georges. **Direito Constitucional Pós-Moderno**. Ob., cit., p. 195 ss.

e a escolha concretizada, só agindo, pois, a Justiça Eleitoral, se houver prejuízo a essa mesma escolha. A atuação da JE há de se fazer de forma minimalista, com observância da vedação ao excesso, evitando-se indevida alteração da vontade popular. A democracia, portanto, deve ser observada, inclusive como critério decisório.

## **2ª Lição:**

Os direitos políticos são condições de possibilidade para o regime democrático. Não há democracia sem eleições livres, autênticas e periódicas. No regime democrático o poder emana do povo, que o exerce principalmente de maneira indireta, através de representantes eleitos para tanto. Se a soberania política recai sobre o povo, há de haver meios para que essa supremacia popular reste materializada. E é nesse percurso que adentram os direitos políticos, como direitos fundamentais de participação política do povo, materializados, notadamente, pelo votar e ser votado. Qualquer restrição ao sufrágio deve, portanto, submeter-se ao que a teoria constitucional contemporânea intitula de “limites dos limites”, sendo de rigor que hajam freios aos movimentos repressivistas que possuem uma verdadeira tara pela imposição, cada vez maiores, de restrições ao exercício dos direitos políticos, notadamente aqueles que, para tanto, fazem uso de discursos demagógicos, moralistas e, diga-se, populistas, no intuito de atingirem os seus fins. Valendo lembrar: direitos fundamentais são cláusulas pétreas. Moralidade não.

## **3ª Lição:**

O Direito Eleitoral não serve para desconstruir a vontade popular depositada nas urnas. Quiçá para ilidir o voto em um candidato ou outro. Pode ocorrer? Sim, claro, nos termos da lei. Mas não é para isso que ele serve. Tampouco é a missão da Justiça Eleitoral. A democracia, o Direito Eleitoral e a Justiça Eleitoral não são antagônicas, ao menos não aprioristicamente. A própria CFlegítima constitucionalmente a instituição, atribuindo-lhe suas diversas competências. Porém, deve-se ter muito cuidado com o exercício da jurisdição eleitoral, de modo que a própria Justiça Eleitoral, se valendo do fato da marcante e sistemática judicialização dos escrutínios, não desempenhe uma postura ativista (no sentido de protagonista ou solipsista), algo a ser verificado a partir do conteúdo das respectivas decisões. São vários e variados os limites de poder: o princípio democrático, a legalidade, os direitos fundamentais, as garantias individuais, os direitos políticos ativos e passivos, ou, noutras palavras, a própria cidadania etc. E não é distinto com relação à jurisdição eleitoral que deve, sobremaneira, ser exercida a

partir de uma teoria hermenêutico-constitucional robusta, a ponto, aliás, de vedar quaisquer viragens discursivas tendentes a fragilizar a estrutura do regime.

#### **4ª Lição:**

O Direito Eleitoral Sancionador deve ser analisado sob a ótica da proteção da sua autonomia. E ela possui três níveis indispensáveis. O primeiro é dado pelo fato de o sistema jurídico é diferente da moral, da religião e de outros sistemas, como a política. O Direito Eleitoral é Direito. Não é política ou filosofia moral. O segundo é dado pela autonomia da linguagem e pela autonomia da argumentação. Já o terceiro é constituído pela autonomia institucional. E ela se divide em: autonomia formal, autonomia processual e autonomia substantiva. A autonomia formal lida com instituições próprias. A autonomia processual requer procedimentos próprios, cercados de garantias, observada a constitucionalidade como condição de possibilidade. E a autonomia substantiva requer lidar com dados externos - ao lidar com critérios externos, é que o Direito precisa reconhecer as suas ameaças, como o moralismo.

#### **5ª Lição:**

Moral e Direito devem ser enfrentados sob a perspectiva da cooriginariedade. A moral não corrige o Direito. E argumentos ou fundamentos de moral – ou moralistas mesmo – jamais devem ser manejados com fins de adjudicar a sua autonomia. O Direito, a sua autonomia e a constitucionalidade dos direitos fundamentais, incluindo-se aí a soberania popular, a liberdade de escolha do eleitorado, o exercício dos direitos políticos e a presunção de legitimidade do sufrágio, não estão subordinados à moral. A moral, ou o moralismo consequencialista, não é e nem pode ser fundamento de legitimidade do Direito Eleitoral Sancionador.

#### **6ª Lição:**

O Direito Eleitoral Sancionador deve carregar uma pré-compreensão adequada acerca da sua natureza. O processo judicial eleitoral, notadamente aqueles de feição de acusatória-sancionatória, não é instrumento para tutelar a legitimidade dos escrutínios. Isso fica à cargo do direito material. O processo, uma vez instaurado, é um instrumento de garantia. E de garantia dos direitos dos acusados. Se o §9º do art. 14 da CF consagra comandos ao legislador ordinário, complementar ou ordinário em sentido estrito, como a proteção da legitimidade e da normalidade dos processos eleitorais, isso se dará pelo agir do mesmo legislador na previsão de regras, ilícitos e de restrições gerais ao direito

de elegibilidade. E de questões processuais, aliás, no sentido de fazer perquirir o desrespeito à essas regras, a práticas de ilícitos ou barreiras ao direito fundamental de candidatura. Já a partir do momento em que se aciona a Justiça Eleitoral, instaurando-se uma demanda acusatória-sancionatória, há cedência da aludida e buscada legitimidade e normalidade do processo eleitoral em prol dos direitos fundamentais do acusado, valendo dizer: só será constitucionalmente adequada a tutela da higidez dos processos eleitorais se respeitado o bolo de garantias processuais entregues a todo e qualquer acusado, a começar pela presunção de não culpabilidade e pela presunção de legitimidade (aí sim!) do voto e dos resultados eleitorais, além da liberdade de escolha do eleitor. O Direito Eleitoral Sancionador possui feição acusatória, o processo judicial eleitoral assim possui. E é por isso que estas demandas, que visam, às últimas consequências, desconstituir a soberania popular, não devem descurar, um milímetro sequer, da Constituição e do bolo de garantias civilizatórias estabelecidas no intuito de limitar o poder de acusar e o poder de punir.

### **7ª Lição:**

Garantias não servem para promover impunidade ou para passar cheque em branco para a corrupção eleitoral em sentido amplo. As garantias, por outro lado, são legitimantes do próprio poder punitivo. Punir, para aquém desses limites, é punir de maneira abusiva, arbitrária, ilegítima. É atentar não apenas contra os direitos dos acusados, mas da própria soberania popular, liberdade de escolha do eleitor e presunção de legitimidade dos processos eleitorais. É atentar, a mais não poder, contra a democracia. Qualquer demanda acusatória-sancionatória em feição judicial eleitoral que não respeitar garantias mínimas possuirá decisão ilegítima. Deve-se observar e zelar por um processo judicial eleitoral justo, a partir dos seguintes pilares: princípio da proteção da liberdade no exercício do voto; princípio da presunção de legitimidade do sufrágio e; fundamentação das decisões, contraditório e à ampla defesa; juiz natural, imparcial e paridade de armas; irretroatividade das leis; legalidade ou à reserva legal; duração razoável ao processo; vedação à surpresa; tipicidade e; licitude das provas.

## CONCLUSÃO

O Direito Eleitoral brasileiro é o ramo do direito público encarregado de disciplinar às inteiras o processo de escolha da representação popular, que se dá mediante eleições livres, justas e periódicas. Trata-se, noutras palavras, do marco regulatório tendente a abrigar as regras norteadoras dos escrutínios, desde aquelas relativas ao alistamento ou cadastro eleitoral até o ato que encerra efetivamente a disputa, ou seja, a diplomação dos eleitos. É, assim sendo, o ramo do conhecimento jurídico vetor do rico processo de sufrágio dos nossos representantes políticos.

É um instrumento de garantia da democracia, isto é, uma técnica jurídica a partir da qual se pretende assegurar a certeza na outorga da representação popular, baseando-se, sobretudo, em colunas-mestras, tais como “[...] o sufrágio universal, igual, livre, direto e secreto, de modo que se garanta a livre concorrência e a igualdade de oportunidades na contenda eleitoral, assim como a confiabilidade dos resultados produzidos nas votações”<sup>877</sup>.

Nesse prisma, justamente nesse prisma, é que o Direito Eleitoral desponta como o ramo jurídico responsável pela disciplina desse importante processo, de modo a assentar, geral e indiscriminadamente, as regras do jogo eleitoral. É o Direito Eleitoral, portanto, a disciplina que irá pôr à mesa as cartas-bases do processo de escolha da representação popular, albergando, exemplificativamente, a sistemática afeta ao sistema eleitoral, ao alistamento eleitoral, ao domicílio eleitoral, ao quadro de eleitores, votantes e candidatos, a propaganda eleitoral, financiamento das campanhas, condições de elegibilidade, causas de inelegibilidade, sistema de votação e apuração dos votos, proclamação dos eleitos, diplomação, ilícitos eleitorais, ações judiciais e recursos, crimes eleitorais e ritos correspondentes etc.<sup>878</sup>

A Justiça Eleitoral, por sua vez, é uma edificação dos trópicos, representando, mais que o um braço do Poder Judiciário brasileiro, verdadeiro patrimônio histórico e cultural desta Nação continental. A Justiça Eleitoral brasileira remonta aos idos da

---

<sup>877</sup>ARAGÓN, Manuel. **Tendencias contemporáneas del Derecho Electoral en el mundo**. Memoria del II Congreso Internacional de Derecho Electoral. Palabras del Doctor Manuel Aragón, en representación de los participantes extranjeros, en la Ceremonia de Inauguración. Cámara de Diputados del Congreso de la Unión, IFE, TFE, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas. México, 1993, p. 24.

<sup>878</sup> Considerando que não há um “Código de Processo Civil-Eleitoral”, tampouco um “Código de Processo Penal Eleitoral”, preferimos inserir tais matérias conjuntamente. Não descuramos, contudo, da necessidade destes diplomas legais, até porque a prática judicial eleitoral denota um verdadeiro pandemônio normativo.

década de 1930, cuja criação, consagrada a partir do Código Eleitoral de 1932, sobreveio em um momento histórico no qual os processos eleitorais eram permeados por fraudes de toda a ordem. Anos antes, inclusive, mais uma guerra civil havia estourado, justamente por conta das eleições de 1922, vencidas, pela quinta vez consecutiva, por Borges de Medeiros, tudo em circunstâncias bem questionáveis<sup>879</sup>. O pacto de paz, conhecido nacionalmente como “Pacto de Pedras Altas” ou “Pacto do Castelo”, não apenas amainou as coisas no Sul do país, como abriu espaço para a Revolução de 1930 e o advento da JE

Essa realidade marcada por fraudes eleitorais de toda sorte, diga-se, foi percebida por aquele que se tornaria o maior responsável pela criação da Justiça Eleitoral no Brasil, Joaquim Francisco de Assis Brasil. A esse respeito, por exemplo, Assis Brasil escreveria em 1925, no Manifesto da Aliança Libertadora do Rio Grande do Sul ao País, que

Ninguém tem certeza de ser alistado eleitor; ninguém tem certeza de votar, se porventura foi alistado; ninguém tem certeza de que lhe contém o voto, se porventura votou; ninguém tem certeza de que esse voto, mesmo depois de contado, seja respeitado na apuração da apuração, no chamado terceiro escrutínio, que é arbitrária e descaradamente exercido pelo déspota substantivo, ou pelos déspotas adjetivos, conforme o caso for da representação nacional ou das locais.<sup>880</sup>

O grande pensador brasileiro responsável pela instituição da Justiça Eleitoral foi realmente Assis Brasil. Além de ter sido o principal membro da Subcomissão responsável pela redação do CE de 1932, o gaúcho “[...] redigiu duas importantes obras para o Direito Eleitoral”<sup>881</sup>. Seu livro *Democracia representativa: do voto e do modo de votar* (1931) tornou-se um clássico no Direito Eleitoral brasileiro, embora o autor não tenha se dedicado exatamente a escrever sobre a criação da Justiça Eleitoral. Nele, Assis Brasil mostra que nada era mais perigoso para a garantia da liberdade política que o

---

<sup>879</sup> “No Império e na República Velha, vale dizer, até as primeiras eleições que tivemos, em 1933, após a criação da Justiça Eleitoral, o que imperava era a mentira eleitoral. No império, as eleições eram fabricadas pelo Gabinete no poder, enquanto, na República Velha, as eleições eram pré-fabricadas pelas atas, por vezes sem necessidade de reunir-se sequer a mesa eleitoral. Eram eleições a ‘bico de pena’ ou eleições do ‘bocório’” (VELLOSO, Carlos Mário da Silva. **A reforma eleitoral e os rumos da democracia no Brasil**. In: DIREITO Eleitoral. Belo Horizonte: Del Rey, 1996, p. 14-15).

<sup>880</sup> ASSIS BRASIL, 1998, p. 312, citado por: VALE, Tereza Cristina de Souza Cardoso. **Pré-história e história da Justiça Eleitoral**. In: SIMPÓSIO NACIONAL DE HISTÓRIA – ANPUH, 26., 2011, São Paulo. **Anais...** São Paulo: ANPUH, 2011.

<sup>881</sup> Ibid.

sistema, então quase universalmente usado, da refusão periódica dos registros de eleitores. Para esse autor, a Lei Saraiva<sup>882</sup> tinha sido o único progresso nas leis eleitorais brasileiras<sup>883</sup>.

No segundo livro, *Do Governo Presidencial na República Brasileira* (1934), outra grande obra do autor, ele diz que o Brasil é o primeiro país no mundo a fazer um Código Eleitoral e a tornar a Justiça Eleitoral independente do poder Executivo ou do Legislativo. Além disso, afirma que os juízes são, em parte, os verdadeiros interessados pela justa representação, por isso deve-se delegar à Justiça Eleitoral a direção de todo o processo eleitoral. Para ele, por ser a Justiça independente do poder político, ela é a melhor força para se controlar quem entra e quem sai desse poder. Mas não há dúvida de que sua maior obra política foi a elaboração do anteprojeto que criou o CE de 1932. Adequando seus estudos e a doutrina liberal dominante com a realidade brasileira, Assis Brasil conseguiu criar uma grande obra que, em linhas gerais, mantém-se até os dias atuais<sup>884</sup>.

Os processos eleitorais desempenham um papel fundamental nos regimes democráticos<sup>885</sup>. A organização política e participação cidadã devem possuir um link através do qual a estabilidade e a ordem social devam ser preservadas. Um sistema de partidos políticos é competitivo quando a eleição é democrática, para isso é necessário que o concurso eleitoral seja realizado sob o cumprimento de regras definidas e igualitárias. E os resultados das eleições devem ser objetivos e precisos. Quem garante, todavia, que o resultado eleitoral é legítimo? E que os ditames legais foram respeitados no curso do caminho que levou a vitória de um candidato em detrimento de outro? Para tanto, será necessário um órgão eleitoral equidistante. Aí se assenta, portanto, a Justiça Eleitoral brasileira, histórica e contemporaneamente.

---

<sup>882</sup> A Lei Saraiva, de 1881, introduziu severas mudanças no processo eleitoral, “[...] deixando a cargo da magistratura a formação das listas de votantes” (BONAVIDES, Paulo. **Ciência política**. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 402).

<sup>883</sup> ASSIS BRASIL, 1998, p. 312, citado por: VALE, Tereza Cristina de Souza Cardoso. **Pré-história e história da Justiça Eleitoral**. In: SIMPÓSIO NACIONAL DE HISTÓRIA – ANPUH, 26., 2011, São Paulo. **Anais...** São Paulo: ANPUH, 2011.

<sup>884</sup> VALE, Tereza Cristina de Souza Cardoso. Pré-história e história da Justiça Eleitoral. In: SIMPÓSIO NACIONAL DE HISTÓRIA – ANPUH, 26., 2011, São Paulo. **Anais...** São Paulo: ANPUH, 2011.

<sup>885</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 538-539.

E para que serve o Direito Eleitoral<sup>886</sup>? O Direito Eleitoral serve, como dito, para disciplinar a contenda que irá levar o eleitor à urna, desencadeando a proclamação dos eleitos, fruto da representação popular, assim como a diplomação deles, ato formal, de natureza administrativo-eleitoral<sup>887</sup>, a partir do qual o eleito para um cargo eletivo majoritário ou proporcional é consagrado como tal, constituindo-se a ele a prerrogativa de posse vindoura, a se dar por meio do poder competente – o Legislativo. E o processo judicial eleitoral? Ao contrário de ser mero instrumento a serviço do poder, como um rito legal necessário à imposição de uma sanção, o processo é o limitador do poder. Se o processo é o caminho para se chegar, sendo o caso, a uma pena ou restrição (de indeferimento de registro, multa, cassação e/ou inelegibilidade sanção ou reflexa, traçando aqui as reprimendas mais gravosas), o caminho somente se justificará se observadas todas as regras constitucionalmente validadas, assim como todas as garantias constitucionalmente asseguradas. Processo é limite de poder.

O Direito Eleitoral não serve para desconstruir a vontade popular depositada nas urnas. Quiçá para ilidir o voto em um candidato ou outro. Pode ocorrer? Sim, claro, nos termos da lei. Mas não é para isso que ele serve. Tampouco é a missão da Justiça Eleitoral. A democracia, o Direito Eleitoral e a Justiça Eleitoral não são antagônicos, ao menos não *a priori*. A própria CF, em seu artigo 118 ss., legitima constitucionalmente a instituição, atribuindo-lhe suas diversas competências. Porém, deve-se ter muito cuidado com o exercício da jurisdição eleitoral, de modo que a própria Justiça Eleitoral, se valendo do fato da marcante e sistemática judicialização dos escrutínios, não desempenhe uma postura ativista (no sentido de protagonista ou solipsista), algo a ser verificado a partir do conteúdo das respectivas decisões.

Referindo aqui a obra Paulo Brossard de Souza Pinto, por outro lado, deve-se ter em conta, todavia, que “todo poder que a alguém se outorga traz em si a possibilidade de ser exercido com abuso”<sup>888</sup>. O abuso de uma prerrogativa, conquanto seja “tributo pago à natureza do Homem e à precariedade e imperfeição de suas instituições”<sup>889</sup>, deve ser evitado e, caso ocorrido, deve ser apontado. Antes de qualquer coisa, no entanto, é nosso dever estar vigilantes para com tais possibilidades.

---

<sup>886</sup> Processo eleitoral no sentido de Direito Processual, não quanto ao curso do escrutínio que irá desembocar no dia eleição e na diplomação dos eleitos pelo voto popular.

<sup>887</sup> É a magistratura eleitoral quem diploma o eleito, no exercício do seu poder administrativo, ou seja, naquilo que se refere à administração do processo eleitoral. A posse é ato alheio à Justiça Eleitoral. Com a diplomação, ademais, se encerra o processo eleitoral.

<sup>888</sup>PINTO, Paulo Brossard de Souza. **O Impeachment**. Globo: Porto Alegre, 1965, p. 177.

<sup>889</sup> Ibid., p. 177.

Cassações (ou indeferimentos) de registros, diplomas e mandatos eletivos são medidas extremas, demasiado extremas. Trata-se de algo grave que, além de desconstituir a possibilidade de escolha do eleitorado sobre determinada candidatura ou, até mesmo, a vontade popular já depositada nas urnas, repercute, de maneira profunda, no pleno exercício dos direitos políticos, considerada a restrição da capacidade eleitoral passiva por via reflexa (ou até mesmo direta sanção de inelegibilidade, como no caso do inciso XIV o artigo 22 da LC nº 64/90). Como tal, devem ser vistas, então, como a exceção. E, de mais a mais, como algo a ser justificado/legitimado em respeito a todos os princípios constitucionais e aos direitos fundamentais e às garantias individuais, como a ampla defesa, o contraditório, o devido processo legal, a inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos, a fundamentação das decisões judiciais etc. E essa legitimação, ou a sua demonstração, diga-se de passagem, é incumbência do órgão julgante que deve, necessariamente, demonstrar que a respectiva decisão se encontra alinhada aos pré-compromissos e ao paradigma da intersubjetividade (e não ao solipsismo do intérprete).

São vários e variados os limites de poder: o princípio democrático, a legalidade, os direitos fundamentais, as garantias individuais, os direitos políticos ativos e passivos, ou, noutras palavras, a própria cidadania etc. E não é distinto com relação à jurisdição eleitoral que deve, sobremaneira, ser exercida a partir de uma teoria hermenêutico-constitucional robusta, a ponto, aliás, de vedar quaisquer viragens discursivas tendentes a fragilizar a estrutura do regime. Tratando-se, enfim, de uma atividade jurisdicional que lida diretamente com o processo de composição da representação popular, não há como descurar que a sua má prestação (considerada como tal aquela calcada em posturas moralistas, voluntaristas, axiologistas, realistas<sup>890</sup>, pragmati(c)istas, eficientistas, consequencialistas, e afins) acabará por interferir no regime democrático a ponto de macular a própria representação, direta ou indiretamente.

Em um Estado Democrático de Direito, comprometido, portanto, com a ordem constitucional, compete ao Judiciário Eleitoral, como bem afirma Fernando de Castro Faria, “[...] quando provocado, e observado o devido processo legal, decidir pela perda

---

<sup>890</sup> O termo - “realistas” – se refere a decisões caudatárias do realismo jurídico, especialmente o realismo jurídico norte-americano, que nada mais é do que um positivismo fático. Logo, lembrando Dworkin e a sua metáfora do “romance em cadeia”, cumpre frisar que o realismo jurídico produz apenas contos, de onde exsurtem decisões que, em grande parte, advém de um grau zero de sentido e que só fazem efetivo sentido se analisadas isoladamente. Ou seja, não há compromisso algum com a intersubjetividade característica de uma comunidade política regida por princípios.

do mandato eletivo de candidato declarado inelegível ou que tenha incorrido em abuso, corrupção ou fraude”.<sup>891</sup> Porém, na esteira da própria lição de Fernando Faria, deve-se, para tanto, observar-se o devido processo legal em todo seu espectro e sua densidade normativa. A afirmativa que aqui aquilatamos representa, no fim das contas, uma advertência para que haja um casamento da atividade jurisdicional que lida diretamente com o processo de composição da representação popular com um agir hermeneuticamente constitucional, não havendo como descurar que a sua má prestação acabará por interferir a ponto de macular a própria representação, direta ou indiretamente.

Noutras palavras: deve-se promover a compatibilização da jurisdição eleitoral com o paradigma do Estado Democrático de Direito, da democracia constitucional e do constitucionalismo contemporâneo. A uma democracia, ao final e ao cabo, deve corresponder, inexoravelmente, uma jurisdição democrática. Ao Judiciário Eleitoral, por sua vez, nesse ínterim, caberá decidir através de respostas constitucionalmente adequadas. Em argumentos de princípio e não através da moral ou da política; ou, ainda, em posturas objetivistas e/ou solipsistas absolutamente aparadigmáticas<sup>892</sup>.

Reside nisso a importância de preservamos o Direito Eleitoral. Compreender a preservação do direito nos impõe, quase concomitantemente, elaborar respostas também para: por que os juízes deveriam saber como julgar? Por que juízes deveriam saber como não julgar?<sup>893</sup>. Esquecer a razão pela qual deveríamos preservar o Direito culmina na fragilização da nossa democracia constitucional porque perdemos qualquer poder de diagnóstico em relação aos mecanismos de degeneração que, paulatinamente, corroem as instituições jurídico-democráticas<sup>894</sup>. Soa-nos, vez mais, preocupante a submissão da autonomia do Direito a padrões metajurídicos – proteção da moral, combate à corrupção, anseios populares, estatísticas e assemelhados.

---

<sup>891</sup> FARIA, Fernando de Castro. **O Estado Democrático de Direito e a decisão judicial eleitoral que impõe a perda do mandato eletivo**. Resenha Eleitoral, Florianópolis, v. 18, 2010.

<sup>892</sup> Quando fazemos referência a “posturas objetivistas” ou “posturas solipsistas”, estamos e estaremos nos referindo a posturas descompassadas paradigmaticamente que, mesmo após o advento do *giro ontológico linguístico* (Streck), e da invasão da filosofia pela linguagem, portanto, se mantêm atreladas a uma mixagem paradigmática que, de um lado, apegada à metafísica clássica, sufraga posturas segundo as quais o sujeito seria refém do objeto (no caso, do texto legal), e, de outro, noutra vertente, nas quais o sujeito assujeitaria o objeto, posição apegada à metafísica moderna e ao paradigma filosófico da filosofia da consciência. E isso, em que pese tenha sido absolutamente ignorado pela dogmática jurídica, tem tudo a ver com direito (eleitoral, no caso), ou com a sua interpretação.

<sup>893</sup> ABOUD, Georges. **Direito Constitucional Pós-Moderno**. Ob., cit., p. 25.

<sup>894</sup> *Ibid.*, p. 26.

Trata-se, então, de conciliar a atividade jurisdicional eleitoral com o constitucionalismo contemporâneo<sup>895</sup>, de modo a evitar que a atividade judicante advinda desta justiça especializada, por meio de posturas absolutamente descompassadas, avance contra os preceitos inatos à democracia de direito. O contrário seria paradoxal: um poder imiscuído da defesa da legitimidade dos processos eleitorais atacando a democracia a partir das suas decisões. Degenerar o Direito Eleitoral é degenerar a democracia representativa e constitucional.

Se o Direito Eleitoral estabelece as regras do jogo político-eleitoral, não pode ele ser usado para subjugar a democracia eleitoral, mesmo que seja com fins aparentemente bons ou gramaticamente elevados – aqui poderíamos lembrar de Musil e pelear por um “Direito Eleitoral *com* qualidades”<sup>896</sup>. Ao fim e ao cabo: “se resguardar o direito é algo relevante pelo qual a sociedade deveria se mobilizar, por que deveríamos tolerar que – a pretexto de fazer o bem – intérpretes decidam sem preservá-lo?”<sup>897</sup>.

O maior dos algozes da democracia constitucional, conforme o alerta de Robert Musil, talvez seja mesmo a “suspensão da inteligência”<sup>898-899</sup>, que desponta, não raro,

---

<sup>895</sup>Na dicção de Streck, o século XX “[...] foi generoso para com o direito e a filosofia. No direito, o segundo pós-guerra proporcionou a incorporação dos direitos de terceira dimensão ao rol dos direitos individuais (primeira dimensão) e sociais (segunda dimensão). Às facetas ordenadora (Estado Liberal de Direito) e promotora (Estado Social de Direito), o Estado Democrático de Direito agrega um *plus* (normativo): o direito passa a ser transformador, uma vez que os textos constitucionais passam a explicitar as possibilidades para o resgate das promessas incumpridas da modernidade, questão que assume relevância ímpar em países de modernidade tardia como o Brasil, onde o *welfare state* não passou de um simulacro.<sup>895</sup> Na filosofia, por sua vez, [...] o giro ontológico-linguístico operou uma verdadeira revolução copernicana no campo da hermenêutica. Quer dizer: A linguagem, entendida historicamente como uma terceira coisa interposta entre um sujeito e um objeto, recebe o status de condição de possibilidade de todo o processo compreensivo. Torna-se possível, assim, superar o pensamento metafísico que atravessou dois milênios, isto porque se no paradigma da metafísica clássica os sentidos —estavam nas coisas e na metafísica moderna na mente (consciência de si do pensamento pensante), na guinada pós-metafísica o sentido passa a se dar na e pela linguagem. É, portanto, no interior destas duas revoluções [...] que devemos considerar o novo constitucionalismo (Constitucionalismo Contemporâneo) como superador dos diversos positivimos (do clássico-exegético, nas três versões — francesa, alemã e inglesa do positivismo — aos positivimos que apostam no protagonismo judicial, mormente a partir da admissão do poder discricionário dos juízes). Daí a possibilidade de afirmar a existência de uma série de oposições/ incompatibilidades entre o Constitucionalismo Contemporâneo e o(s) positivismo jurídico(s), a começar pela singela razão de que, se as constituições tem a pretensão de resgatar as promessas incumpridas da modernidade (pensemos nos países de modernidade tardia com o Brasil), por qual razão deveríamos deixar que os juízes venham a —cavar por debaixo da lei na busca de elementos que estão, ao fim e ao cabo, na sua concepção solipsista de sociedade?” (STRECK, Lenio Luiz. **Superando os diversos tipos de positivismo**: porque a hermenêutica é applicatio? Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC, Fortaleza, v. 34, n. 2, p. 275-276, jul./dez. 2014).

<sup>896</sup> MUSIL, Robert. **O homem sem qualidades**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2018; tb.: ABOUD, Georges. **Direito Constitucional Pós-Moderno**. Ob., cit., p. 29.

<sup>897</sup> ABOUD, Georges. **Direito Constitucional Pós-Moderno**. Ob., cit., p. 29.

<sup>898</sup>MUSIL, Robert. **O homem sem qualidades**. Ob., cit., p. 95-96.

<sup>899</sup> Novamente nos utilizando de exemplos mais extremados, que servem, entretanto, de alertas advindos da concretude do Mundo, vale citar Voegelin aqui, *literis*: “A estupidez não é criminosa em si, mas pode

com força massiva, em momentos eventualmente coléricos. E não é da inteligência individual que falamos aqui, mas, sim, da inteligência em perspectiva coletiva, cuja suspensão faz apostar em um sobrestamento insuflado por uma espécie de efeito de enxurrada, pautada no agir com palavras de efeito e apelações linguísticas emotivistas. A primeira vítima aí é o Direito. Logo, a democracia.

Em seu “O Homem sem Qualidades” Musil retrata a história de Ulrich, um homem que não consegue se adaptar à sociedade na qual ele vive. Ulrich não é um homem sem qualidades, mas um sujeito com várias qualidades em um mundo sem semelhantes para absorvê-las, cultuá-las, vivê-las. Assim é que ele se vê deslocado em um cenário marcado pelo culto ao ser como peça de um maquinário, à praticidade, como se os atributos de Ulrich não fizessem parte de um conjunto de qualidades humanas, nem representassem os fundamentos de uma vida boa. O ser humano seria mera engrenagem de algo, abdicando da sua singularidade por um projeto ditado decima abaixo<sup>900</sup>. A iluminação intelectual restaria sufocada pelo propagar de uma “cultura” de simplificação de massa, onde a inteligência, como afirmou Orwell, “cederia à pressão confortável das frases e pensamentos pré-fabricados, assumindo como próprio o pensamento alheio, cujo significado último ela desconhece ou prefere ignorar”<sup>901</sup>.

O que eu me tornei para mim mesmo?<sup>902</sup> – a indagação perpétua de Ulrich era essa. A pergunta, para nós outros, imersos, pois, no âmbito da práxis jurídico-eleitoral, é: o que nós nos tornamos para nós mesmos? Mas, não apenas: e para os outros? Somos nós, os eleitoralistas, condensadores de insatisfações populares? Receptores e propagadores de palavras vazias de sentido e sem densidade normativa? Agentes populares subjugadores da autonomia do Direito em defesa dos anseios de viela? Cabe-nos, sobretudo no ato de decidir, visar combater à corrupção? Ou julgar questões eleitorais em prol da vontade popular ou da moral da Nação? Podemos passar por cima da normatividade constitucional para alegadamente “fazer o bem”, “promover o justo”,

---

tornar-se criminoso pela circunstância social. Então, quem quer que, como estúpido, num lugar da sociedade em que não poderia estar, dá ordens ou tenta instruir outros, é um estúpido criminoso; e por causa disso ele se torna um criminoso, mesmo que ele próprio não entenda assim de maneira nenhuma” (VOEGELIN, Eric. **Hitler e os alemães**. São Paulo: Realizações, 2008, p. 143).

<sup>900</sup>MUSIL, Robert. **O homem sem qualidades**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2018.

<sup>901</sup> ORWELL, George. **Politics and the English Language**. In: ORWELL, George. *George Orwell: Essays*. London: Penguin, 2014, p. 355.

<sup>902</sup> WAISBERG, Maria Thereza. **O que eu me tornei para mim mesmo?** o Homem sem Qualidades e o caráter predatório da modernidade tardia. Orientador: Eda Teresinha de Oliveira Tassara. Tese (doutorado) – Universidade de São Paulo, Instituto de Psicologia, 2008.

“combater a corrupção”<sup>903</sup> ou mesmo “empurrar a história”<sup>904</sup>? O Direito seria mera técnica instrumental relegada aos fins almejados pelo intérprete? Responder afirmativamente a quaisquer dessas perguntas é negar-se, ato contínuo, “a defender e a preservar o direito”<sup>905</sup>, relegando-o a outros desideratos, assim como fazer propagar ideias rasas, nada reflexivas, retóricas e linguisticamente apelativas, além de simplificadoras de fenômenos complexos, num Direito Eleitoral “prêt-à-porter”<sup>906</sup>.

Desde há muito vemos o insuflar de posturas que vêm à cena para submeter a autonomia do Direito Eleitoral e do Processo Judicial Eleitoral a critérios discricionários, restando eivados de nuances axiológicas, como se o direito restasse a cabresto da moral, ou como se a moralidade eleitoral, diga-se, representasse um caminho aberto para a introdução de uma moral corretiva no direito – o final da parte I do texto demonstra isso às inteiras. Nesse prisma, a menção, decisória/doutrinária, reiterada a “padrões éticos aceitos pela civilização”, “valores éticos”, “valores de moralidade e probidade”, é simplesmente sintomática, ou confessional, mais do que aquilo.

Do mesmo modo, não é de ignorar a incessante vinculação da “moralidade eleitoral” a “valores” e “interesses” pretensamente maiores que, por intermédio de uma espécie de “ponderação”, viriam a solapar direitos e garantias fundamentais, afastando-os do mundo prático. A moralidade eleitoral, vista como princípio, assim sendo, serviria apenas como um mecanismo de entrada de concepções moralistas no direito, algo como “*a moral exige que...*”, como se esse restasse, o Direito, subordinado a moral ou a argumentos de moral de quem quer que seja<sup>907</sup>.

---

<sup>903</sup> Se a “Lava-Jato” ensinou alguma coisa foi o fato de que juiz não é e nem deve se afigurar como um agente transformador da realidade, notadamente ao envolver a jurisdição criminal/constitucional. Juiz não faz política criminal. Ao pretender fazê-lo estará ignorando a sua função secular, que é a proteção dos direitos fundamentais contra o poder do Estado – o poder que controla o poder.

<sup>904</sup> Resta saber para onde se daria o empurrão. Sempre poderá ser para o abismo...

<sup>905</sup> ABBOUD, Georges. **Direito Constitucional Pós-Moderno**. Ob., cit., p. 36.

<sup>906</sup> O termo é recorrentemente citado por Lenio Streck.

<sup>907</sup> A crítica de Eros Grau, acerca do perigoso artifício da ponderação de princípios, é pertinente: “[...]. Juízes, especialmente os chamados juízes constitucionais, lançam mão intensamente da técnica da ponderação entre princípios quando diante do que a doutrina qualifica como conflito entre *direitos fundamentais*. Como, contudo, inexistente, no sistema jurídico, qualquer regra ou princípio a orientá-los a propósito de qual dos princípios, no conflito entre eles, deve ser privilegiado, essa técnica é praticada à margem do sistema, subjetivamente, de modo discricionário, perigosamente. A opção por um ou outro é determinada subjetivamente, a partir das pré-compreensões de cada juiz, no quadro de determinadas ideologias. Ou adotam conscientemente certa posição jurídico-teórica, ou atuam à mercê dos que detêm o poder e do espírito do seu tempo, inconscientes dos efeitos de suas decisões. [...]” (GRAU, Eros. **O direito posto e o direito pressuposto**. 7ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008, pg. 191).

De mais a mais, as circunstâncias nas quais o “princípio” (?) em debate é trazido como um simples ornamento retórico de decisões judiciais, são, de igual maneira, demasiado costumeiras, realidade que demonstra uma absoluta babel interpretativa, na qual imperam os voluntarismos<sup>908</sup>, naquilo que Rhuters intitulou de “voo cego”. Essa hierarquização não é encontrada no interior do Direito e nas boas práticas jurídicas, mas, sim, como fruto da consciência do intérprete-aplicador, denotando um cerco de arbitrariedade sofrido pelo Direito e pela sua autonomia. Cada um decide como quer, a partir da sua consciência, que adquire, aliás, caráter plenipotenciário<sup>909</sup>.

---

<sup>908</sup> O seguinte acórdão originário do Regional do RS denota muito bem o que assentamos acima, isto é, a utilização recorrente do standard como mero ornamento retórico de provimentos judiciais, senão vejamos: “Ação de investigação judicial eleitoral. Representações. Abuso de poder. Art. 22, XIV e XVI, da Lei Complementar n. 64/90. Captação ilícita de recursos. Art. 30-A, caput e § 2º, da Lei n. 9.504/97. Captação ilícita de sufrágio. Art. 41-A, caput e § 2º, da Lei n. 9.504/97. Condutas vedadas. Art. 73, caput, inc. II e §§ 4º, 8º e 9º, da Lei n. 9.504/97. Eleições 2014. [...] 1. Abuso de poder político e de autoridade. Utilização da ascendência hierárquica para pressionar servidores públicos, detentores de função gratificada, em período extenso e próximo à eleição, a adquirir convites de valor expressivo para evento, a título de doação, sob ameaça de perda de benefícios. Conjunto probatório evidenciando a ocorrência de atos repetidos e continuados de coação e intimidação, em benefício da campanha eleitoral de candidato à reeleição ao cargo de deputado estadual, na época dos fatos exercendo a Presidência da Assembleia Legislativa do Estado. Demonstrada a prática do abuso de poder de autoridade, em ofensa à normalidade do pleito. Reconhecida a gravidade das circunstâncias a legitimar as sanções advindas do art. 22, XIV, da Lei das Inelegibilidades. 2. Captação ilícita de recursos. Ainda que aparente a legalidade no trâmite das doações, há, no caso, vício de origem, à medida que demonstrada a arrecadação através do uso da coação e ameaça dos doadores, afastando o pressuposto da voluntariedade de um contrato de doação. Relevância jurídica do ilícito praticado, diante do caráter altamente reprovável da conduta, restando adequada e proporcional a penalidade impingida pela norma. 3. Condutas Vedadas. Utilização de telefone funcional em benefício da campanha eleitoral, caracterizando indevida vantagem sobre os demais concorrentes ao pleito. Lesividade moderada da conduta, restando suficiente a reprimenda de multa ao candidato e à coligação. 4. Captação ilícita de sufrágio. Inexistência de prova robusta a corroborar a tese da compra de votos. Improcedência. *Comprovada a ocorrência de práticas ofensivas ao princípio constitucional da moralidade e aos ditames que pregam a legitimidade do pleito*, impõe-se a cassação do diploma e a declaração de inelegibilidade do candidato eleito e do representado coordenador da campanha. Cômputo dos votos obtidos em favor da coligação pela qual o representado candidato disputou o pleito. Procedência parcial da AIJE 2650-41. Procedência parcial da RP 2651-26. Improcedência da RP 2649-56. (Ação de Investigação Judicial Eleitoral nº 265041, Acórdão de 24/02/2015, Relator(a) DES. LUIZ FELIPE BRASIL SANTOS, Relator(a) designado(a) DESA. FEDERAL MARIA DE FÁTIMA FREITAS LABARRÈRE, Publicação: DEJERS - Diário de Justiça Eletrônico do TRE-RS, Tomo 34, Data 27/02/2015, Página 5)” – grifamos. Pois bem. O caso tratado, em linhas gerais, dava conta da prática de abuso de poder político e, também, de ilicitudes na arrecadação de recursos para fins eleitorais. Nada obstante a reconhecida transgressão à normativa de regência, o aresto acabou por trazer à colação o “princípio da moralidade eleitoral”, concluindo, em suma, que a violação do dito princípio constitucional daria azo à cassação do diploma do representado. Entretanto, no que a invocação deste enunciado traria maior normatividade ao enredo? Eis a questão. O Tribunal, vencido o relator, já não houvera concluído pela prática de abuso de poder político (art. 22) e pela arrecadação ilícita de recursos (art. 30-A)? Qual, portanto, seria a eficácia factual da invocação do presente standard (retórico)? A resposta é uma, apenas: nenhuma, denotando, pois, o caso, um exemplo clarividente da invocação do “princípio” (?) como um simples adereço ornamental, fruto de mera retórica.

<sup>909</sup> Porém, vale rememorar lição dos norte-americanos advinda em plenos debates constitucionais: “[...] A lei é o rei; já que, da mesma maneira em que nos governos absolutos o rei é a lei, assim nos governos liberais a lei deve ser o rei” (MATTEUCCI, Nicola. **Organización del poder y libertad**. Trad.: Francisco Javier Ansuátegui y Manuel Martínez Neira. Madrid: Trotta, 1998, p. 164).

O Direito Eleitoral e Processo Judicial Eleitoral não servem para “limpar a sociedade brasileira” ou para “purificar a nossa política”. Tampouco essa é tarefa do julgador. Precisamos, pois, respeitar a autonomia do Direito, evitando, sobremaneira, que ela seja solapada por trunfos retórico-argumentativos que são elevados como fontes do Direito apenas para justificar o que o intérprete quer decidir e já se decidiu de antemão - o uso desses lemas morais abstratos para tanto (voz das ruas, vontade da sociedade, opinião pública ou combate à corrupção) vem à tona para ornamentar, apenas.

Degenerar o Direito Eleitoral – e Processual Eleitoral – é degenerar a democracia constitucional e a democracia representativa, simplesmente porque a má decisão interferirá, por um lado, na autonomia do Direito, considerada como tal um escudo de proteção da própria ordem jurídica contra as influências externas – dos discursos de moral, de política, de economia, e, por outro, na democracia representativa, afinal, interferirá, sobretudo, no processo de escolha da representação popular e na própria escolha do eleitor. Se a Justiça Eleitoral, sendo provocada, poderá indeferir registros de candidatura ou cassar registros, diplomas e mesmo mandatos, e ela pode mesmo, a gravidade desse intento deve se dar mediante observância dos limites do direito, sendo premissa fundamental para tanto o afastamento do conteúdo jurídico das invasões linguísticas e finalísticas propostas por outros campos<sup>910</sup>.

---

<sup>910</sup>Exemplos: a) verdade real (que, no Brasil, é um paradoxo em si, pois, se a “verdade real” (sic) é algo vinculado à era objetivista/essencialista, tem sido utilizada, aqui, como um alibi argumentativo destinado justamente ao oposto, ou seja, ao subjetivismo que, ao final e ao cabo, dará vazão a uma postura desveladamente inquisitivista por parte do julgador); b) livre convencimento (motivado ou não, não importa); c) vilipêndios a ritos processuais (que são garantias, controles de poder), calcados em argumentos como “a prova é do juízo” ou “o juiz tem liberdade de apreciação e produção da prova”; d) acolhimento de provas extemporâneas, de surpresa, em afronta a ritos processuais, bem como ao princípio do contraditório; e com provas ilícitas acolhidas, a partir de “ponderações” (sic), com lastro em argumentos discricionários e abstratos e, como tais, facilmente manipuláveis, como o “interesse público” (de quem?) ou o “bem comum” (?), mesmo que a Carta impeça que qualquer indivíduo seja investigado, denunciado, processado e condenado com base em elementos probatórios obtidos por meios ilícitos; e) “provas” inquisitoriais fundamentando decisões judiciais; f) produção de provas por parte do Judiciário Eleitoral, que insiste em atuar na produção probatória, vindo a atacar, de morte, a estrutura do processo, que impõe, por força do princípio do contraditório, a paridade de armas entre as partes, além da equidistância que o julgador deve manter em face das mesmas; e g) a baixa constitucionalidade verificada no caso, especialmente vislumbrada a partir da aplicação de dispositivos legais claramente inconstitucionais, que, por sua vez, denunciam muito bem o cenário que paira sobre o Direito Eleitoral brasileiro, pautado que é em um nada velado protagonismo pretoriano ou, no caso, em um inquisitívismo indiscretamente arraigado (artigo 7º, §único, artigo 22, VI e artigo 23, todos da LC 64/90 em sua atual redação).

Fala-se muito hoje em dia acerca da queda da política, por meio de um populismo contemporâneo, e da corrupção da linguagem<sup>911</sup>. Esse fenômeno, o ponto é este, pode surgir a partir do Direito também<sup>912</sup>. Basta que o intérprete, sobretudo o de destaque, passe a se afigurar como um poço de moral ou combatente da corrupção, sem freios ou limites, lançamento incessante mão de trunfos retóricos desvirtuando as pilastras do Estado de Direito e Democrático, incluindo-se aí as fontes do próprio Direito, para que o estrago seja feito. O que garante que o moralismo de um não passará a ser o moralismo de outro? Ou que o moralismo da tribuna não avance para o palanque<sup>913</sup>? Ou mesmo que não se voltará ao Judiciário? Nada garante. Se políticos não devem insuflar os medos populares com vistas à consolidação do seu projeto de poder, por que poderia o jurista fazê-lo para justificar/legitimar uma decisão judicial, com fins de agradar ouvidos alheios<sup>914</sup>? Respeitar o Direito e a sua autonomia é o caminho. Preservar o Direito é preservar a democracia, constitucional e eletiva.

Assim também o sendo no campo jurídico-eleitoral, onde é salutar o controle dos abusos de linguagem e de interpretação, que vêm sedimentados pela autoridade do intérprete, apenas, ou pelos seus desideratos, sob pena de relegarmos a democracia

---

<sup>911</sup> Orwell mesmo já falava, em idos da década de 1940, que se o pensamento por subverter a linguagem, também seria verdade que as palavras poderiam adular o pensamento (ORWELL, George. **Politics and the English Language**. In: ORWELL, George. *George Orwell: Essays*. London: Penguin, 2014). Precisamos ter cuidado com os relativismos linguísticos dos tempos de hoje. A esse respeito, tb.: BEEK, Wouter. **Linguistic Relativism Variants and Misconceptions**. University of Amsterdam. PHD. 2012.

<sup>912</sup> Dentre outros, p. ex.: “Quando a sociedade decai, a linguagem é a primeira que se torna gangrenada. Por consequência, a crítica social começa com a gramática e o restabelecimento dos significados” (PAZ, Octavio. **The Labyrinth of Solitude and Other Writings**. Grove Press. 1994).

<sup>913</sup> LOWENSTEIN, Karl. **Dictatorship and the German Constitution: 1933-1937**. The University of Chicago Law Review, v. 4, 1937, p. 537-574.

<sup>914</sup> A forte crítica de Eneida Desirée Salgado, à qual adiro integralmente, é demasiado oportuna: “A perda de referência da Constituição para o controle abstrato de constitucionalidade já se mostra na decisão sobre a Lei Ficha Limpa (Lei Complementar nº 135/2010), em provocação capitaneada pelo Partido Popular Socialista e pela Ordem dos Advogados do Brasil. Embora não tenha sido respeitado o rito constitucional do processo legislativo (pois houve mudança na casa revisora e o projeto de lei não retornou à Câmara de Deputados) e as novas hipóteses desafiam diretamente a Constituição e notadamente a teoria dos direitos fundamentais (com interpretação pela aplicação a fatos anteriores e com prazos de restrição sem termo legal) e a Convenção Interamericana de Direitos Humanos (pela possibilidade de impedimento decorrente de decisão de órgão profissional e pela inexistência de trânsito em julgado), a maioria do Supremo Tribunal Federal decidiu validar a lei. Seus principais argumentos foram o pedigree democrático da lei (facilmente recusável face ao procedimento de coleta de assinaturas e ante as emendas durante o processo legislativo) e sua caracterização como o ‘Estatuto da Ética e da Moralidade da Cidadania Política Brasileira’, que deve assim ser interpretado buscando garantir a ‘proteção dos interesses maiores de toda a coletividade’. [...]” (SALGADO, Eneida Desirée. **Populismo judicial, moralismo e o desprezo à Constituição: a democracia entre velhos e novos inimigos**. Revista Brasileira de Estudos Políticos | Belo Horizonte | n. 117 | pp. 193-217 | jul./dez. 2018).

representativa ao arbítrio alheio<sup>915</sup>, transformando-se, quiçá, o espaço público-eleitoral em uma espécie de *juristocracy*, nos dizeres de Hirschl<sup>916</sup>.

O que legitimaria, a não ser pela autoridade de quem a profere, uma decisão judicial lastreada em fundamentos metajurídicos e abstratos, porquanto vagos de sentido, como “opinião pública”, “vontade da maioria” ou “anseios do povo”? Pode-se falar, inclusive, acerca do fenômeno que Laurence Tribe cunhou como *judicial populism*<sup>917</sup>, ou seja, quando os tribunais decidem movidos pela percepção das massas ou de certos grupos de pressão<sup>918</sup>, o que não apenas não é nada saudável por si, como abre espaço para que a última trincheira da cidadania (*our last best hope*)<sup>919</sup>, a jurisdição e o seu papel contramajoritário na proteção dos direitos fundamentais, seja simplesmente nulificada.

O Direito não serve para criar exceção. Ele serve para contê-la. Logo, não cabe, por oportuno, ao intérprete, promover ou ser o campo promovedor de uma espécie de “estado de exceção hermenêutico”. Ulisses e o canto das sereias, uma ótima alegoria. Amarremo-nos ao mastro. Somente assim conteremos o canto. O canto é esse fenômeno cristizador do inundar do Direito Eleitoral por discursos de moralismo/populismo semântico, ora para almejar legitimar investidas por meio de fundamentos não sindicáveis, como a tutela de uma moral tão densa quanto fumaça relegada ao vento, ora para dar vazão a não menos superficiais referências, como à clamores de uma população, imbuídas de uma voracidade oportunística despida de um maior senso crítico. O mastro é a Constituição, a normatividade constitucional, os direitos fundamentais e o seu papel contramajoritário, assentados justamente para conter a maioria da ocasião<sup>920-921</sup>.

---

<sup>915</sup> A esse respeito, ver: PIEPER, Joseph. **Abuse of Language, Abuse of Power**. Ignatius Press, 1992.

<sup>916</sup> HIRSCHL, Ran. **Towards Juristocracy: the origins and consequences of the New Constitutionalism**. Harvard University Press, 2007, 296 p.

<sup>917</sup> TRIBE, Laurence. **The People Themselves: judicial populism**. New York: The New York Times. 2020.

<sup>918</sup> Ver também: DELLEDONE, Giacomo; MARTINICO, Giuseppe; MONTI, Matteo; PACINI, Fabio. **Italian Populism and Constitutional Law: Strategies, Conflicts and Dilemmas**. Cham, Switzerland: Springer Nature, 2020, p. 305.

<sup>919</sup> Na dicção de Tribe. Ver: TRIBE, Laurence. **Laurence Tribe on why the judiciary is ‘our last best hope’**. Washington D.C.: The Washington Post. 2017.

<sup>920</sup> HOMERO. **A Odisseia**. 1ª ed. São Paulo: Principis, 2020.

<sup>921</sup> O contrário seria a institucionalização do que Kittrie, com mais profundidade, chamou, a partir de dois autores da década de 1970, de “Lawfare”, que não precisa possuir uma figura específica, ao contrário do que possa parecer ou do que muitos possam vir pensar, mas pode apanhar um grupo, ou mesmo fazer com que o Direito seja enfrentado como instrumentalidade facilmente manipulável com fins de atingir fins previamente consignados no horizonte, como “derrubar” alguém, sim, mas não apenas, podendo servir a

A primeira parte da tese procurou desenvolver o que chamamos de “paradigma da (des)construção”. Foi possível demonstrar, a partir daí, como, onde e por quem essas escaladas moralistas vieram à cena pública, dando conta dos perigos e das consequências disso, dentre as quais a pior foi ou tem sido a fuga do Direito em direção à moral. No cerne da questão, por sua vez, um alerta, que, desde já, norteou o raciocínio: a moral não corrige o Direito. Preservar o Direito e a sua autonomia contra a invasão de códigos linguísticos de outros campos é gênero de primeira necessidade no Brasil, sendo que a história acidentada desta Nação é pródiga a consignar exemplos do quão nocivo é o abandono desta ideia – ocorrido, muitas vezes, sob os auspícios de uma aparente normalidade e com a benção estúpida de “cidadãos de bem”, “paladinos da moralidade” ou “ideólogos da pureza”.

O moralismo na cena pública brasileira, como demonstrado, é fenômeno longínquo, a retroceder, no mínimo, desde o alvorecer da República. Ao fazermos o resgate histórico desses acontecimentos, foi possível perceber que o discurso de moral, insuflado, sobremaneira, por intermédio dos palanques políticos, à luz de amplos espectros, serviu, a mais não poder, para dar vazão a rupturas institucionais, legais e democráticas, assim como para legitimar regimes de exceção ou autoritários/discricionários, cada qual a seu modo.

Já por meio da ditadura instaurada *manu militari* na década de 1960, ocorreu a inauguração do intuito de “higienização do espaço público” por intermédio da legislação. Se o moralismo de outrora esteve vinculado aos discursos políticos, inclusive a partir de um pretenso combate à corrupção, aqui o discurso tomou ares legislativos. A Emenda nº 14/65 delegou ao legislador infraconstitucional a previsão de causas de inelegibilidade. Já as “Constituições” de 1967 e de 1969 mantiveram essa autorização, curiosamente sob o pretexto de tutelar a moralidade, a probidade administrativa, a lisura, a normalidade e a legitimidade dos processos eleitorais. O intuito moralizador via

---

intentos particulares, como projetos de poder à custa do Direito, sendo que os “caídos” seriam apenas “efeitos colaterais” desses intuítos mundanos. Sobre o tema, ver as maneiras de promoção do deturpado fenômeno, ou seja, a tríade apontada por Kittrie: escolha da lei, escolha da jurisdição e externalidades (KITTRIE, Orde F. **Lawfare: Law as Weapon of War**. Oxford University Press, 2016, 504 p). A respeito do uso desvirtuado do Direito, ver também: “‘Lawfare’ descreve um método de guerra onde a lei é usada como um mecanismo para atingir um objetivo militar. Embora, à primeira vista, se pudesse supor que a lei resultaria em menos sofrimento na guerra (e às vezes resulta), na prática muitas vezes produz comportamentos que comprometem a proteção dos verdadeiramente inocentes. Há muitas dimensões para o termo ‘lawfare’, mas a mais frequentemente adotada é uma manipulação cínica do império da lei e dos valores humanitários que ele representa” (DUNLAP, Charles J. **Law and Military Interventions: preserving humanitarian values**. 21st Conflicts. Disponível em: <http://people.duke.edu/~pfeaver/dunlap.pdf> Acesso em: 23 dez. 2023).

legislação nasceria no ordenamento jurídico-eleitoral a partir daí, dando azo, dentre outras, a Lei Complementar n° 05/70, lei das inelegibilidades do regime militar na plena vigência do AI-5, que esteve alicerçada nas mesmas e não menos abstratas referências à probidade e à moralidade.

Soa-nos escandaloso, portanto, que a atual redação do artigo 14, §9°, da CF tenha feito reintroduzir, agora no texto do marco civilizatório instituidor da Nova República, os conceitos de “vida pregressa”, “probidade” e “moralidade para o exercício do mandato eletivo”, construídos, o ponto é este, ao longo dos proclames normativos do regime ditatorial. O texto constitucional de hoje, fruto que foi de emenda de revisão, possui uma origem malsã, uma carga genética desviada, um assento na exceção, considerada a irmandade textual existente entre ele e o passado. Museu de grandes novidades.

A Lei da “Ficha-limpa”, rebento do dispositivo constitucional proveniente do constituinte derivado no uso de um passado nada alvissareiro, possui um pecado original, portanto. A terminologia utilizada para impor e legitimá-la, sobretudo naquilo que se refere à atração de causa de inelegibilidade sem o trânsito em julgado de sentença condenatória, foi a mesma manejada pelo regime militar – vida pregressa, moralidade, combate à corrupção, ausência de violação à irretroatividade das leis e à presunção de inocência. Para além, a comparação entre os textos legais, de ontem e de hoje, também confessa uma aproximação estreita. Basta, para tanto, confrontar a redação original do PLP n° 518/2009 (texto original apresentado à Câmara), observada a hipótese de atração de causa de inelegibilidade por conta de condenações criminais. A exemplo que fizeram com a LC n° 05/70, o projeto previa a restrição do direito de ser votado em razão de condenação criminal, independente do trânsito em julgado, a partir de mera sentença. Há, no mais, convergência em muitas das hipóteses previstas lá e cá, sendo que a de cá é quantitativamente mais restritiva, inclusive. A LC n° 135/2010 possui uma inspiração pouco discreta, embora pouco falada, que é a exceção. O futuro repetindo o passado.

Se até então, ao fim e ao cabo, esse moralismo ficava adstrito ao palanque ou à legislação, a partir daí, ou seja, de uma lei de inelegibilidades que fez rememorar a lei de inelegibilidades do regime militar, houve o transpasse dele – do moralismo – da legislação para a aplicação do Direito, o que se deu, notadamente, para legitimar o malfadado diploma legal frente à Constituição.

O debate acerca da constitucionalidade da nova lei das inelegibilidades, de 2010, se operou mediante adoção de um modelo polarizado de aplicação do Direito. Criou-se uma semântica de bem contra o mau, de justos contra injustos, daqueles que almejam combater a corrupção contra aqueles que são lenientes para com ela. Elevou-se, pois, à última potência, o “ideal” de purificação do espaço público nacional, sendo que o Direito Eleitoral seria o caminho para alcançar esse desiderato, através da legislação de inelegibilidades e por meio dela.

O Direito Eleitoral seria o garantidor da moralidade e da probidade na vida pública, movimento consagrado por uma espécie de catarse coletiva, cristalizada em uma campanha moralista com feições salvacionistas. Não obstante a Constituição, por força do constituinte derivado, preveja a moralidade e a probidade para o exercício do mandato eletivo, observada a vida pregressa, esses critérios devem ser concretizados dentro da normatividade constitucional, não fora dela. Direitos fundamentais, individuais e políticos, são cláusulas pétreas, não o oposto. O Direito que subverte a sua lógica em prol de concepções pré-jurídicas e metafísicas, é um Direito inapto para assegurar conquistas civilizatórias. Reduzir a dimensão normativa de direitos fundamentais com fins de “combater a corrupção” ou “moralizar a política” é o caminho para a subversão da ordem jurídica, para solapar a autonomia do Direito e para fragilizar o potencial de defesa da democracia constitucional, calcada em pilares componentes da ideia de Estado de Direito. Aqui, desse modo, os portais da degeneração foram abertos, escancarados.

Negar a autonomia do Direito Eleitoral e do Direito Processual Eleitoral, entretanto, representa escancarar os portais para a degeneração do sistema jurídico-eleitoral. E é possível quebrar o ordenamento jurídico mediante a interpretação-aplicação, sendo que os efeitos são tão graves quanto ou piores do que a atuação mediante o palanque ou por meio do processo legislativo, afinal, o paradigma jurídico-constitucional contemporâneo, a partir da força normativa da Constituição, indica, pois, a magistratura, como o garante primordial da constitucionalidade e, por via de consequência, da autonomia do Direito, a partir do contramajoritarismo inerente aos direitos fundamentais e à proteção da sua normatividade. Não se degenera a autonomia do Direito impunemente.

A segunda parte da tese, assim sendo, destinou-se ao desenvolvimento do que chamamos de “paradigma da degeneração”, ou seja, o Direito Eleitoral degenerado ou, noutras palavras, como a degeneração do Direito Eleitoral se manifestaria.

Bernd Rhuters mesmo já advertiu: juristas que “amam fazer justiça”, em regra, desenvolvem pouca deferência à democracia produzida pelas instituições<sup>922</sup>. Por essas e outras, atentem, “uma teoria do direito, além de indicar como se deve julgar, está obrigada a esclarecer o que não se deve julgar ou, ainda, fornecer novas formas de enfrentamento de temas complexos”<sup>923</sup>. Quando se julga de acordo com a maioria de ocasião, com a opinião pública, com o que os veículos de imprensa sustentam, com o que parte da sociedade, barulhenta que só ela é digna de uma ação de turba, pensa acerca de um ou de outro político ou político-governante, ao invés de satisfação, o responsável deve sempre ligar um sinal de alerta – a chance de ele estar errado é tremenda. E, tanto é assim, que vislumbramos, na seara do Direito Eleitoral Sancionador termos frequentemente usados com função performativa: interesse público, conveniência e oportunidade, livre convencimento motivado, busca da verdade, vontade da lei e afins, como os mesmos fundamentos de feição majoritária supra<sup>924</sup>. Todos eles, diga-se, sustentáculos desta face de exceção no âmago sancionador-acusador eleitoral.

Referidos termos são utilizados para conferir verniz normativo a interpretações sem limites<sup>925</sup>. O intérprete decide de acordo com o que ele quer e, para mascarar esse voluntarismo, “os enunciados performáticos são lançados como elemento de suposta de normatividade. Ocorre que esses enunciados são uma fuga do Direito”<sup>926</sup>. Em regra, esses conceitos metafísicos são apresentados como forma de realizar um ideal maior, ou seja, praticar alguma justiça que não está sendo permitida pela acusada frieza das normas. Ocorre que, em uma democracia constitucional, decisão justa é aquela baseada na lei e na Constituição<sup>927</sup>. O resto, digo, não passa de um direito de exceção, pautado pela arbitrariedade de quem assim deseja decidir.

A degeneração do direito, a perda da sua autonomia contra os avanços do poder, moralista ou político autofágico, não nos torna mais capazes de defender as bases da nossa democracia constitucional. Manter a ignorância nos impede de diagnosticar até

---

<sup>922</sup> ABBOUD, Georges. **Direito Constitucional Pós-moderno**. Ob., cit., p. 171.

<sup>923</sup> Ibid., p. 171.

<sup>924</sup> No mesmo sentido, ver: ABBOUD, Georges. **Direito Constitucional Pós-moderno**. Ob., cit., p. 170.

<sup>925</sup> ABBOUD, Georges. **Direito Constitucional Pós-moderno**. Ob., cit., p. 170.

<sup>926</sup> Ibid., p. 170-171.

<sup>927</sup> Ibid., p. 171.

mesmo medidas de degeneração. A queda da normatividade, por regra, não se dá de um golpe só. Mas aos poucos, em doses homeopáticas. E, por vezes, de maneira sutil, com tons heroicos, de busca de fins outros, como a moralidade ou o combate à corrupção, algo que se faz audível aos ouvidos das ruas, junto ao povo. Lançar mão, no entanto, de argumentos ou fundamentos de moral na interpretação-aplicação do Direito Eleitoral Sancionador é ferir a autonomia do Direito. E um Direito não constrangido degenera, sendo nosso papel pelear na defesa do direito e da sua autonomia contra as investidas dos seus predadores. Especialmente em matéria de Direito Eleitoral Sancionador. Se a autonomia do Direito ruir no bojo de processos acusatórios-sancionatórios, ruirá, mesmo que numa realidade local ou pontual, a democracia representativa, a democracia em sua versão eleitoral.

Fomos e continuamos sendo reféns, no entanto, no bojo do Direito Eleitoral Sancionador, por vontade própria ou não, de tudo aquilo que surge como ameaça à autonomia do Direito, notadamente em tempos acalorados, de crise, ou em pontos de inflexão (...as velhas “soluções mágicas” que brotam desse tipo de tempo e contexto). É indispensável questionarmos esse programa de reinterpretação, baseado numa ideia de vagueza deliberada: para avançar os interesses do povo, é preciso levar a cabo uma “renovação jurídica popular” – falar, inclusive, acerca de um “constitucionalismo popular”, é uma contradição em termos, afinal, a Constituição serve exatamente para controlar isso. O Direito Eleitoral Sancionador e a sua interpretação não devem restar subordinados a anseios, vontades, desideratos populares/populistas, que visam subordiná-los a esses critérios metafísicos ou de cunho apelativo mesmo. Direito e interpretação pautados em lógica amigo/inimigo não são Direito, mas uma corrupção dele, observada a substituição dos seus fundamentos por uma criteriologia difusa e externa, colonizadora dos seus pressupostos – tal como o decidir com lastro em anseios... tenhamos, pois, muito cuidado com os desígnios de maiorias eventuais. Quem decide com base nelas, em sede sancionatória, carrega consigo uma concreta chance de estar errado. Que é gigantesca.

O moralismo consequencialista e persecutório pode ser mais sofisticado, através do uso desvirtuado, além de prepotente, para não dizer cínico, de previsões inerentes ao próprio ordenamento jurídico posto. E, nem por isso, deixar de ser uma violência contra a normatividade constitucional. É preciso, pois, fazermos superar as crises de identidade que pipocam no bojo da dinâmica do Direito Eleitoral Sancionador. É comumente

veremos decisões pautadas no alibi de estarem assim agindo em defesa da democracia ou da lisura, normalidade e legitimidade dos processos eleitorais, tudo para legitimar, por exemplo, alegados combates à males, como corrupção ou, diga-se, mesmo desinformação, ou, ainda, a reabertura de instrução processual, inclusive com o feito pautado para julgamento e depois das próprias sustentações orais, onde o juiz, sob essa retórica, sai a determinar produção de provas e afins. Será mesmo tão difícil compreender que, para além das violações ao rito processual, estaríamos, pois, aí, diante de evidente quebra de paridade de armas? Ou à equidistância do juiz? Ou, ainda, ao princípio acusatório? Não há, ao fim e ao cabo, como relativizar-se direitos fundamentais, mesmo que o imaginário popular assim requeira, com lastro na defesa da legitimidade dos processos eleitorais. Há um processo acusatório no meio, no meio há um processo acusatório. Ignorar isso é firmar perigoso pacto com a hermenêutica sem limites. Falar em defesa da legitimidade, normalidade ou algo similar para dar vazão a uma postura imbuída por um viés pragmático no âmbito dos processos judiciais eleitorais, como se a democracia fosse um fim em si mesma, os fins justificassem os meios e as regras do jogo fossem apenas um engodo a serviço da dita impunidade, é promover degeneração, do Direito Eleitoral Sancionador e da democracia em sua perspectiva eletiva. O intérprete que se (auto)investe dessas prerrogativas deveria pisar no freio, porquanto em crise de identidade (seria mais um xerife ou censor). Assim como os eleitoralistas que sustentam tais ideias deveriam procurar outra área do conhecimento, porquanto propagadores de argumentos alheios ao Direito e à sua autonomia – a antropologia ou a sociologia, p. ex., além da filosofia moral, seriam, quiçá, mais adequadas, ou que começassem a lidar com política-criminal eleitoral.

O Direito Eleitoral degenerado, dessa maneira, é – e se mostrou como sendo - um Direito Eleitoral deformado. Não no todo, fique claro o registro. Mas, o registro não é menos importante, em certos temas que norteiam esse ramo do conhecimento jurídico e que, a partir daí, são pegos por sintomas degradantes que, no todo, fazem um estrago grande – o não Direito dentro do Direito. Assim, se, por um lado, o Direito Eleitoral segue o passo da normalidade e da observância dos preceitos constitucionais, por outro, notadamente por meio da legislação e da interpretação jurídica, e em matéria de Direito Eleitoral Sancionador, ascende um fenômeno de instrumentalização. E de uso para fins desvirtuados. Essa dualidade, por sua vez, é tão nociva quanto se fosse na amplitude, até mesmo porque acaba sendo mais traiçoeira, posta e imposta com ares de normalidade. A

degeneração ora é institucional, ora epistêmica, ora instrumentalizadora. E há, com isso, uma captura da legalidade constitucional, da tutela que os direitos políticos devem abarcar, inclusive no seio da jurisdição, da normatividade dos direitos individuais e dos próprios paradigmas hermenêuticos contemporâneos no ato da interpretação-aplicação. Ocorre que degenerar o Direito é degenerar a democracia. E vice-versa. A degeneração, a esse respeito, se mostrou em uma tríade de manifestações: institucional, epistemológica e instrumentalizadora.

O Direito Eleitoral degenerado, através dos seus fenômenos, promove um panorama que poderíamos intitular de “estado permanente de tensão”, a partir do qual o Direito Eleitoral Sancionador permanece sempre em risco de ataque, isso por meio dos seus predadores. A democracia, daí em diante, também se encontra em risco, seja em sua manifestação eleitoral, seja em perspectiva constitucional. Se o Direito sucumbe aos seus predadores, a democracia entra em risco, alerta Lenio Streck. Entra e fica. E não é diferente quanto ao Direito Eleitoral, valendo lembrar que reduzir o espectro de normatividade dos direitos fundamentais aqui não possui apenas o efeito imediato, no que se refere às partes, mas o efeito mediato, quanto à cidadania e a soberania popular em seu matiz sufragista, produzindo, inclusive, uma “ilusão de legalidade” em sede de direito degenerado, na dicção de Abboud, além de uma “ilusão fatal”, na defesa de Ernst Fraenkel. Dar vazão a uma semântica de moralidade, ou de combate à corrupção funcional ou eleitoral, ou mesmo, ainda, de proteção da legitimidade dos processos eleitorais pura e simplesmente, causa rupturas da e na legalidade constitucional, especialmente quanto ao devido processo legal eleitoral em sua amplitude. A luta é pela autonomia do Direito.

O uso autoritário, arbitrário, discricionário, consequencialista e moralista, a seu turno, é a pedra fundamental do Direito Eleitoral degenerado. Por isso é preciso vencê-lo, superá-lo. Caso contrário, a degeneração denunciada só irá se agravar.

Passado, presente e futuro. O passado denotou a escalada moralista. O presente a condensou no âmago da interpretação-aplicação do Direito. E o futuro? O futuro deverá denotar a superação disso, superação que deverá se dar por meio de um tripé direcionador: democracia, filosofia e devido processo legal.

É do povo, do eleitorado, ao final e ao cabo, o poder de escolher os seus representantes. Dito de outra forma, a legitimidade no exercício do poder político advém das urnas, algo que deve ser respeitado. Poderá ser desconstituído? Sim. Mas em

situações muito peculiares – como a prática de ilícitos previamente previstos na legislação, comprovada para além de dúvida razoável, munida de gravidade suficiente para quebrar a legitimidade do pleito ou de concretude apta a embargar a liberdade do voto. Em matéria de processo judicial eleitoral sancionador, deve prevalecer a escolha popular, a liberdade de escolha e a escolha concretizada, só agindo, pois, a Justiça Eleitoral, se houver prejuízo a essa mesma escolha. A atuação da JE há de se fazer de forma minimalista, com observância da vedação ao excesso, evitando-se indevida alteração da vontade popular. A democracia, portanto, deve ser observada, inclusive como critério decisório.

Os direitos políticos, como demonstramos, são condições de possibilidade para o regime democrático. Não há democracia sem eleições livres, autênticas e periódicas. No regime democrático o poder emana do povo, que o exerce principalmente de maneira indireta, através de representantes eleitos para tanto. Se a soberania política recai sobre o povo, há de haver meios para que essa supremacia popular reste materializada. E é nesse percurso que adentram os direitos políticos, como direitos fundamentais de participação política do povo, materializados, notadamente, pelo votar e ser votado.

Qualquer restrição ao sufrágio deve, portanto, submeter-se ao que a teoria constitucional contemporânea intitula de “limites dos limites”, sendo de rigor que hajam freios aos movimentos repressivistas que possuem uma verdadeira tara pela imposição, cada vez maiores, de restrições ao exercício dos direitos políticos, notadamente aqueles que, para tanto, fazem uso de discursos demagógicos, moralistas e, diga-se, populistas, no intuito de atingirem os seus fins. Valendo lembrar: direitos fundamentais são cláusulas pétreas. Moralidade não, a mesma moralidade que não passa de um conceito vago, abstrato, lacônico.

Já o Direito Eleitoral, nunca é demasiado lembrar, não serve para desconstruir a vontade popular depositada nas urnas. Quiçá para ilidir o voto em um candidato ou outro. Pode ocorrer? Sim, claro, nos termos da lei. Mas não é para isso que ele serve. Tampouco é a missão da Justiça Eleitoral. A democracia, o Direito Eleitoral e a Justiça Eleitoral não são antagônicas, ao menos não aprioristicamente. A própria CF legitima constitucionalmente a instituição, atribuindo-lhe suas diversas competências.

Porém, deve-se ter muito cuidado com o exercício da jurisdição eleitoral, de modo que a própria Justiça Eleitoral, se valendo do fato da marcante e sistemática judicialização dos escrutínios, não desempenhe uma postura ativista (no sentido de

protagonista ou solipsista), algo a ser verificado a partir do conteúdo das respectivas decisões. São vários e variados os limites de poder: o princípio democrático, a legalidade, os direitos fundamentais, as garantias individuais, os direitos políticos ativos e passivos, ou, noutras palavras, a própria cidadania etc. E não é distinto com relação à jurisdição eleitoral que deve, sobremaneira, ser exercida a partir de uma teoria hermenêutico-constitucional robusta, a ponto, aliás, de vedar quaisquer viragens discursivas tendentes a fragilizar a estrutura do regime.

O Direito Eleitoral Sancionador, por essa razão, deve ser analisado sob a ótica da proteção da sua autonomia. E ela possui três níveis indispensáveis. O primeiro é dado pelo fato de o sistema jurídico é diferente da moral, da religião e de outros sistemas, como a política. O Direito Eleitoral é Direito. Não é política ou filosofia moral. O segundo é dado pela autonomia da linguagem e pela autonomia da argumentação. Já o terceiro é constituído pela autonomia institucional. E ela se divide em: autonomia formal, autonomia processual e autonomia substantiva. A autonomia formal lida com instituições próprias. A autonomia processual requer procedimentos próprios, cercados de garantias, observada a constitucionalidade como condição de possibilidade. E a autonomia substantiva requer lidar com dados externos - ao lidar com critérios externos, é que o Direito precisa reconhecer as suas ameaças, como o moralismo.

Moral e Direito devem ser enfrentados sob a perspectiva da cooriginariedade. A moral não corrige o Direito. E argumentos ou fundamentos de moral – ou moralistas mesmo – jamais devem ser manejados com fins de adjudicar a sua autonomia. O Direito, a sua autonomia e a constitucionalidade dos direitos fundamentais, incluindo-se aí a soberania popular, a liberdade de escolha do eleitorado, o exercício dos direitos políticos e a presunção de legitimidade do sufrágio, não estão subordinados à moral. A moral, ou o moralismo consequencialista, não é e nem pode ser fundamento de legitimidade do Direito Eleitoral Sancionador.

O Direito Eleitoral Sancionador deve carregar uma pré-compreensão adequada acerca da sua natureza. O processo judicial eleitoral, notadamente aqueles de feição de acusatória-sancionatória, não é instrumento para tutelar a legitimidade dos escrutínios. Isso fica à cargo do direito material.

O processo, uma vez instaurado, é um instrumento de garantia. E de garantia dos direitos dos acusados. Se o §9º do art. 14 da CF consagra comandos ao legislador ordinário, complementar ou ordinário em sentido estrito, como a proteção da

legitimidade e da normalidade dos processos eleitorais, isso se dará pelo agir do mesmo legislador na previsão de regras, ilícitos e de restrições gerais ao direito de elegibilidade. E de questões processuais, aliás, no sentido de fazer perquirir o desrespeito à essas regras, a práticas de ilícitos ou barreiras ao direito fundamental de candidatura.

Já a partir do momento em que se aciona a Justiça Eleitoral, instaurando-se uma demanda acusatória-sancionatória, há cedência da aludida e buscada legitimidade e normalidade do processo eleitoral em prol dos direitos fundamentais do acusado, valendo dizer: só será constitucionalmente adequada a tutela da higidez dos processos eleitorais se respeitado o bolo de garantias processuais entregues a todo e qualquer acusado, a começar pela presunção de não culpabilidade e pela presunção de legitimidade (aí sim!) do voto e dos resultados eleitorais, além da liberdade de escolha do eleitor.

O Direito Eleitoral Sancionador possui feição acusatória, o processo judicial eleitoral assim possui. E é por isso que estas demandas, que visam, às últimas consequências, desconstituir a soberania popular, não devem descurar, um milímetro sequer, da Constituição e do bolo de garantias civilizatórias estabelecidas no intuito de limitar o poder de acusar e o poder de punir.

Garantias, no fim das contas, não servem para promover impunidade ou para passar cheque em branco para a corrupção eleitoral em sentido amplo. As garantias, por outro lado, são legitimantes do próprio poder punitivo. Punir, para alguém desses limites, é punir de maneira abusiva, arbitrária, ilegítima. É atentar não apenas contra os direitos dos acusados, mas da própria soberania popular, liberdade de escolha do eleitor e presunção de legitimidade dos processos eleitorais. É atentar, a mais não poder, contra a democracia. Qualquer demanda acusatória-sancionatória em feição judicial eleitoral que não respeitar garantias mínimas possuirá decisão ilegítima.

Deve-se observar e zelar por um processo judicial eleitoral justo, a partir dos seguintes pilares: princípio da proteção da liberdade no exercício do voto; princípio da presunção de legitimidade do sufrágio e; fundamentação das decisões, contraditório e à ampla defesa; juiz natural, imparcial e paridade de armas; irretroatividade das leis; legalidade ou à reserva legal; duração razoável ao processo; vedação à surpresa; tipicidade e; licitude das provas. Daí a necessidade da reconstrução. Daí e por aí.

Falemos e pratiquemos, definitivamente, o Direito Eleitoral Contemporâneo. Somente por aí, e assim, será possível superar a degeneração anunciada e denunciada, a degeneração que degenera o Direito Eleitoral e, para além dele, a soberania popular e a própria democracia representativa.

## REFERÊNCIAS

- ABBOUD, Georges. **Direito Constitucional Pós-Moderno**. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2021.
- ABBOUD, Georges; CARNIO, Henrique Garbellini; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **Introdução à teoria e à filosofia do Direito**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.
- ABBOUD, Georges. **O Mito da Supremacia do Interesse Público sobre o Privado: a dimensão constitucional dos Direitos Fundamentais e os requisitos necessários para autorizar restrição a Direitos Fundamentais**. Revista dos Tribunais: RT, v. 100, n. 907, p. 61-119, maio 2011.
- ABRANCHES, Sérgio. **Presidencialismo de Coalização: raízes e evolução do modelo político brasileiro**. São Paulo: Companhia das Letras, 2018.
- AGAMBEM, Giorgio. **Estado de Exceção**. São Paulo: Boitempo, 2003.
- AGRA, Walber de Moura. **Temas Polêmicos do Direito Eleitoral**. Belo Horizonte: Fórum, 2012.
- AIETA, Vânia Siciliano. **Criminalização da Política: a falácia da “judicialização da política” como instrumento democrático**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.
- ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2ª edição. 2ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2011.
- ALVES, Rubem. **Gandhi**. Folha de São Paulo, quarta-feira, 31 de janeiro de 2001. Disponível em:  
<https://www1.folha.uol.com.br/fsp/opiniaofz3101200109.htm#:~:text=O%20poeta%20T.S.,so%20ciais%20em%20que%20est%C3%A3o%20enraizados>. Acesso em: 29 dez. 2023.
- AQUINO, Tomás de. **Suma Teológica**. 5 vols. São Paulo: Ecclesiae, 2023.
- ARAGÓN, Manuel. **Tendencias contemporáneas del Derecho Electoral en el mundo**. Memoria del II Congreso Internacional de Derecho Electoral. Palabras del Doctor Manuel Aragón, en representación de los participantes extranjeros, en la Ceremonia de Inauguración. Cámara de Diputados del Congreso de la Unión, IFE, TFE, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas. México, 1993.
- ARAÚJO, Eduardo Borges; SALGADO, Eneida Desirée. **Do Legislativo ao Judiciário: a Lei Complementar nº 135/2010 (“Lei da Ficha Limpa”), a busca pela moralização da vida pública e os direitos fundamentais**. A&C – Revista de Dir. Administrativo & Constitucional, Belo Horizonte: ano 13, n. 54, p. 145, out./dez. 2013.
- ARISTÓTELES. **A Política**. São Paulo: Lafonte, 2017, 440 p.
- ASSIS BRASIL, Joaquim Francisco de. **A democracia representativa na República** (antologia). Brasília: Senado Federal, 1998.
- ASSIS BRASIL, José Francisco de. **Democracia Representativa: do voto e do modo de votar**. 3ª ed., Rio de Janeiro: Guillard Aillaud & Co. Rio de Janeiro, 1895.
- ÁVILA, Humberto. **O que é “devido processo legal”?** Revista de Processo, n. 163, 2008.

- AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. **Provas ilícitas**. 5ª ed. São Paulo: RT, 2012.
- BARBOSA, Leonardo Augusto de Andrade. **História Constitucional Brasileira: mudança constitucional, autoritarismo e democracia no Brasil pós-64**. Brasília: Câmara dos Deputados, 2018.
- BARBOSA, Rui. **A Imprensa**, vol. XXVI, tomo IV, 1899.
- BARBOSA, Rui. **O processo do capitão Dreyfus**. São Paulo: Edipro, 2020.
- BARCELOS, Guilherme. **Crítica Hermenêutica do Direito Eleitoral: o julgamento da Chapa Dilma-Temer pelo Tribunal Superior Eleitoral**. Curitiba: Juruá, 2018.
- BARCELOS, Guilherme. **Democracia, eleições e legitimidade política no Brasil: algumas pontes entre passado e presente e entre Direito e Literatura**. Brasília: Boletim ABRADep #6 janeiro/2023.
- BARCELOS, Guilherme. **O STF e o neoconstitucionalismo à brasileira: quem nos protege da bondade dos bons? Palestra**. Concipol (Teresina-PI). 25 maio 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/palestra-concipol-stf-guilherme-barcelos.pdf>. Acesso em: 31 dez. 2023.
- BARCELOS, Guilherme Rodrigues Carvalho. **Parecer - Condenação em ação civil pública - Improbidade administrativa - Ausência de trânsito em julgado - Causa de inelegibilidade**. Revista Brasileira de Direito Eleitoral. Belo Horizonte, v. 8, n. 15, jul./dez. 2016. Disponível em: <<https://dspace.almg.gov.br/retrieve/112165/Guilherme%20Rodrigues%20Carvalho%20Barcelos%20.pdf>>. Acesso em: 15 jun. 2023.
- BARCELOS, Guilherme. **Revisitando as Origens da Judicial Review: o nascedouro do controle judicial de constitucionalidade, de Sir Edward Coke a John Marshall**. Florianópolis: Habitus, 2018.
- BARRAZA, Arturo. **Los Derechos Políticos Electoral de los Ciudadanos Mexicanos**. In: Apuntes de Derecho Electoral: una Contribución Institucional para el Conocimiento de la Ley como Valor Fundamental de la Democracia. México: El Tribunal, 2000. 2 v.
- BATISTA, Vera Malaguti. **Loïc Wacquant e a questão penal no capitalismo neoliberal**. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2012.
- BÁTIZ, Carlos Emilio Arenas. **Marco Teorico del Derecho Electoral**. In: Apuntes de Derecho Electoral: una Contribución Institucional para el Conocimiento de la Ley como Valor Fundamental de la Democracia. México: El Tribunal, 2000. 2 v.
- BAUMANN, Zygmunt. **O mal-estar da pós-modernidade**. 1ª ed. São Paulo: Zahar, 1998.
- BECK, Francis Rafael. A Doutrina da Cegueira Deliberada e sua (In)aplicabilidade ao Crime de Lavagem de Dinheiro. In: WEDY, Miguel Tedesco; CALLEGARI, André Luís (Org.). **Lavagem de Dinheiro**. São Leopoldo: Unisinos, 2011. PACELLI, Eugênio; CALLEGARI, André. **Manual de Direito Penal**. Parte Geral São Paulo: Editora Atlas, 2017.
- BECK, Ulrich. **Sociedade de risco: rumo a uma nova Modernidade**. São Paulo: Editora 34, 2011.
- BEEK, Wouter. **Linguistic Relativism Variants and Misconceptions**. University of Amsterdam. PHD. 2012.

BENEVIDES, Maria Victoria de Mesquita. **A UDN e o Udenismo**. São Paulo: Paz e Terra, 1981.

BINDER, Julius. **Der autoritare Staat**. Logos, Internationale Zeitschrift für Philosophie der Kultur, vol. 22, 1933.

BLACKSTONE, William. **Commentaries on the Laws of England**. Ed. George Sharswood. Philadelphia: J. B. Lippincott Company, 1893.

BLANCO, Carlos Nieto. **La conciencia lingüística de la filosofía**. Madri: Trotta, 1997.

BOBBIO, Norberto; MATTEUCI, Nicola. **Dicionário de Política**. 2ª ed. Brasília: Editora UNB, 1986.

BOBBIO, Norberto. **O Futuro da Democracia**. São Paulo: Paz e Terra, 1986.

BONAVIDES, Paulo. **Ciência política**. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Crimes de perigo abstrato**. 3ª ed. São Paulo: RT, 2013.

BRASIL. **Decisão de Celso de Mello traz manual completo acerca da delação premiada**. Revista Consultor Jurídico. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-out-14/delacao-justifica-investigacao-nao-sentenca-celso-mello>. Acesso em: 16 dez. 2023.

BRASIL, **Emenda Constitucional nº 14/65**. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/emendas/emc\\_anterior1988/emc14-65.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc_anterior1988/emc14-65.htm). Acesso em: 29 jul. 2023.

BRASIL. G1. **Eleições 2016. Brasil tem 1 Prefeito retirado do Cargo a cada 8 dias pela Justiça Eleitoral**. Disponível em: <http://g1.globo.com/politica/eleicoes/2016/noticia/2016/02/brasil-tem-1-prefeito-retirado-do-cargo-cada-8-dias-pela-justica-eleitoral.html>. Acesso em: 18 dez. 2023.

BRASIL, **Memorial da Democracia**. Disponível em: <http://memorialdademocracia.com.br/card/cpi-investiga-anoes-do-orcamento>. Acesso em: 07 jun. 2023.

BRASIL, **Movimento anticorrupção critica decisão do STF que altera lei da ficha limpa**. Disponível em: <https://www.poder360.com.br/brasil/movimento-anticorrupcao-critica-decisao-do-stf-que-altera-lei-da-ficha-limpa/>. Acesso em: 29 dez. 2023).

BRASIL, **Movimento de Combate à Corrupção Eleitoral**. Dossiê: “Políticos cassados por corrupção eleitoral”. 2007. Disponível em: <http://www.mcce.org.br/site/pdf/politicoscassadosdossie.pdf>. Acesso em: 13 dez. 2023.

BRASIL. Tribunal Regional Eleitoral do Paraná (TRE-PR). **Ações de Investigação Judicial Eleitoral nºs 0604176-51.2022.6.16.0000 e 0604298-64.2022.6.16.0000**. Disponível em: <https://www.tre-pr.jus.br/comunicacao/noticias/2024/Abril/julgamento-de-cassacao-de-senador-e-retomado-nesta-quarta-feira-3>. Acesso em: 09 abr. 2024.

BRASIL, Tribunal Superior Eleitoral. **Plenário converte em diligência julgamento que envolve Senador Jorge Seif Junior (PL-SC)**. Disponível em: <https://www.tse.jus.br/comunicacao/noticias/2024/Abril/plenario-converte-em-diligencia-julgamento-que-envolve-senador-jorge-seif-junior-pl-sc>. Acesso em: 07 mai. 2024.

BRASIL, Tribunal Superior Eleitoral. **TSE aprova nova resolução para dar mais efetividade ao combate à desinformação ao processo eleitoral.** Disponível em: <https://www.tse.jus.br/comunicacao/noticias/2022/Outubro/tse-aprova-resolucao-para-dar-mais-efetividade-ao-combate-a-desinformacao-no-processo-eleitoral>. Acesso em: 30 dez. 2023.

BRASIL, Tribunal Superior Eleitoral. **TSE rejeita instituir abuso de poder religioso em ações que podem levar cassação.** Disponível em: <https://www.tse.jus.br/comunicacao/noticias/2020/Agosto/tse-rejeita-instituir-abuso-de-poder-religioso-em-acoes-que-podem-levar-a-cassacoes>. Acesso em: 08 jan. 2024.

BRASIL, TV. Senado. **Há 40 anos ditadura fechava o Congresso.** Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=nL5TtmFTHnk>. Acesso em: 04 jan. 2024.

BRASIL, TV. Senado. **Uma semana em 64.** Disponível em: [https://www.youtube.com/watch?v=8t87VL\\_CWY8](https://www.youtube.com/watch?v=8t87VL_CWY8). Acesso em: 29 jul. 2023.

BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. **Do Estado patrimonial ao Estado gerencial.** In: PINHEIRO, Paulo Sérgio; SACHS, Ignacy; WILHEIM, Jorge (Org.). Brasil: um século de transformações. São Paulo: Companhia das Letras, 2001, p. 222-259.

BROSSARD, Paulo. **Fora da lei não há salvação.** Porto Alegre: [s.n.], 1970. 8 p. [52969] STF F 320.981 B 874 FLS.

BUENO, Eduardo. **Brasil, uma história:** cinco séculos de um país em construção. Rio de Janeiro: Leya, 2012.

BUENO, José Antônio Pimenta. **Direito Público Brasileiro e Análise da Constituição do Império.** Rio de Janeiro: Typ. Imp. e Const. de J. Villeneuve & C, 1857.

CALLEGARI, André Luís. **Os caminhos do Direito Penal brasileiro a tipificação do terrorismo.** In: Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica Jurídica: anuário do programa de Pós-Graduação em Direito da Unisinos. Mestrado e Doutorado. N.11. Livraria do Advogado: Porto Alegre, 2014.

CALLEGARI, André Luís; ANDRADE, Roberta Lofrano. **Sociedade do risco e Direito Penal.** Porto Alegre: Revista da Defensoria Pública do RS. 26ª ed., 2020.

CAMARENA, Javier Patino. **Nuevo Derecho Electoral Mexicano.** 8ª ed. México: UNAM, 2006.

CAMUS, Albert. **Núpcias, o verão.** Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1979.

CAMPOS, Francieli de; BARCELOS, Guilherme. **O Livro Que Amanha a Alma:** estudos em homenagem a Joaquim Francisco de Assis Brasil. Florianópolis: Habitus, 2023.

CAMPOS, Francisco. **O Estado nacional:** sua estrutura, seu conteúdo ideológico. Brasília: Senado Federal, 2001.

CANETTI, Elias. **Massa e Poder.** 1ª ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2019.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição.** 5ª Ed. Coimbra: Almedina, 2002.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Interpretação e aplicação da Constituição.** São Paulo: Saraiva, 1992.

- CASARA, Rubens R. R. **Processo Penal do Espetáculo**. Disponível em: <http://justificando.com/2015/02/14/processo-penal-espetaculo>. Acesso em: 23 dez. 2023.
- CASTRO, Alves. **Obras Completas de Castro Alves**. Afrânio Peixoto (Comp.). Francisco Alves: Rio de Janeiro, 1921.
- CASTRO, Celso. **A proclamação da República**. Rio de Janeiro: Zahar, 1999.
- COKE, Edward. **Institutes of Laws of England**. Reprint of the eighteenth edition. Originally published: London, J. & W. T. Clarke, 1823. Two volumes. Ccxvi [606]; iv [772] pp.
- COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **MPF: As 10 medidas contra a corrupção são só ousadas?** IBCRIM. Boletim. Publicação do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais. Ano 23 – nº 277 – dezembro/2015.
- COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **O princípio do juiz natural na CF/88: ordem e desordem**. Revista de Informação Legislativa, Brasília a. 45 n. 179 jul./set. 2008.
- COSTA, Adriano Soares da. **Instituições de Direito Eleitoral**. 9ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016.
- CUNHA, Amanda Guimarães da; BASTOS, Luiz Magno P. **Direito Eleitoral Sancionador: o dever de imparcialidade da autoridade judicial**. 1ª ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2021.
- DEBORD, Guy. **A sociedade do Espetáculo: comentários à sociedade do espetáculo**. Rio de Janeiro: Contraponto Editora, 1997.
- DELLEDONE, Giacomo; MARTINICO, Giuseppe; MONTI, Matteo; PACINI, Fabio. **Italian Populism and Constitutional Law: Strategies, Conflicts and Dilemmas**. Cham, Switzerland: Springer Nature, 2020.
- DESCARTES, René. **Discurso de método**. Trad.: Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 1996.
- DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito processual penal**. Coimbra: Coimbra Ed., 1974, v. 1.
- DIAZ, Elias. **Estado de Derecho y democracia**. Anuario de la Facultad de Derecho. Universidad de Extremadura, nº 19-20, 2001-2002, pg. 201-217.
- DICKENS, Charles. **Um conto de duas cidades**. Trad. Sandra Luzia Couto. São Paulo: Nova Cultural, 2002.
- DIAMOND, Larry. **The Spirit of Democracy: the struggle to build free societies throughout the World**. New York: Times Books, 2008.
- DICK, Philip. **Minority Report: a nova lei**. Rio de Janeiro: Record, 2012.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 20ª ed. São Paulo: Atlas, 2007.
- DOMINGUES, Hermano Martins. **Direitos Humanos, Ficha Limpa e jurisdição constitucional: o entendimento do STF. 25 anos depois da Constituição Cidadã**. Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica – RIHJ, Belo Horizonte, ano 11, n. 13, jan./jun. 2013.
- DUNLAP, Charles J. **Law and Military Interventions: preserving humanitarian values. 21st Conflicts**. Disponível em: <http://people.duke.edu/~pfeaver/dunlap.pdf> Acesso em: 23 dez. 2023).
- DWORKIN, Ronald. **A Justiça de Toga**. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

- DWORKIN, Ronald. **Law's empire**. Cambridge: Harvard University Press, 1986.
- DWORKIN, Ronald. **O Direito da Liberdade**. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2019.
- DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- EBERHARDT, Marcos. **O STJ e a preservação da cadeia de custódia da prova**. Disponível em: <<https://canalcienciascriminais.com.br/o-stj-e-a-preservacao-da-cadeia-de-custodia-da-prova/>>. Acesso em: 03 mai. 2024.
- ELIAS, Norbert. **O processo civilizador**. Vol. 2. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1993.
- ENTERRÍA, Eduardo Garcia de. **La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional**. Madrid: Civitas, 198.
- ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. **Palavra e Memória**: Florianópolis: Habitus, 2023.
- ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. **Princípios constitucionais e democracia**. Florianópolis: Habitus, 2019.
- ÉSQUILO. **Oresteia**: Agamêmnon, Coéforas, Eumênides. Trad.: Mário da Gama Kury. 6ª ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2008.
- FALIVENE, Matheus. **A indeterminação das leis penais na sociedade do medo**. Revista Consultor Jurídico. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-jul-08/falivene-indeterminacao-leis-penais-sociedade-medo/>. Acesso em: 10 mar. 2024.
- FAORO, Raymundo. **Os donos do poder**: formação do patronato político brasileiro. 5. ed. São Paulo: Globo, 2012.
- FARIA, Fernando de Castro. **O Estado Democrático de Direito e a decisão judicial eleitoral que impõe a perda do mandato eletivo**. Resenha Eleitoral, Florianópolis, v. 18, 2010. Disponível em: <<http://www.tre-sc.jus.br/site/resenha-eleitoral/edicoes-impresas/integra/2012/06/o-estado-democratico-de-direito-e-a-decisao-judicial-eleitoral-que-impoe-a-perda-do-mandato-eletivo>>. Acesso em: 9 abr. 2024.
- FERREIRA, Marcelo Ramos Peregrino. **Da democracia de partidos à autocracia judicial**. 1ª ed. Florianópolis: Habitus, 2023.
- FERREIRA, Marcelo Ramos Peregrino. **Direito Eleitoral do Inimigo**. Empório do Direito. 11-04-2015. Disponível em: <http://emporiododireito.com.br/direito-eleitoral-do-inimigo-por-marcelo-peregrino>. Acesso em: 18 nov. 2023.
- FERREIRA, Marcelo Ramos Peregrino. **O Controle de Convencionalidade da Lei da Ficha Limpa**: direitos políticos e inelegibilidades. 1ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.
- FIORAVANTI, Maurizio. **Constitución**: de la antigüedad a nuestros días. 2ª ed. Madrid: Trotta, 2017.
- FLUSSER, Vilém. **Bondelos**: uma autobiografia filosófica. São Paulo: Annablume, 2007.
- FOUCAULT, Michel. **Microfísica do poder**. São Paulo: Paz e Terra, 2021.
- FRAENKEL, Ernst. **O Estado Dual**: uma contribuição à teoria da ditadura. São Paulo: Contracorrente, 2024.
- FUNDER, Anna. **Stasilândia**: como funcionava a polícia secreta alemã. São Paulo: Companhia das Letras, 2008.

FUNI, Pedro. **Ditadura decreta o Ato Institucional nº 05**. Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da USP. Disponível em: <https://www.fflch.usp.br/42239>. Acesso em: 08 jun. 2023.

GADAMER, Hans-Georg. **O problema da consciência histórica**. Trad. Paulo César Duque Estrada. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2003.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método**. 12. ed. Petrópolis: Vozes, 2012. v. I: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica, 2012.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método**. 6. ed. Petrópolis: Vozes, 2011, v. II: complementos e índice.

GARCIA MÁRQUEZ, Gabriel. **Crônica da Morte Anunciada**. Trad. Remy Gorga Filho. São Paulo: Record, 2013.

GASSET, Jose Ortega y. **Adão no paraíso e outros ensaios de estética**. São Paulo: Cortez, 2002.

GELLATELY, Robert. **Apoiando Hitler: consentimento e coerção na Alemanha nazista**. Trad. Vitor Paolozzi. Rio de Janeiro: Record, 2011.

GHIRARDI, José Garcez. **O mundo fora de prumo: transformação social e teoria política em Shakespeare**. São Paulo: Almedina, 2011.

GRABER, Mark A.; LEVINSON, Sanford; TUSHNET, Mark. **Constitutional Democracy in Crisis?** New York: Oxford University Press, 2018.

GRAU, Eros. **O direito posto e o direito pressuposto**. 7ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

GREGORIO, Giovannide. **Digital Constitutionalism In Europe: reframing rights and powers in the algorithm society**. United Kingdom: Cambridge University Press, 2022.

GRESTA, Roberta Maia; NEISSER, Fernando Gaspar. Análise completa do julgamento da chapa Dilma/Temer pelo TSE. **Justificando**, [S.l.], 16 jun. 2017. Disponível em: <http://www.justificando.com/2017/06/16/analise-completa-do-julgamento-da-chapa-dilma-temer-pelo-tse/>. Acesso em: 31 dez. 2023.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **Liberdades públicas e processo penal**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982.

GUEDES, Néviton. **A Constituição contra a tirania dos valores**. Revista Consultor Jurídico. Conjur. 2013.

GUEDES, Neviton. **Discurso da moralização da política faz mal à nossa jovem democracia**. Revista Consultor Jurídico. Conjur. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2014-ago-04/constituicao-poder-discurso-moralizacao-politica-faz-mal-democracia>. Acesso em: 16 dez. 2023.

GUEDES, Neviton. **O poder de limitar a cidadania também encontra limites**. Revista Consultor Jurídico. Conjur. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2013-abr-16/constituicao-poder-poder-limitar-cidadania-tambem-encontra-limites>. Acesso em: 02-06-2023.

GUEDES, Neviton. **Para que servem os direitos políticos de participação? Os Constitucionalistas**. Disponível em: <http://www.osconstitucionalistas.com.br/para-que-servem-os-direitos-politicos-de-participacao>. Acesso em 07 jul. 2023.

- HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.
- HABERMAS, Jürgen. **Pensamento pós-metafísico**. Rio de Janeiro: Tempo brasileiro, 1990.
- HEIDEGGER, Martin. **Ser e tempo**. Petrópolis: Vozes, 2012.
- HESSE, Konrad. **Força normativa da Constituição**. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Fabris, 1991.
- HIRSCHL, Ran. **Towards Juristocracy**: the origins and consequences of the New Constitutionalism. Harvard University Press, 2007.
- HOBBS, Thomas. **Leviatã**. 1ª ed. São Paulo: Edipro, 2015.
- HOLANDA, Sérgio Buarque de. **Raízes do Brasil**. São Paulo: Companhia das Letras, 2017.
- HOMERO. **A Odisseia**. 1ª ed. São Paulo: Principis, 2020.
- IBCRIM. **Boletim**. Publicação do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais. Ano 23 – nº 277 – dezembro/2015.
- ISSACHAROFF, Samuel. **Populism versus Democratic Governance**. In: GRABER, Mark A.; LEVINSON, Sanford; TUSHNET, Mark. *Constitutional Democracy in Crisis?* New York: Oxford University Press, 2018.
- JAKOBS, Gunter; MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito Penal do Inimigo**: noções e críticas. Org.: André Luis Callegari e Nereu José Giacomolli. 6ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.
- JUNG, Carl Gustav. **Presente e futuro**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Editora Vozes, 2013.
- JUNIOR, Williem da Silva Barreto; KARAM, Henriete. **Linguistic Turn, Wittgenstein, Gadamer e o Direito**. Revista Brasileira de Direito, Passo Fundo, vol. 17, n. 3, setembro-dezembro, 2021.
- KAFKA, Franz. **O Processo**. Trad.: Modesto Carone. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- KARNAL, Leandro. **Hamlet de Shakespeare e o mundo como palco**. Café Filosófico. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=XBjxRgLdAI>. Acesso em: 19 dez. 2023.
- KELSEN, Hans. **Jurisdição Constitucional**. São Paulo: Martins Fontes, 2013.
- KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2009.
- KENNEDY, Ellen. **Carl Schmitt en la República de Weimar**: la quebra de una Constitución. Madrid: Tecnos, 2004.
- KLEMPERER, Viktor. **LTI**. Rio de Janeiro: Contraponto, 2009.
- KITTRIE, Orde F. **Lawfare**: Law as Weapon of War. Oxford University Press, 2016.
- KOSSMANN, Edson Luís. **A democracia no espelho**: como os predadores fragilizam a democracia expondo-a ao populismo. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2022.
- KUHN, Dione. **Brizola**: da Legalidade ao exílio. Porto Alegre: RBS Publicações, 2004.
- LAGO, Rodrigo. **A novela da Ficha-Limpa**. Os Constitucionalistas. 26 jan. 2011.
- LASALLE, Ferdinand. **Derecho y Poder, artículo editorial del diario**. Reforma de Berlín, del 7 de febrero de 1863, en: *¿Qué es una Constitución?* Ed. Colofón, 6ª ed. México, 1994.

- LADEUR, Karl-Heinz (Org.). **Globalization and Public Governance – A Contradiction?** London and New York: Routledge, Taylor & Francis Group, 2017.
- LEE, Harper. **O Sol é para todos**. Trad.: Beatriz Horta. Rio de Janeiro: José Olympio, 2006.
- LEMOS, Marcelo Augusto Rodrigues de. **O Direito como fim no “combate à corrupção”**. Revista Consultor Jurídico. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2022-mar-12/diario-classe-direito-fim-combate-corrupcao/>. Acesso em: 10 mar. 2024.
- LEVITSKY, Steven; ZIBLATT, Daniel. **Como as democracias morrem**. Rio de Janeiro: Zahar, 2018.
- LLOSA, Mario Vargas. **A Civilização do Espetáculo: uma radiografia do nosso tempo e da nossa cultura**. Trad.: Ivone C. Benedetti. Rio de Janeiro: Objetiva, 2013.
- LIMA, Danilo Pereira. **Legalidade e Autoritarismo: o papel dos juristas na consolidação da ditadura militar de 1964**. Danilo Pereira Lima/orientador Lenio Luiz Streck – 2018.
- LIUWEN, Edwin. **Militarismo e política na América Latina**. Rio de Janeiro: Zahar, 1964.
- LOCKE, John. **Dois tratados sobre o governo**. 4ª ed. São Paulo: Vozes, 2006.
- LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 10ª ed. - São Paulo: Saraiva: 2013.
- LOPES JR. Aury. **Fundamentos do Processo Penal: introdução crítica**. 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015.
- LOSANO, Mario. **Sistema e estrutura no direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2010.
- LOWENSTEIN, Karl. **Dictatorship and the German Constitution: 1933-1937**. The University of Chicago Law Review, v. 4, 1937.
- LUHMANN, Niklas. **Die Moral der Gesellschaft**. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 2008.
- LUHMANN, Niklas. **Sistema jurídico y dogmática jurídica**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1983.
- LUHMANN, Niklas. **Soziologische Aufklärung 4 – Beiträge zur funktionalen Differenzierung der Gesellschaft**. 4ª Auflage, Wiesbaden: VS Verlag, 2009.
- MAGALHÃES, Flavia Cristina M. **Vida progressa e inelegibilidade no Estado Democrático de Direito**. In: Constituição de 1988: o Brasil 20 anos depois. Vol. II. Bruno Dantas, Eliane Cruxén, Fernando Santos e Gustavo Ponce de Leon Lago (Org.). Brasília: Senado Federal. 2008.
- MAGALHÃES, José Luiz. **Quadros de Democracia e Constituição: tensão histórica no paradigma da democracia representativa e majoritária a alternativa plurinacional boliviana**. In: FIGUEIREDO, Eduardo Henrique Lopes; MONACO, Gustavo Ferraz de Campos; MAGALHÃES, José Luiz Quadros (Coord.). **Constitucionalismo e Democracia**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.
- MAIOR, Armando Souto. **História do Brasil**. 5ª ed. São Paulo: Ed. Nacional, 1967.
- MAQUIAVEL, Nicolau. **O Príncipe**. São Paulo: Edipro, 2018.
- MARENCO, Luiz. **Os silêncios das janelas do povoado**. Composição Guto Teixeira / Luiz Marenco. Porto Alegre: U. S. Records, 2018.
- MARINHO, Josaphat. **Inelegibilidades no Direito Brasileiro**. Revista de Informação Legislativa, vol. 2, nº 6, 1965.

- MARRAFON, Marco Aurélio; ROBL FILHO, Ilton Norberto. **A crise das fontes jurídicas enquanto crise do Estado Democrático de Direito**. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.9, n.3, 3º quadrimestre de 2014. Disponível em: [www.univali.br/direitoepolitica](http://www.univali.br/direitoepolitica) - ISSN 1980-7791. 1439.
- MATEUCCI, Nicola. **Organización del poder y libertad**: historia del constitucionalismo moderno. Madrid: Trotta, 1998.
- MAUS, Ingeborg. **Judiciário como superego da sociedade**: o papel da atividade jurisprudencial na “sociedade órfã”. Trad.: Martonio Lima e Paulo Albuquerque. Novos Estudos CEBRAP N.º 58, novembro 2000, pp. 183-202.
- MELLO, Marco Aurélio. **Justiça não é sinônimo de justicamento**. Conjur. Disponível em <http://www.conjur.com.br/2015-mar-09/marco-aurelio-justica-nao-sinonimo-justicamento>. Acesso em: 02 set. 2023.
- MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2009.
- MENDONÇA, Camila Ribeiro de. **Lei da Ficha-Limpa é o estatuto da ética e da moralidade**. Revista Consultor Jurídico. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2011-dez-03/joaquim-barbosa-lei-ficha-limpa-estatuto-etica-moralidade/>. Acesso em: 27 dez. 2023.
- MILTON, John. **Paraíso Perdido**. Trad.: Antônio José de Lima Leitão. Vol. XIII. Rio de Janeiro: Clássicos Jackson, 1956.
- MIRANDA, Jorge. **Direito Constitucional III**. Direito Eleitoral. Direito Parlamentar. Lisboa, Portugal, Associação Acadêmica da Faculdade de Direito de Lisboa, 2003.
- MONTESQUIEU, Charles Louis de. **Do Espírito das Leis**. 1ª ed. São Paulo: Edipro, 2003.
- MORAES, Ana Luisa Zago de. **Guantánamo na Suprema Corte dos Estados Unidos**. Brasília: Repositório Institucional do STJ. 2011.
- MORAIS, José Luis Bolzan. **Continuidades autoritárias no Estado Constitucional brasileiro**: a permanência do outro como inimigo Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica Jurídica: anuário do programa de Pós-Graduação em Direito da Unisinos. Mestrado e Doutorado. n.11. Livraria do Advogado: Porto Alegre, 2014.
- MORAIS, Marina Almeida. **Dez anos da lei da ficha limpa**: o que a democracia brasileira tem a dizer. Revista Populus, Salvador, n. 9, dez. 2020.
- MORE, Thomas. **Utopia**. São Paulo: Penguin, 2018.
- MULLER, Cristina Maria. **O estamento burocrático brasileiro**. Acesso Livre, [S.l.], n. 8, p. 92, jul./dez 2017.
- MÜLLER, Friedrich. **Métodos de trabalho do Direito Constitucional**. Trad. Peter Naumann. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.
- MÜLLER, Friedrich. **O novo paradigma do Direito**: introdução à teoria e metódica estruturantes do direito. Trad. Dimitri Dimoulis et al. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- MULLER, Friedrich. **Quem é o povo?** A questão fundamental da democracia. Trad. Peter Naumann. Rev. Paulo Bonavides. Ed. Max Limonad – São Paulo, 3ª ed., 2003.
- MUSIL, Robert. **O homem sem qualidades**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2018.

- MUSIL, Robert. **Sobre a estupidez**. Belo Horizonte: Editora Ayiné, 2016.
- NEVES, André Luiz Batista; OLIVEIRA, João Glicério de. **Breve história da chamada Teoria “Clássica” das Inelegibilidades**: por que a doutrina brasileira as separa das condições de elegibilidade? *Revista Jurídica Unicuritiba*, Vol.1, n.73, p.692-722, janeiro/março 2023.
- NEVES, José Roberto de Castro. **Como os advogados salvaram o Mundo**: a história da advocacia e a sua contribuição para a humanidade. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2018.
- NOGUEIRA, Alexandre de Castro. **Decisão judicial na Justiça Eleitoral**: Lei de Inelegibilidades e Interpretação Teleológica. Curitiba, Juruá, 2015.
- NOHLEN, Dieter; SABSAY, Daniel. **Derecho Electoral**. IDEA – Internacional Institute for Democracy and Electoral Assistance. Electoral Law, 2007.
- NUCCI, Guilherme de Souza. **Provas no Processo Penal**. São Paulo: RT, 2009.
- OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. **Jurisdição e Hermenêutica Constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.
- OLIVEIRA, Manfredo Araújo. **Reviravolta lingüístico-pragmática na filosofia contemporânea**. São Paulo: Loyola, 2005.
- OLIVEIRA, Rafael Tomaz de et al. **Ajurisdição constitucional entre a judicialização e o ativismo: percursos para uma necessária diferenciação**. In: SIMPÓSIO NACIONAL DE DIREITO CONSTITUCIONAL, 10., 2012, Curitiba. **Anais...** Curitiba: ABDConst., 2013. Disponível em: <<http://www.abdconst.com.br/anais2/JurisdicaoRafael.pdf>>. Acesso em: 25 abr. 2024.
- OLIVEIRA, Rafael Tomaz de; STRECK, Lenio Luiz. Algumas indicações sobre o método fenomenológico-hermenêutico. **Revista Consultor Jurídico**, São Paulo, 26 dez. 2015. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2015-dez-26/diario-classe-indicacoes-metodo-fenomenologico-hermeneutico>>. Acesso em: 27 mai. 2024.
- OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **Quem venceu no TSE? A teoria do avestruz ou do cofrinho?** *Revista Consultor Jurídico*, São Paulo, 10 jun. 2017. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-jun-10/diario-classe-quem-venceu-tse-teoria-avestruz-ou-cofrinho>>. Acesso em: 31 dez. 2023.
- ORWELL, George. **George Orwell: Essays**. London: Penguin, 2014.
- PACELLI, Eugênio; CALLEGARI, André. **Manual de Direito Penal**. Parte Geral São Paulo: Editora Atlas, 2017.
- PACHUKANIS, Evgeni Bronislávovich. **Teoria Geral do Direito e marxismo**. Trad.: Paula Vaz de Almeida. São Paulo: Boitempo, 2017.
- PAIM, Gustavo Boher. **Direito Eleitoral e Segurança Jurídica**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016.
- PAIM, Gustavo Boher. **O direito ao processo justo**. *Direito e Democracia* v. 13 n.2 p. 94-106 jul./dez. 2012.
- PAINE, Thomas. **Direitos do Homem**. São Paulo: Edipro, 2005.
- PAINE, Thomas. **Senso Comum**. São Paulo: Martin Claret, 2005.
- PAZ, Octavio. **The Labyrinth of Solitude and Other Writings**. Grove Press. 1994.

PECCININ, Luiz Eduardo; COPI, Lygia Maria. **A Lei da Ficha-Limpa entre o discurso de moralidade e os interesses dos Congressistas**: uma análise da aprovação da Lei Complementar nº 135/2010 a partir da teoria da escolha racional. *Resenha Eleitoral* (Florianópolis), v. 23, n. 2, p. 101-120, 2019.

PEREIRA, Anthony. **Ditadura e repressão: o autoritarismo e o estado de direito no Brasil, no Chile e na Argentina**. 1ª ed. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2010.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. **Interpretação Constitucional e Direitos Fundamentais**: uma contribuição ao estudo das restrições aos direitos fundamentais na perspectiva da teoria dos princípios. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

PEREIRA, Rodolfo Viana. **Direito Eleitoral contra o Inimigo**. Disponível em: <http://www.opiniaopublica.ufmg.br/emdebate/Rodolfo%20Viana.pdf>. Acesso em 18 nov. 2023.

PESSOA, Fernando. **Mensagem**. São Paulo: L&PM, 2006.

PIEPER, Joseph. **Abuse of Language, abuse of Power**. Ignatius Press, 1992.

PINTO, Djalma. **Elegibilidade no Direito brasileiro**. São Paulo. Atlas. 2008.

PINTO, Paulo Brossard de Souza. **O Impeachment**. Porto Alegre: Globo, 1965.

PIRES, Breno. **Decisão de Nunes Marques libera “fichas-sujas” a assumirem mandatos de Prefeitos**. Disponível em: <https://www.estadao.com.br/politica/decisao-de-nunes-marques-libera-fichas-sujas-a-assumirem-mandato-de-prefeitos/>. Acesso em: 17 nov. 2023.

PLATÃO. **Crátilo**: diálogo sobre a justeza dos nomes. 2ª ed. Lisboa: Sáda Costa, 1994.

PRADO, Geraldo. **Prova penal e sistema de controles epistêmicos**: a quebra da cadeia de custódia das provas obtidas por métodos ocultos. 1ª ed. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

PRADO JR., Caio. **Formação do Brasil contemporâneo**. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.

QUEIRÓS, José Maria Eça de. **O primo Basílio**. São Paulo: Penguin, 2015.

RECONDO, Felipe. **Tanques e togas**: o STF e a ditadura militar. São Paulo: Companhia das Letras, 2018.

REIS, Cláudio A. **“Todo o Poder Emana do Povo”**: O Exercício da Soberania Popular e a Constituição de 1988. Senado Federal. Estudos Legislativos: Volume I - Constituição de 1988: O Brasil 20 anos depois. Os alicerces da redemocratização, 2008.

REIS, Marlon Jacinto. **A constitucionalidade do projeto de lei Ficha Limpa**. Brasília: Correio Braziliense, 12/10/2009, Opinião.

RHUTERS, Bernd. **Derecho degenerado**: Teoria jurídica y juristas de cámara en el Tercer Reich. Madri: Marcial Pons, 2016.

RHUTERS, Bernd. **Teoria del Derecho**: concepto, validez y aplicación del Derecho. Bogotá: Editorial Temis, 2018.

RIBEIRO, Darcy. **O povo brasileiro**: a formação e o sentido do Brasil. São Paulo: Global editora, 2023.

RODAS, Sérgio. **Maior jurista da URSS, Pachukanis criticava alienação de Kelsen e previa fim do Direito.** Revista Consultor Jurídico. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-nov-07/jurista-urss-criticava-alienacao-kelsen-previa-fim-direito/>. Acesso em: 14 dez. 2023.

RODRIGUES JR., Otavio Luiz. **Direito Civil Contemporâneo: estatuto epistemológico, constituição e direitos fundamentais.** Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2019.

ROJAS, Jesús Ignacio Delgado. **Ciudadania liberal y Moralismo legal.** Tesis doctoral dirigida por Eusebio Fernández García (dir. tes.). Universidad Carlos III de Madrid (2019).

RORTY, Richard. **Esperanza o conocimiento?** Una introducción al pragmatismo. Buenos Aires: Fondo de cultura econômica, 1994.

ROSA, João Guimarães. **Grande Sertão: veredas.** Rio de Janeiro: José Olympio, 1976.

ROSENFELD, Luis. **Transformações do pensamento constitucional brasileiro: a história intelectual dos juristas da Era Vargas (1930-1945).** Luis Rosenfeld/orientador Anderson Teixeira; coorientador Dieter Grimm – São Leopoldo, 2019.

ROSS, Daniel Adrian; GLOVER, William H.; GOZA, Rebecca A.; JR., Michael Wigginton. **The Foundations of Communication in Criminal Justice Systems.** New York: CRC Press. 2015.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Contrato Social: princípios de direito político.** São Paulo: Edipro, 2017.

ROXIN, Claus. **Derecho penal parte general: fundamentos la estructura de la teoría del delito.** Tomo I. Madrid: Thomsom Civitas, 1997.

SAINT-JUST. **Théorie politique: textes établis et commentés par Alain Liénard.** Alain Liénard (Org.). Paris: Seuil, 1976.

SALDANHA, Nelson. **História das Ideias Políticas no Brasil.** Brasília: Senado Federal, 2001.

SALGADO, Eneida Desirée. **Populismo judicial, moralismo e o desprezo à Constituição: a democracia entre velhos e novos inimigos.** Revista Brasileira de Estudos Políticos | Belo Horizonte | n. 117 | pp. 193-217 | jul./dez. 2018.

SALGADO, Eneida Desiree. **Princípios constitucionais eleitorais.** Belo Horizonte: Fórum, 2010.

SÁNCHEZ, Jesús-María Silva. **A expansão do Direito Penal: aspectos da política criminal na sociedade pós-industriais.** Trad. Luiz Otavio Rocha. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

SANCHEZ, Jesús-Maria Silva. **Normativización del derecho penal y realidade social.** Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2007.

SANTOS, Rodrigo Valgas dos. **Direito Administrativo do Medo: risco e fuga da responsabilização dos agentes públicos.** 1ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021.

SANTOS, Wanderley Guilherme dos. **Teoria política e prospectos democráticos.** Revista de Ciências Sociais, n. 6, 1969.

SARAMAGO, José. **Ensaio sobre a cegueira.** Lisboa: Ed. Caminho. 1995.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988.** 10ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2021.

- SARTRE, Jean-Paul. **O Ser e o Nada**: ensaio de ontologia fenomenológica. Trad.: Paulo Perdigão. Petrópolis: Vozes, 1997.
- SHELLING, Friedrich Wilhelm. **Über das Wesen der menschlichen Freiheit**. Stuttgart: Reclam, 2021.
- SCHMITT, Carl. **La tiranía de los valores**. Buenos Aires: Hydra. Introducción de Dotti, 2009.
- SCURATI, Antonio. **O Filho do Século**. Trad. Marcello Lino. Rio de Janeiro: Instrínseca, 2019.
- SCURR, Ruth. **Pureza fatal**: Robespierre e a Revolução Francesa. Rio de Janeiro: Record, 2009.
- SERRANO, Pedro. **A era do autoritarismo líquido**. Disponível em: <https://www.extraclasse.org.br/politica/2019/11/a-era-do-autoritarismo-liquido/>. Acesso em: 04 jul. 2023.
- SHAKESPEARE, William. **Shakespeare de A a Z**. Sel. Sergio Faraco. Porto Alegre: L&PM Pocket, 1998.
- SKIDMORE, Thomas. **Brasil**: de Castelo a Tancredo (1964-1985). São Paulo: Paz e Terra, 1994.
- SNOWDEN, Edward. **Eterna vigilância**: como montei e desvendei o maior esquema de espionagem do Mundo. São Paulo: Pan Books (Londres), 2020.
- SODRÉ, Nelson Werneck. **História Militar do Brasil**. 2ª ed. São Paulo: Expressão Popular, 2010.
- SOLIS, David Ordóñez. **Derecho y política**. Navarra: Aranzadi, 2004.
- SOLMI, Arrigo. **Commemorazione di Alfredo Rocco**. Foro Italiano, Vol. 60, parte quarta: monografie e varietà, 1935.
- STARLING, Heloisa Maria Murgel. **Moralismo capenga**. Disponível em: <https://amarribo.org.br/moralismo-capenga/>. Acesso em: 29 jul. 2023.
- STEIN, Ernildo. **Introdução ao pensamento de Martin Heidegger**. Porto Alegre: PUCRS, 2011.
- STOLLEIS, Michael. **The Law under Swastika**: studies on legal history in Nazy Germany. 1st ed. Chicago: University of Chicago Press, 1998.
- STRECK, Lenio Luiz. **A demonização da política**. Opinião. Disponível em: <https://gauchazh.clicrbs.com.br/opiniaio/noticia/2016/03/lenio-streck-a-demonizacao-da-politica-5505639.html>. Acesso em: 27 dez. 2023.
- STRECK, Lenio Luiz. A atualidade do debate da crise paradigmática do Direito e a resistência positivista ao constitucionalismo contemporâneo. **RIPE – Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos**, Bauru, v. 40, n. 45, p. 257-290, jan./jun. 2006.
- STRECK, Lenio Luiz. **Aí, esse Joaquim é sinistro. Tá enjaulando bacana**. Revista Consultor Jurídico. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2012-dez-22/retrospectiva-2012-ai-joaquim-sinistro-ta-enjaulando-bacana>. Acesso em: 19 dez. 2023
- STRECK, Lenio Luiz. Aplicar a “letra da lei” é uma atitude positiva? **Revista Novos Estudos Jurídicos**, Itajaí, v. 15, n. 1, p. 166, jan./abr. 2010. Disponível em:

<<http://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/download/2308/1623>>. Acesso em: 10 abr. 2024.

STRECK, Lenio Luiz. As recepções teóricas inadequadas em terrae brasilis. **Revista de Direitos Fundamentais e Democracia**, Curitiba, v. 10, n. 10, p. 10, jul./dez. 2011.

STRECK, Lenio Luiz. **Ainda e sempre o ponto fulcral do direito hoje: o que é um precedente?** Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2023-mar-02/senso-incomum-ainda-ponto-fulcral-direito-hoje-precedente/>. Acesso em: 17 nov. 2023.

STRECK, Lenio Luiz. **Devemos nos importar, sim, com o que a doutrina diz.** Revista Consultor Jurídico, São Paulo, 5 jan. 2006. Disponível em: [http://www.conjur.com.br/2006-jan-05/devemos\\_importar\\_sim\\_doutrina](http://www.conjur.com.br/2006-jan-05/devemos_importar_sim_doutrina). Acesso em: 31 dez. 2023.

STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de hermenêutica: cinquenta temas fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do Direito.** Belo Horizonte (MG): Letramento: Casa do Direito, 2020.

STRECK, Lenio Luiz. **E Kelsen se virou na tumba diante da simplificação!** Revista Consultor Jurídico. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2013-abr-18/senso-incomum-kelsen-virou-tumba-diante-simplificacao>. Acesso em: 23 dez. 2023.

STRECK, Lenio Luiz. **É possível fazer Direito sem interpretar?** Revista Consultor Jurídico, São Paulo, 19 abr. 2012. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2012-abr-19/senso-incomum-jurisprudencia-transita-entre-objetivismo-subjetivismo>. Acesso em: 31 dez. 2023.

STRECK, Lenio Luiz (Orgs.). **Hermenêutica e epistemologia: 50 anos de verdade e método.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito.** 11ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2021.

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e decisão jurídica.** 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

STRECK, Lenio Luiz. **Lições de Crítica Hermenêutica do Direito.** 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016.

STRECK, Lenio Luiz. **O backlash hermenêutico à brasileira e a la carte!** Revista Consultor Jurídico. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2022-jan-06/senso-incomum-backlash-hermeneutico-brasileira-la-carte/>. Acesso em: 16 nov. 2023.

STRECK, Lenio Luiz. **Observatório Constitucional: porque a ponderação e a subsunção são inconsistentes.** Conjur. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2014-abr-26/observatorio-constitucional-porque-ponderacao-subsuncao-sao-inconsistentes>. Acesso em: 31 dez. 2023.

STRECK, Lenio Luiz; COSTA, Eduardo José da Fonseca. O julgamento no TSE: pedindo licença para uma análise jurídica. **Revista Consultor Jurídico**, São Paulo, 15 jun. 2017. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-jun-15/senso-incomum-julgamento-tse-pedindo-licenca-analise-juridica>>. Acesso em: 12 abr. 2024.

STRECK, Lenio Luiz. **O pamprincipiologismo e a flambagem do Direito.** Revista Consultor Jurídico, São Paulo. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2013-out-10/senso-incomum-pamprincipiologismo-flambagem-direito/>. Acesso em: 31 dez. 2023).

STRECK, Lenio Luiz; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **O que é isto – as garantias processuais penais?** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto, decido conforme minha consciência?** 4ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

STRECK, Lenio Luiz. **O que é a livre convicção de indícios e presunções?** Senso Incomum. Revista Consultor Jurídico. Conjur. 13, fev., 2014. Disponível em <http://www.conjur.com.br/2014-fev-13/senso-incomum-livre-conviccao-indicios-presuncoes>

STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto, o senso incomum?** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

STRECK, Lenio Luiz. **O Supremo não é o guardião da moral da nação.** Revista Consultor Jurídico. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2013-set-05/senso-incomum-supremo-nao-guardiao-moral-nacao>. Acesso em: 17 dez. 2023.

STRECK, Lenio Luiz. **Parecer.** Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/quentes/364801/comissao-da-oab-aprova-parecer-sobre-indulto-de-daniel-silveira>. Acesso em 14 mar. 2024.

STRECK, Lenio Luiz. **Superando os diversos tipos de positivismo: porque a hermenêutica é applicatio?** Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC, Fortaleza, v. 34, n. 2, p. 275-276, jul./dez. 2014.

STRECK, Lenio Luiz; BARRETO, Vicente de Paulo; TOMAZ DE OLIVEIRA, Rafael. **Ulisses e o Canto das Sereias: ativismos judiciais e o perigo da instauração de um “terceiro turno da Constituinte”.** Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD) 1(2): 75-83 julho-dezembro 2009.

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas.** 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

TASSINARI, Clarissa. **A atuação do Judiciário em tempos de Constitucionalismo Contemporâneo.** Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas, Pouso Alegre, v. 28, n. 2, p. 41, jul./dez. 2012.

TOCQUEVILLE, Alexis de. **A Democracia na América.** 2ª ed. Belo Horizonte: Itatiaia; São Paulo: USP, 1987.

TODOROV, Tzvetan. **Os inimigos íntimos da democracia.** São Paulo: Companhia das Letras, 2012.

TOLSTOI, Liev. **Uma confissão.** São Paulo: Mundo Cristão, 2017.

TRIBE, Laurence. **Laurence Tribe on why the judiciary is ‘our last best hope’.** Washington D.C.: The Washington Post. 2017.

TRIBE, Laurence. **The People Themselves: judicial populism.** New York: The New York Times. 2020.

TUSHNET, Mark. **Constitucional Hardball.** The John Marshall Law Review, v. 37, 2004.

UNISINOS. Instituto Humanitas Unisinos – IHU. **Áudio reunião AI-5.** 12 dez. 2018. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=3sHMZq8kzGc>. Acesso em: 27 nov. 2023.

- VALE, Tereza Cristina de Souza Cardoso. **Pré-história e história da Justiça Eleitoral**. In: SIMPÓSIO NACIONAL DE HISTÓRIA – ANPUH, 26., 2011, São Paulo. **Anais...** São Paulo: ANPUH, 2011.
- VALLE, Vanice Regina Lírio do (Org.). **Ativismo jurisdicional e o Supremo Tribunal Federal**: laboratório de análise jurisprudencial do STF. Curitiba: Juruá, 2009.
- VALLÈS, Ramon Ragués I. **La ignorancia deliberada en Derecho penal**. Barcelona: Atelier, 2007.
- VAN HOECKE, Mark. **Legal Orders Between Autonomy and Intertwinement**. In: LADEUR, Karl-Heinz (Org.). **Globalization and Public Governance – A Contradiction?** London and New York: Routledge, Taylor & Francis Group, 2017.
- VELLOSO, Carlos Mário da Silva. **A reforma eleitoral e os rumos da democracia no Brasil**. In: *Direito Eleitoral*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.
- VILAJOSANA, Josep M. **Moralizacion del Derecho, perfeccionismo y sociedad liberal**. *Revista Telemática de Filosofía del Derecho*, nº 11, 2007/2008.
- VILLA, Marco Antônio. **Collor Presidente**: trinta meses de turbulências, reformas, intrigas e corrupção. 1ª ed. Rio de Janeiro: Record, 2016.
- VILLA, Marco Antônio. **História em discursos**: 50 discursos que mudaram o Brasil e o Mundo. São Paulo: Planeta, 2018.
- VOEGELIN, Eric. **A universidade alemã e a ordem da sociedade alemã**. In: *Ensaio Publicados, 1966-1985*. São Paulo: Realizações, 2008.
- VOEGELIN, Eric. **Hitler e os alemães**. São Paulo: Realizações, 2008.
- WAISBERG, Maria Thereza. **O que eu me tornei para mim mesmo?** o Homem sem Qualidades e o caráter predatório da modernidade tardia. Orientador: Eda Teresinha de Oliveira Tassara. Tese (doutorado) – Universidade de São Paulo, Instituto de Psicologia, 2008.
- WALSER, Robert. **Jakob von Gunten**: um diário. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.
- WEDY, Miguel Tedesco. **A Constituição, eficiência e garantias nas dez propostas do MPF contra a corrupção**. In: STRECK, Lenio Luiz; ROCHA, Leonel Severo; ENGLEMAN, Wilson. *Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica*. Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da Unisinos – Mestrado e Doutorado, n. 12. Porto Alegre, 2016, pp. 169-180.
- WEDY, Miguel Tedesco; CALLEGARI, André Luís (Org.). **Lavagem de Dinheiro**. São Leopoldo: Unisinos, 2011.
- WILKIE, Katharine; MOSELEY, Elizabeth. **A Constituição americana e o seu criador – James Madison**. Trad. Gisela Brigitte Laub. Rio de Janeiro: Lidador, 1985.
- WOLFE, Christopher. **The rise of modern judicial review**: from constitutional interpretation to judge-made law. Boston: Littlefield Adams Quality Paperbacks, 1994.
- ZAFFARONI, Eugenio Raul. **O inimigo no direito penal**. 2ª Ed. Trad. Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2007.
- ZILIO, Rodrigo Lopez. **Direito Eleitoral**. 4ª ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2014.

