

**FACULDADES INTEGRADAS DO BRASIL - UNIBRASIL
PROGRAMA DE MESTRADO EM DIREITO**

LUIS GUSTAVO MOTTA SEVERO DA SILVA

**UMA ANÁLISE DAS CONDIÇÕES DE ELEGIBILIDADE E DAS CAUSAS DE
INELEGIBILIDADE CONSTITUCIONAIS A PARTIR DA TEORIA
CONSTITUCIONAL DAS RESTRIÇÕES A DIREITOS FUNDAMENTAIS**

CURITIBA

2011

LUIS GUSTAVO MOTTA SEVERO DA SILVA

**UMA ANÁLISE DAS CONDIÇÕES DE ELEGIBILIDADE E DAS CAUSAS DE
INELEGIBILIDADE CONSTITUCIONAIS A PARTIR DA TEORIA
CONSTITUCIONAL DAS RESTRIÇÕES A DIREITOS FUNDAMENTAIS**

**Dissertação apresentada ao Programa de
Pós-Graduação, como requisito parcial
para a obtenção do grau de Mestre em
Direito, Faculdades Integradas do Brasil -
UniBrasil.**

**Orientador: Prof^a. Dr^a Eneida Desiree
Salgado.**

CURITIBA

2011

S586

Silva, Luis Gustavo Motta Severo da.

Uma análise das condições de elegibilidade e das causas de inelegibilidade constitucionais a partir da teoria constitucional das restrições a direitos fundamentais/ Luis Gustavo Motta Severo da Silva.

- Curitiba: UniBrasil, 2011.

160 p.; 29cm

Orientadora: Eneida Desiree Salgado.

Dissertação (mestrado) – Faculdades Integradas do Brasil – UniBrasil, Mestrado em Direitos Fundamentais e Democracia, 2011.

Inclui bibliografia.

1. Direito – Dissertação. 2. Direitos políticos e direitos fundamentais – Condições de elegibilidade e inelegibilidade.. I. Faculdades Integradas do Brasil. Mestrado em Direitos fundamentais e Democracia. II. Título.

CDD 340

TERMO DE APROVAÇÃO

LUIS GUSTAVO MOTTA SEVERO DA SILVA

UMA ANÁLISE DAS CONDIÇÕES DE ELEGIBILIDADE E DAS CAUSAS DE
INELEGIBILIDADE CONSTITUCIONAIS A PARTIR DA TEORIA CONSTITUCIONAL
DAS RESTRIÇÕES A DIREITOS FUNDAMENTAIS

Dissertação aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre em Direito, Programa de Mestrado, Faculdades Integradas do Brasil – UniBrasil, pela seguinte banca examinadora:

Orientador: Prof.^a. Dr.^a ENEIDA DESIREE SALGADO
Programa de Mestrado em Direito, Faculdades Integradas do
Brasil – UniBrasil.

Membros:

Curitiba, ____ de _____ de 2011.

SUMÁRIO

RESUMO.....	I
ABSTRACT.....	II
INTRODUÇÃO	1
1 PONTO DE PARTIDA: INTRÓITO AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E ALGUMAS ESCOLHAS CONCEITUAIS.....	4
1.1 BREVE CARACTERIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	8
1.2 PROPOSTAS DE CLASSIFICAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	15
1.3 O ÂMBITO DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS – SUPORTE FÁTICO AMPLO X SUPORTE FÁTICO RESTRITO.....	19
1.4 DIREITOS FUNDAMENTAIS E DEMOCRACIA COMO PONTO DE APOIO À COMPREENSÃO DO CARÁTER RESTRITIVO DAS INEXIGIBILIDADES	24
2 AS RESTRIÇÕES DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	28
2.1 AS TEORIAS A RESPEITO DAS RESTRIÇÕES AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	28
2.2 PROTEÇÃO DO NÚCLEO ESSENCIAL – LIMITES DOS LIMITES.....	38
2.3 TIPOS DE RESTRIÇÕES.....	43
2.4 CONCLUSÃO SOBRE AS TEORIAS RELATIVAS ÀS RESTRIÇÕES AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	46
3 OS DIREITOS POLÍTICOS COMO DIREITOS FUNDAMENTAIS	50
3.1 OS DIREITOS POLÍTICOS EM PERSPECTIVA HISTÓRICA	50
3.2 OS DIREITOS POLÍTICOS COMO DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	65
3.3 O ÂMBITO DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS POLÍTICOS	70
4 AS CONDIÇÕES DE ELEGIBILIDADE E AS CAUSAS DE INELEGIBILIDADE COMO RESTRIÇÕES A DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	76
4.1 A COMPREENSAO DAS CONDIÇÕES DE ELEGIBILIDADE E DAS CAUSAS DE INELEGIBILIDADE COMO RESTRIÇÕES A DIREITOS POLITICOS DOTADOS DE JUSFUNDAMENTALIDADE.....	77
4.2 AS CONDIÇÕES DE ELEGIBILIDADE.....	80
4.3 AS CAUSAS DE INELEGIBILIDADE CONSTITUCIONAIS	104
CONCLUSÃO	143
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	146

RESUMO

Pretende-se traçar breves considerações acerca das teorias constitucionais contemporâneas que discorrem sobre direitos fundamentais e suas formas de restrições. Após fixadas as premissas iniciais, discorrer-se-á sobre o âmbito de proteção dos Direitos Políticos e seu enquadramento no rol de Direitos Fundamentais previstos pela Constituição Federal de 1988 para, em seguida, tratar das condições de elegibilidade e das causas de inelegibilidade como formas de restrições a direitos fundamentais, analisando-se a interpretação que o Tribunal Superior Eleitoral confere em alguns casos concretos.

Palavras-Chave: DIREITOS POLÍTICOS E DIREITOS FUNDAMENTAIS – CONDIÇÕES DE ELEGIBILIDADE E CAUSAS DE INELEGIBILIDADES – RESTRIÇÕES A DIREITOS FUNDAMENTAIS – TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL

ABSTRACT

The aim is to outline brief considerations about the contemporary constitutional theories that discuss fundamental rights and its forms of restrictions. After set the initial premises, the object will be the scope of political rights protection and their adequation in the list of fundamental rights, provided by the Federal Constitution in 1988; then approach eligibility conditions and causes of ineligibility as forms of restrictions of fundamental rights, analyzing the interpretation that the Supreme Electoral Tribunal grant them in some concrete cases.

Keyword: POLITICAL RIGHTS AND FUNDAMENTAL RIGHTS - ELIGIBILITY CONDITIONS AND CAUSES OF INELIGIBILITY - A FUNDAMENTAL RIGHTS RESTRICTIONS - SUPREME ELECTORAL TRIBUNAL

INTRODUÇÃO

O processo de afirmação histórica do Estado Democrático de Direito no Brasil, especialmente após a Constituição Federal de 1988, implicou a ruptura de diversos paradigmas das mais diversas áreas do Direito, especialmente daqueles campos cuja referibilidade constitucional é mais direta (por exemplo, o Direito Administrativo, o Direito Tributário e, com certeza, o Direito Eleitoral). Neste aspecto, atualmente é hegemônica a tendência de constitucionalização de diversos ramos jurídicos, sempre no sentido de conferir a mais ampla eficácia aos dispositivos constitucionais, especialmente àqueles referentes aos direitos e garantias fundamentais.

Entretanto, mesmo dentro de um cenário jurídico-constitucional que afirma como princípio fundamental o pluralismo político – inciso V do artigo 1º da Constituição Federal –, e coloca o soberano popular como o titular absoluto do poder político na República Federativa do Brasil – artigo 1º, parágrafo único da Constituição Federal -, percebe-se a inexistência de um desenvolvimento doutrinário e institucional do, talvez, mais relevante ramo da dogmática jurídica referido à operacionalidade efetiva do Estado Democrático de Direito, e que confere alguma efetividade ao princípio do pluralismo político e ao princípio democrático: o Direito Eleitoral.

E tal dificuldade decorre de diversos fatores, dentre os quais se destacam a transitoriedade das legislações eleitorais que, até pouco tempo, eram legalmente casuísticas (de tal sorte que a cada período eleitoral editava-se um novo marco regulatório específico) e a inatualidade do Código Eleitoral, Lei nº 4.737, de 15 de julho de 1965, cujo ambiente histórico de gênese está evidentemente ultrapassado, especialmente no que diz respeito ao cenário institucional onde tal legislação foi elaborada.

É dizer, o Direito Eleitoral pátrio, dentro de sua missão constitucional fundamental de regulação da democracia representativa, em sua modelagem pós-Constituição de 1988, ainda ensaia seus primeiros passos, carecendo de um arcabouço legislativo sólido e contemporâneo bem como de uma interpretação e elaboração doutrinária que busquem a construção dos seus conceitos, conteúdos e

regras sob o paradigma da efetividade da Constituição Federal, referido a um sistema coerente de princípios e regras - em especial de seus princípios, sempre ignorados ou abordados *a latere* nos poucos trabalhos doutrinários existentes -, especialmente sob o crivo dos direitos fundamentais e da máxima concretização da Democracia¹.

Esse cenário de indevida dissociação entre o Direito Eleitoral e o Direito Constitucional é preocupante. Sobretudo porque o Direito Eleitoral, ramo do direito quase desconsiderado até pouco tempo, cada vez mais tem assumido um papel de destaque no cenário jurídico brasileiro, resultando na explosão da judicialização das questões eleitorais e, via de consequência, no considerável aumento do âmbito de atuação – verdadeiramente protagonista nos dias atuais – da Justiça Eleitoral no processo democrático brasileiro (cujo exemplo maior pode ser exposto na cassação de três governadores no ano de 2009).

Questões como a verticalização das coligações partidárias, da cláusula de desempenho (conhecida popularmente como “cláusula de barreira”) para os partidos políticos, da fidelidade partidária e, mais recentemente, da discussão acerca da possibilidade de aferição da situação da “vida pregressa” de candidatos no momento da análise dos pedidos de registro de candidatura, alçaram o direito eleitoral a um papel de centralidade em nosso país, sobretudo em razão do grande destaque conferido pela mídia a esses temas.

E dada essa realidade, impõe-se o desenvolvimento de estudos acadêmicos que se dediquem a compreender o direito eleitoral a partir de uma correta leitura dos princípios constitucionais que o informam.

Transportada essa problemática especificamente para o campo das inelegibilidades, é justamente isso o que se propõe o presente estudo.

Mediante uma prévia fixação de conceitos acerca dos direitos fundamentais e das teorias sobre restrições a esses direitos, pretende-se discorrer sobre a delimitação do âmbito de incidência (suporte fático) dos direitos políticos, sua natureza e as principais características que envolvem esses direitos.

¹ Desta forma, CANOTILHO afirma que: “Da mesma forma que o princípio do Estado de direito, também o princípio democrático é um princípio jurídico-constitucional, com dimensões materiais e dimensões organizativo-procedimentais.” (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. Coimbra: Almedina, 1991, p. 413).

A partir desse ponto, analisar-se-ão as condições de elegibilidade e as inelegibilidades constitucionais à luz da teoria das restrições aos direitos fundamentais, tomando-se em especial a verificação da constitucionalidade de alguns dispositivos que regem a matéria a partir da interpretação (via de regra ampliativa e desproporcional) que a doutrina e o Tribunal Superior Eleitoral lhes conferem.

Enfim, a intenção do presente estudo não é outra senão problematizar a questão das inelegibilidades no direito brasileiro, propondo uma (re)leitura do tema a partir de uma correta pré-compreensão sobre os direitos fundamentais que balizam o arcabouço normativo que disciplina o direito eleitoral.

1 PONTO DE PARTIDA: INTRÓITO AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E ALGUMAS ESCOLHAS CONCEITUAIS

O intuito maior do presente trabalho é a sustentação de que as condições de elegibilidade e as causas de inelegibilidades – presentes no texto constitucional e infraconstitucional – se configuram verdadeiras restrições a direitos fundamentais, em destaque àqueles de primeira geração (do direito ao sufrágio passivo, do direito à elegibilidade, na abrangência dos direitos civis e políticos)², o que pode significar, a primeira vista, violação aos princípios mais caros de um Estado Democrático de Direito. Para possibilitar esta análise algumas premissas deverão ser postas de modo a alicerçar as conclusões às quais se pretende chegar ao fim do texto.

E, como não poderia ser diferente, a primeira base a ser fixada diz respeito aos direitos fundamentais, sobretudo quanto à sua conformação no direito brasileiro. Estabelecido este ponto de partida, há que se frisar, primeiramente, que, embora o tema direitos fundamentais seja dos mais vastos no que pertine aos estudos de direito constitucional, serão feitas por ora apenas notas quanto às escolhas conceituais adotadas ao longo do trabalho para que não se recaia, em momento posterior, em contradição. Assim sendo, o que se explanará sobre direitos fundamentais aqui, longe de figurar uma tese ou um estudo aprofundado, traduz opções feitas no âmbito da doutrina constitucional brasileira e internacional, até mesmo porque há múltiplas concepções teóricas atinentes ao tema.

Para melhor ilustrar o que se diz, nas palavras de Robert Alexy, “para realizar na maior medida possível a teoria dos direitos fundamentais (no sentido da teoria ideal), há que se reunir muitas teorias verdadeiras ou corretas dos direitos fundamentais”.³ Dessa forma, a despeito do melhor interesse de se pacificar de forma fiel à mais uníssona corrente doutrinária, em verdade tal desiderato mostra-se inviável neste trabalho, que possui como foco não o aprofundamento na teoria dos direitos fundamentais, mas sim a sua utilização para justificar a sustentação de que as inelegibilidades configuram restrições a estes direitos.

² BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 517.

³ ALEXY, Robert. *Colisão e ponderação como problema fundamental da dogmática dos direitos fundamentais*. Palestra proferida na Fundação Casa de Rui Barbosa, Rio de Janeiro, em 10/12/98. Trad. de Gilmar Ferreira Mendes, p. 29.

Assim, qualquer aprofundamento epistemológico em resoluções analíticas sobre o universo de teorias apreciadoras dos direitos fundamentais pode recair “em artificial adensamento”, bastando nesta locução visualizarem-se as facetas de tal temática e as suas conseqüências no plano real.⁴

Mesmo diante destas dificuldades o presente trabalho ousará traçar algumas notas acerca da teoria geral dos direitos fundamentais, uma vez que o estudo relativo às suas características básicas “não constitui tarefa meramente acadêmica e pode revelar-se importante para resolver problemas concretos”⁵, que é exatamente o que se pretende quanto às inelegibilidades.

Com efeito, o estudo que ora se propõe baseia-se em aspecto interessante do ordenamento jurídico pátrio, pois enseja a reflexão da atual conformação do tema das inelegibilidades no âmbito do direito eleitoral brasileiro, em dissabor face aos direitos fundamentais e à festejada democracia, esta em pujante desenvolvimento na República pós Constituição de 1988.⁶

Pois bem. Dito isto, não se poderia iniciar a pretendida análise sem se traçar breves notas quanto às bases teóricas e principiológicas da Constituição brasileira e do movimento constitucionalista, já que a gênese dos direitos fundamentais e do constitucionalismo se confundem.

A partir do Império as cartas brasileiras tomaram como paradigma o direito europeu em suas mais variadas concepções, especialmente das nações da Europa continental e suas constituições modernas, estas que nas palavras de José Joaquim Gomes Canotilho, compreendem uma “ordenação sistemática e racional da comunidade política através de um documento escrito no qual se declaram as liberdades e os direitos e se fixam os limites do poder político”.⁷

O mesmo autor desdobra o conceito referenciado em três pressupostos, de modo que tais constituições modernas figuram-se em “(1) ordenação jurídico-política plasmada em um documento escrito; (2) declaração, nessa carta escrita, de um conjunto de direitos fundamentais e do respectivo modo de garantia; (3) organização

⁴ GABARDO, Emerson. *Interesse Público e Subsidiariedade*. Belo Horizonte: Forum, 2009. p. 28.

⁵ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*, 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 236.

⁶ SAMPAIO, Nelson de Souza. *O Poder de Reforma Constitucional*. 3 ed. Belo Horizonte: Nova Alvorada, 1995. p. 92.

⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 52.

do poder político segundo esquemas tendentes a torná-lo um poder limitado e moderado”.⁸

Das palavras do citado constitucionalista, forçoso reconhecer que os direitos fundamentais e suas amarras de garantias são aspectos inerentes às próprias constituições modernas⁹, como no caso brasileiro. Não sem razão é que a Assembléia Constituinte fez constar no preâmbulo da Constituição de 1988 a instituição de “um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos”.¹⁰

Para que se passe a explanar especificamente quanto aos direitos fundamentais, focados em uma perspectiva brasileira, paralelamente a um contexto empírico e das inelegibilidades como restrições aos direitos fundamentais, importante pacificar o que realmente se entende por direitos fundamentais, pois somente assim poderemos entender os direitos políticos em sua essência e natureza.

Na locução do constitucionalista Jorge Miranda, “por direitos fundamentais entendemos os direitos ou as posições jurídicas subjetivas das pessoas enquanto tais, individual ou institucionalmente consideradas, assentes na Constituição, seja na Constituição formal, seja na Constituição material, donde, direitos fundamentais em sentido formal e direitos fundamentais em sentido material”.¹¹

Essa planificação dos direitos fundamentais em sentido formal e material tem interessante assente proclamado por Canotilho. Na dicção deste autor,

A fundamentalidade formal, geralmente associada à constitucionalização, assinala quatro dimensões relevantes: (1) as normas consagradoras de direitos fundamentais, enquanto normas fundamentais, são normas colocadas no grau superior da ordem jurídica; (2) como normas constitucionais encontram-se submetidas aos procedimentos agravados de revisão; (3) como normas incorporadoras de direitos fundamentais passam, muitas vezes, a constituir limites materiais da própria revisão; (4) como normas dotadas de vinculatividade imediata dos poderes públicos constituem parâmetros materiais de escolhas, decisões, ações e controlo, dos órgãos legislativos, administrativos e jurisdicionais.

A fundamentalidade material insinua que o conteúdo dos direitos fundamentais é decisivamente constitutivo das estruturas básicas do Estado e da sociedade. *Prima facie*, a

⁸ Idem.

⁹ Ibidem, p. 377.

¹⁰ BRASIL. GABINETE DA PRESIDÊNCIA. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em: 04 ago. 2010.

¹¹ MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional. Tomo IV. 2. ed.* Coimbra: Almedina, 1998. p. 7.

fundamentação material poderá parecer desnecessária perante a constitucionalização e a fundamentalidade formal a ela associada. Mas não é assim. Por um lado, a fundamentalização formal como o demonstra a tradição inglesa das *Common-Law Liberties*. Por outro lado, só a idéia de fundamentalidade material pode fornecer suporte para: (1) a abertura da constituição a outros direitos, também fundamentais; (2) a aplicação a estes direitos só materialmente constitucionais de alguns aspectos do regime jurídico inerente à fundamentalidade formal; (3) a abertura a novos direitos fundamentais. Daí o falar-se, nos sentidos (1) e (3), em *cláusula aberta* ou em *princípio da não tipicidade* dos direitos fundamentais.¹²

Konrad HESSE, ao conceituar os direitos fundamentais, coloca-os sob duas facetas, a dos direitos subjetivos e a dos “elementos fundamentais de ordem objetiva”. Quanto aos direitos subjetivos, estes, na exegese do jurista alemão, representam aqueles direitos pessoais preparados como garantias aos elementos indispensáveis à vida. Já na ótica dos direitos na ordem objetiva, têm sua proclamação em favor da coletividade.¹³

No plano doutrinário brasileiro, em concordância com José Afonso da Silva, pode-se definir a compreensão dos direitos fundamentais na perspectiva de *direitos fundamentais do homem*, até mesmo como dicção mais adequada da temática,

Porque além de referir-se a princípios que resumem a compreensão do mundo e informam a ideologia política de cada ordenamento jurídico, é reservada para designar, no nível do direito positivo, aquelas prerrogativas e instituições que ele concretiza em garantias de uma convivência digna, livre e igual de todas as pessoas. No quantitativo fundamentais acha-se a indicação de que se trata de situações jurídicas sem as quais a pessoa não se realiza, não convive e, às vezes, nem mesmo sobrevive; fundamentais do homem no sentido de que a todos, por igual, devem ser, não apenas formalmente reconhecidos, mas concreta e materialmente efetivados.¹⁴

Destarte, pode-se considerar que, em que pese a conceituação dos direitos fundamentais possuir inúmeras facetas, principalmente no que se refere às características mais específicas, em critérios de classificações e elementos, ao menos em alguns pontos vê-se que a doutrina não diverge, notadamente ao proclamar tais direitos como basilares do constitucionalismo e defensores do núcleo essencial de direitos e garantias do Estado de Direito. Seja no caráter subjetivo, em que emprestam garantias aos particulares, de modo a defender bens essenciais da vida perante o Estado (como garantias pessoais de votar e ser votado) ou mesmo na

¹² CANOTILHO, Joaquim Gomes. Op. cit., p. 379.

¹³ HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federativa da Alemanha*. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Fabris, 1998. p. 228.

¹⁴ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 19 ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 182.

vinculação dos particulares¹⁵, seja pelo olhar objetivo, consoante ao melhor modo de convivência em âmbito coletivo (exemplo como o sufrágio universal, em uma conotação de direitos de ordem coletiva), em pouco se pode discordar de que a positivação dos direitos fundamentais, ao menos assim nas constituições ditas modernas, dão as rédeas do Estado Democrático de Direito.

1.1 BREVE CARACTERIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Mais do que árdua, é um tanto quanto perigosa a tentativa de conceituar o que vêm a ser os direitos fundamentais de forma incidental, em um trabalho que não pretende solucionar essa questão. Todavia, após a dificuldade posta no tópico anterior e a partir de noções conceituais adotadas como premissas para os fins específicos do trabalho, a busca por um conceito de direitos fundamentais pode ser deixada de lado para que ceda lugar a outro tipo de análise sobre tais direitos.

Assim, adotar-se-á metodologia diferente da tradicional lógica de partir-se de conceitos abstratos e insuficientes, mas que se amoldem às conclusões pretendidas, ao optar-se por um ponto de vista mais analítico, fazendo-se primeiramente uma caracterização dos direitos fundamentais, para que então se possa analisar os direitos políticos enquanto espécie daqueles direitos. Tal forma de proceder pode ser, inclusive, qualitativamente superior àquela baseada na busca de um conceito fechado do que viriam a ser direitos fundamentais.

O catálogo de direitos fundamentais vem-se avolumando, conforme as exigências específicas de cada momento histórico. A classe dos direitos que são considerados fundamentais não tende à homogeneidade, o que dificulta uma conceituação material ampla e vantajosa que alcance todos eles. Tampouco a própria estrutura normativa dos diversos direitos fundamentais não é coincidente em todos os casos. Descobrir características básicas dos direitos fundamentais, contudo, não constitui tarefa meramente acadêmica e pode revelar-se importante para resolver problemas concretos. O esforço é necessário para identificar direitos fundamentais implícitos ou fora do catálogo expresso da Constituição.¹⁶

Como primeira característica dos direitos fundamentais fala-se na sua *historicidade*. A todo tempo são criados *direitos* em determinado contexto histórico e

¹⁵ STEINMETZ, Wilson. *A Vinculação dos Particulares a Direitos Fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 94.

¹⁶ MENDES, Gilmar Ferreira. Op. cit., p. 236.

geográfico, com peculiaridades próprias, em resposta a demandas específicas, e uma vez positivadas na Constituição, em alguns casos – em um processo histórico de duração imprevisível – se tornam, de fato, direitos fundamentais, como tradução de uma escolha política do legislador.

Como nota referente a esta historicidade, pode-se apontar, conforme explica Wilson Steinmetz, uma tendência histórica de ampliação dos direitos fundamentais sob diversos *planos*: plano dos titulares, plano da espacialidade e plano do âmbito de proteção.¹⁷ Portanto, os direitos fundamentais são uma criação de todo um contexto histórico-cultural da sociedade em constante mudança, que acaba por refletir, no plano do direito, mudanças na relação entre o Estado e a sociedade. Tanto é que a história dos direitos fundamentais das três gerações (classificação muito discutida pela doutrina), a saber, direitos individuais, direitos sociais e direitos difusos (sobre o que se retomará adiante), reflete a própria história da liberdade moderna, da separação e limitação dos poderes e da criação de mecanismos que auxiliam o homem a concretizar valores. Deste modo, tem-se que a primeira grande característica dos direitos fundamentais é que se tratam de direitos históricos, surgidos gradualmente em certas circunstâncias, marcadas pela luta em defesa de novas liberdades.

Esta característica se demonstra especialmente importante quando se analisam os direitos políticos, como no presente estudo, eis que tais direitos somente podem ser entendidos em sua plenitude ao se analisar o contexto histórico em que se apresentam.

São os direitos fundamentais, também, *universais* e *concorrentes*, vale dizer: ao passo que a titularidade desses direitos está pulverizada por todos os sujeitos de direito, independente de serem ou não brasileiros, de sexo, de classe e etc., podem seus titulares acumular direitos fundamentais e, ocorrendo concorrência de direitos entre seus destinatários, devem todos os sujeitos receber proteção jurídica de mesmo porte.¹⁸

Kildare Gonçalves Carvalho, ao enumerar os caracteres dos direitos humanos fundamentais faz singelos, mas importantes, apontamentos sobre a *interdependência* desses direitos, afirmando que “a interdependência significa que,

¹⁷ STEINMETZ, Wilson. Op. cit. p. 94.

¹⁸ ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Curso de direito constitucional*, 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 143-148.

considerados em espécie, determinado direito fundamental não alcança a eficácia plena sem a realização simultânea de alguns ou de todos os outros direitos humanos”.¹⁹

Mas, ainda que interdependentes, há que se sublinhar o fato de que os direitos fundamentais são dotados de *independência e prevalência*.

Talvez como medida de proteção contra o alto grau de insinceridade do legislador, o constituinte brasileiro, ao lado da prevalência dos direitos fundamentais, tenha buscado assegurar a sua independência (conceito correlato) em relação ao Legislativo, ao próprio Judiciário e ao Executivo. Se lermos com atenção o §1º do art. 5º da CF, veremos que exige o constituinte “aplicação imediata” das normas garantidoras de direitos e garantias fundamentais. Ou seja, estas não podem ter sua aplicação retardada por inexistência de lei ou qualquer outro ato normativo.²⁰

Sobre a prevalência dos direitos fundamentais, Vieira perfeitamente sintetiza a questão, destacando que o reconhecimento pela Constituição de um direito fundamental como tal tem como efeito “colocá-lo no topo da hierarquia das escolhas públicas”.²¹ Por essa razão, essa prevalência dos direitos fundamentais traduz-se em uma supremacia dos mesmos perante a lei (e atos normativos de uma forma geral). E isso nos remete a outra discussão.

Trata-se da proteção dos direitos fundamentais, no direito constitucional brasileiro, como verdadeiras cláusulas pétreas, inalteráveis pelo poder constituinte reformador em prol de uma imutabilidade garantidora da Constituição.

O art. 60, § 4º, inciso IV, da Constituição de 1988, dispõe que não será objeto de deliberação a proposta de emenda à Constituição tendente a abolir os direitos e garantias individuais. São os direitos fundamentais, portanto, verdadeiros limites materiais ao poder reformador, em relação às escolhas políticas feitas pelo poder constituinte originário.

O professor Luís Roberto Barroso sustenta que as cláusulas pétreas existem precipuamente para proteger a essência da identidade original da Constituição, o núcleo de decisões políticas e de valores fundamentais que justificaram a sua criação.²²

¹⁹ CARVALHO, Kildare Gonçalves. *Direito Constitucional. Teoria do Estado e da Constituição. Direitos Constitucional Positivo*. 15ª edição. Belo Horizonte: Del Rey, 2009. p. 696.

²⁰ VIEIRA, Oscar Vilhena. *Direitos fundamentais: uma leitura da jurisprudência do STF*. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 50.

²¹ *Ibidem*. p. 47.

²² BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 159.

Alguns autores apontam a *autogeneratividade* como característica marcante dos direitos fundamentais. Eles seriam, nessa esteira, *supra constitucionais*, não necessitando de positivação para a real existência, constituindo verdadeiros fundamentos constitucionais. Isso implica dizer que tais direitos possuem a sua própria linhagem, natureza e essência, aspecto tipicamente jusnaturalista, ainda que não reconheçam tais autores tais direitos como incluídos nessa condição.

Nesse sentido, os direitos fundamentais ostentam a característica de configurarem a própria razão de ser da Constituição, constituindo-se entre seus elementos fundantes, ao passo que a Constituição existe para protegê-los.

A esse respeito, pode-se invocar a doutrina de José Joaquim Gomes Canotilho, segundo o qual:

...a positivação constitucional não significa que os direitos fundamentais deixem de ser elementos constitutivos da legitimidade constitucional, e, por conseguinte, elementos legitimativo-fundamentantes da própria ordem jurídico-constitucional positiva, nem que a simples positivação jurídico-constitucional os torne, só por si, “realidades jurídicas efectivas”.²³

Três outras características dos direitos fundamentais são precisamente destacadas por José Afonso da Silva, quais sejam: a inalienabilidade, a irrenunciabilidade e a imprescritibilidade.²⁴

A *inalienabilidade* dos direitos fundamentais estaria ligada ao fato de serem tais direitos inegociáveis e intransferíveis de uma forma geral, eis que indisponíveis e não dotados de conteúdo econômico-patrimonial. Ligada à idéia de inalienabilidade, temos a *irrenunciabilidade* dos direitos fundamentais, pois, ainda que por vezes possam não ser exercidos, “não se admite que sejam renunciados”.²⁵

Outrossim, é da própria lógica de garantismo da Constituição de 1988 que os direitos fundamentais possam ser sempre exigíveis. Por essa razão, diz-se que são os direitos fundamentais *imprescritíveis*, isto é, sua exigibilidade não se esvai com o decurso do tempo, não sendo afetados pela prescrição.

Nessa seara, mostram-se oportunos alguns apontamentos sobre outras duas características dos direitos fundamentais, comumente identificáveis: *efetividade* e *inviolabilidade*.

²³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Op. cit., p. 378.

²⁴ SILVA, José Afonso da. Op. cit., p. 181.

²⁵ SILVA, José Afonso da. Op. cit., p. 181.

No que pertine à inviolabilidade dos direitos fundamentais, diz-se que sob pena de responsabilização civil, penal ou administrativa, não podem ser desrespeitados por outrem, seja por uma autoridade, seja por uma lei infraconstitucional.

Neste ponto vale lembrar que a nossa Constituição reconhece alguns direitos *quando os garante*, como por exemplo, ao positivizar que "é assegurado o direito de resposta" (art. 5º, V), ou "é garantido o direito de propriedade" (art. 5º, XXII). Outras vezes, entretanto, garantias são enunciadas pela inviolabilidade do *elemento assecuratório*, como em "a casa é asilo inviolável do indivíduo" (art. 5º, XI), "é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas" (art. 5º, XII).

Como se viu anteriormente, reconhece-se como direitos fundamentais o núcleo de direitos e garantias individuais e coletivas assegurado pela ordem constitucional de um Estado Democrático de Direito aos seus cidadãos e, além disso, a Constituição da República, em seu art. 5º, §1º, consagra aos direitos fundamentais aplicabilidade imediata, do que resulta dizer que as normas constitucionais que os veiculam geram efeitos jurídicos independentemente de uma concretização por parte do legislador infraconstitucional.

Insta ressaltar que cada direito fundamental, pensando-os de forma separada, tem a sua inviolabilidade e a sua efetividade e eficácia peculiar e, em razão disso, merecerão os direitos políticos (cerne da discussão aqui posta) um tratamento mais aprofundado no capítulo oportuno.

Ademais, ao se falar em efetividade, tem que se ter em mente o dever do Poder Público em atuar para garantir a concretização dos direitos e garantias fundamentais. De tal modo, a norma que prevê o direito fundamental deve possuir tanto um caráter norteador das ações estatais como fundamentar a atuação do Estado e dos próprios particulares (eficácia horizontal), pois o limite de exercício e efetividade de seus direitos é o respeito aos direitos fundamentais dos demais indivíduos.

Ademais, poder-se-ia fechar essa caracterização geral dos direitos fundamentais com uma breve explanação sobre a sua *relatividade* ou *limitabilidade*, entretanto, pelo protagonismo que tal discussão possui no presente trabalho, tratar-se-á adiante, em tópico próprio, o sistema de restrições/limitações aos direitos fundamentais com maior profundidade.

Ainda a respeito desta brevíssima caracterização geral dos direitos fundamentais, Luiz Alberto David Araújo e Vidal Serrano Nunes Júnior lecionam sobre as *características extrínsecas* destes direitos, que estariam relacionadas ao regime jurídico peculiar de proteção que os envolve. Sobre tal regime, assim escrevem

Esse regime poderia ser assim resumido: I – rigidez constitucional, visto que suas normas clausuladas na Constituição Federal submetem-se a um processo mais gravoso de modificação, além de inocularem no sistema um dever de compatibilidade vertical de todas as normas infraconstitucionais; II – direitos e garantias individuais clausulados em normas pétreas, conforme o disposto no art. 60, § 4º, IV, da Constituição Federal, o que torna essa espécie de Direitos Fundamentais impermeável mesmo a eventuais reformas da Constituição; III – indicação de aplicabilidade imediata de seus preceitos, consoante o disposto no art. 5º, § 1º, da Constituição Federal.²⁶

Importante a transcrição de tal lição uma vez que já se falou anteriormente sobre a proteção dos direitos fundamentais como cláusulas pétreas do texto constitucional brasileiro, sobre a aplicabilidade imediata dos preceitos que os prevêm, e sobre sua posição de prevalência em relação às normas infraconstitucionais. Deste modo, traçou-se, ainda que com brevidade, um perfil do regime jurídico de proteção dos direitos fundamentais, pois muito interessa ao presente trabalho a compreensão da forma de tutela destes direitos adotada pelo constituinte.

Ainda na tentativa de se alocar aqui algumas outras características dos direitos fundamentais, importante destacar a sua *dupla dimensão*, isto é, tratam-se de direitos dotados de uma dimensão objetiva e de uma dimensão subjetiva. André Rufino do Vale bem elucida como se configura essa duplicidade de perspectivas dos direitos fundamentais:

A dimensão subjetiva reflete o indivíduo como a razão de ser dos direitos fundamentais, seu titular primordial, tendo em vista seus interesses, sua personalidade. Assim sendo, uma fundamentação subjetiva 'refere-se ao significado ou relevância da norma consagradora de um direito fundamental para o indivíduo, para os seus interesses, para sua situação de vida, para a sua liberdade.

...

Por outra perspectiva, a dimensão objetiva traduz-se na fundamentação dos direitos fundamentais como valores, regras ou princípios possuidores de validade objetiva, absoluta e universal, independentemente da experiência dos indivíduos. Com esse entendimento, normas de direitos fundamentais prescrevem deveres objetivos de forma a não se referirem a qualquer titular em concreto. Os direitos fundamentais, nesse sentido, representam

²⁶ ARAUJO, Luiz Alberto David. Op.cit., p. 142.

princípios que irradiam por todo o ordenamento jurídico, influenciado em todos os seus âmbitos.²⁷

A perspectiva objetiva, portanto, traduz-se na conformação de uma dimensão axiológica dos direitos fundamentais, como expressão de uma ordem de valores objetivos fundamentais da comunidade. Sinteticamente falando, os direitos fundamentais, em sua dimensão objetiva, revelam os princípios básicos da ordem constitucional, participando da essência do Estado de Direito democrático, operando como limite do poder e como diretriz para sua ação.²⁸

Como todo o trabalho desenvolver-se-á no diálogo entre os direitos políticos como direitos fundamentais e a Constituição, importante a doutrina do constitucionalista português José Carlos Vieira de Andrade, para quem

...importa salientar aquele que é talvez o aspecto mais significativo da influência do factor democrático, porque modifica o próprio sentido dos direitos fundamentais – ao lado de uma dimensão *subjectiva*, tende agora a reconhecer-se-lhes uma dimensão *objectiva*. Até aqui, os direitos fundamentais eram posições do indivíduo perante e contra o Estado, destinados a salvaguardar uma esfera de autonomia, que correspondia, afinal, à autonomia liberal da própria sociedade em face do Estado. Porém ao valorizar-se um certo sistema de organização da vida política e de legitimação do poder, os direitos fundamentais, e, em particular, a igualdade de todos no uso e fruição desses direitos, passaram a estar intimamente ligados à forma de governo. A democracia torna-se, nesse contexto, numa *condição* e numa *garantia* dos direitos fundamentais e, em geral, da própria liberdade do homem.²⁹

A dimensão subjetiva, como visto, representa o próprio reconhecimento do indivíduo como titular dos direitos fundamentais e a caracterização desses como essenciais à preservação da vida, liberdade e dignidade dos cidadãos.

Expostas essas noções iniciais quanto à caracterização dos direitos fundamentais, necessárias para uma boa análise dos direitos políticos considerados como direitos fundamentais, como o destaque necessário ao papel no Estado Democrático de Direito, passe-se a trazer uma brevíssima análise sobre propostas de classificação dos direitos fundamentais antes de se adentrar ao foco central do trabalho.

²⁷ VALE, André Rufino do. *Eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2004, p. 77-78.

²⁸ MENDES, Gilmar Ferreira. Op. cit., p. 256.

²⁹ ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. Coimbra: Almedina, 1998, p. 47.

1.2 PROPOSTAS DE CLASSIFICAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

A fim de melhor subsidiar a análise dos direitos políticos como direitos fundamentais e as restrições a ele impostas, insta tecer breves comentários acerca da classificação dos direitos fundamentais, de modo a possibilitar uma ótica adequada e contextualizada destes direitos.

Como não poderia ser diferente, cita-se aqui a classificação doutrinária mais recorrente, qual seja, aquela que indica a existência de três *gerações* das declarações dos direitos fundamentais. Os direitos de primeira geração seriam os ditos *clássicos* direitos e liberdades individuais, direitos da pessoa humana em relação ao Estado. Além das características anteriormente trabalhadas, esses direitos seriam marcados por uma obrigação de *não-fazer* (prestação negativa) por parte do Estado, englobando os direitos civis e políticos, compreendidos nas liberdades clássicas (liberdade, propriedade, vida e segurança). Essa geração de direitos, portanto, tem como principal objetivo proteger a pessoa das arbitrariedades praticadas pelo Estado, daí seu reconhecimento como direitos de proteção.

Em se tratando de direitos da dita segunda geração, tem-se os chamados direitos sociais, correspondendo aos direitos econômicos, sociais e culturais. Ao contrário da primeira dimensão, estariam ligados à idéia de um fazer estatal (prestação positiva) em benefício do cidadão, agir esse motivado e orientado para atendimento de ditames constitucionais como a justiça social.

No que tange aos direitos de terceira geração, as expressões utilizadas são as mais diversas, destacando aquelas que os identificam como direitos coletivos, ou direitos de solidariedade e fraternidade. Superada a idéia de proteção estatal meramente ao cidadão de forma isolada, esses direitos impõem ao Estado a obrigação de zelar pela coletividade, como ao proteger o meio ambiente, a autodeterminação dos povos, o consumidor, a criança, o idoso e etc.

Todavia, são mais do que conhecidas as críticas à expressão “gerações” por acenar para uma falsa compreensão de que a revelação de determinado grupo de direitos fundamentais viria para substituir o precedente. Caso se adotasse esse tipo de entendimento, por exemplo, o surgimento dos direitos sociais enterrariam os direitos individuais anteriormente reconhecidos.³⁰

³⁰ DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria Geral dos Direitos Fundamentais*. São Paulo:

Alguns constitucionalistas, como Paulo Bonavides³¹, preferem a expressão *dimensões* das declarações dos direitos àquela de *gerações* das declarações dos direitos, procurando sugerir não a idéia de superação de uma geração das declarações dos direitos por outra, mas sim um aprimoramento e complementação das declarações dos direitos, sendo que cada nova dimensão preserva e, ao mesmo passo, enriquece e amplia as conquistas das dimensões anteriores.

Todavia, ainda que se adote o termo *dimensões*, as críticas a essa divisão em categorias permanece. Quando adotada essa classificação, Ingo Sarlet aponta para um certo abandono do ponto principal dos direitos (princípios) fundamentais, a dignidade da pessoa humana:

Os direitos da primeira, da segunda e da terceira dimensões (assim como os da quarta, se optarmos pelo seu reconhecimento), consoante lição já habitual na doutrina, gravitam em torno dos três postulados básicos da Revolução Francesa, quais sejam, a liberdade, a igualdade e a fraternidade, que, considerados individualmente, correspondem às diferentes dimensões. Todavia, tenho para mim que esta tríade queda incompleta em não se fazendo a devida referência ao mais fundamental dos direitos, isto é, à vida e ao princípio fundamental da dignidade da pessoa humana.³²

Sem embargo da crítica tecida pelo autor, parece mais adequado compreender que, dado o seu caráter de centralidade no campo dos direitos fundamentais, a proteção à vida e à dignidade da pessoa humana, antes de não estarem referidas na classificação tríade, recebem proteção direta dessas três dimensões dos direitos fundamentais.

Por exemplo, a própria proteção do cidadão às arbitrariedades estatais (preservação da propriedade - primeira dimensão), a consecução de ações sociais previstas no texto constitucional (direito à saúde, segurança, proteção aos direitos políticos, etc. - segunda dimensão) e a garantia de interesses de uma dada coletividade (proteção à criança e ao adolescente - terceira dimensão), representam, em maior ou menor grau, inequívoca salvaguarda à vida e à dignidade da pessoa humana.

De outra parte, em se tratando de texto constitucional, com arrimo em José Afonso da Silva, podemos classificar os direitos fundamentais em seis grupos: direitos individuais (art. 5º); direitos à nacionalidade (art. 12), direitos coletivos (art.

Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 34-35.

³¹ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 1998, et. al.

³² SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 66.

5º); direitos sociais (arts. 6º e 193 e seguintes); direitos solidários (art. 3º e 225) e os direitos políticos (arts. 14 a 17).³³

Os direitos individuais fundamentais seriam os atinentes à vida, liberdade, igualdade, propriedade, segurança; os direitos sociais se ligam à idéia de direitos garantidores do trabalho, saúde, educação, lazer e etc.; os direitos econômicos abarcam as previsões de proteção ao consumidor, ao pleno emprego, ao meio ambiente; e os direitos políticos como as formas de concretização do princípio da soberania popular.

Outra classificação que se encontra com freqüência na doutrina é aquela decorrente da chamada “Teoria dos quatro status de Jellinek”, quais sejam, o *status* passivo ou *subiectiones*, o *status* negativo ou *libertatis*, o *status* positivo ou *libertatis* e o *status activae* civitatis ou de cidadania ativa. Ao primeiro correspondem os deveres do indivíduo perante o Estado, decorrente de sua relação de submissão. Já os demais *status* correspondem a direitos. Segundo esta classificação os direitos fundamentais são divididos em (i) direitos de defesa, que decorrem da esfera individual de liberdade do indivíduo, (ii) direitos a prestação (subdivididos por Gilmar Ferreira Mendes em direitos de prestação jurídica e direitos de prestações materiais), que garantem ao cidadão pretensões a atividade do Estado e (iii) direitos de participação, abrangendo o direito do indivíduo de participar do Estado e da formação da vontade estatal, correspondendo aos aqui tratados direitos políticos.

Quanto a esta classificação Gilmar Mendes nos lembra que

É preciso registrar a existência de disceptação doutrinária. Tanto Canotilho como Alexy situam os diversos direitos políticos, conforme as suas características, entre os direitos de participação ou entre os de defesa. Com isso, não cogitam dos direitos de participação como um terceiro grupo de direitos fundamentais. Mesmo quem adota essa terceira categoria não nega que esses direitos de participação possuem “características mistas de direitos de defesa e direitos a prestação”.³⁴

Jorge Miranda anota que tal discrepância doutrinária decorre da divisão mais simples que parte da doutrina faz de liberdade em civil e política. Segundo o constitucionalista lusitano

A liberdade civil abrange os direitos das pessoas no seio da sociedade civil. A liberdade política compreende todos os pertinentes à relação com o Estado-poder, sejam direitos de participação *stricto sensu* ou direitos políticos, sejam quaisquer liberdades enquanto exercidas ou projectadas a vida política (liberdade de opinião e expressão política, liberdade

³³ SILVA, José Afonso da. Op. cit., p. 184.

³⁴ MENDES, Gilmar. Op. Cit., p. 265.

de formação de partidos e associações políticas, liberdade de reunião e manifestação política.)³⁵

As classificações doutrinárias não se esgotam por aí. Ademais, novas espécies, por assim dizer, foram sendo acrescentadas às divisões iniciais, destacando-se a desenvolvida por Paulo Bonavides, para quem o direito à democracia (direta), o direito à informação e o direito ao pluralismo comporiam uma quarta geração dos direitos fundamentais, "compendiando o futuro da cidadania e o porvir da liberdade de todos os povos" e, somente assim, tornando legítima e possível a tão temerária globalização política.³⁶

José Tarcízio de Almeida Melo trabalha com a lógica de que (i) a política só é democrática quando o povo pode participar do poder, e (ii) só quando há liberdade é que há democracia.³⁷

Assim, outra premissa-chave que se deve delinear para o transcorrer do trabalho, e que merecerá tratamento em capítulo separado, diz respeito à conformação dos direitos políticos enquanto direitos fundamentais. Falar apenas que os direitos políticos são *espécie* do *gênero* direitos fundamentais não bastaria para dar o arrimo necessário que demandarão as conclusões as quais se pretende chegar.

Por essa razão, só a partir uma compreensão dos direitos políticos como detentores das garantias e aplicabilidade que possuem os direitos fundamentais em sua plenitude é que se poderá fundamentar que o sistema de inelegibilidades no direito brasileiro revela uma verdadeira restrição a direitos fundamentais. Sobretudo se encararmos os direitos políticos como o pilar de sustentação maior de todos os demais direitos fundamentais.

Ora, se o §1º do artigo 1º da Constituição Federal de 1988 prescreve que "Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição", e se é por meio dos representantes eleitos que se elaboram as normas que efetivam os mandamentos constitucionais trazidos nos direitos fundamentais e se implementam as políticas públicas aptas a concretizar os fins previstos pelo constituinte, certo é que os direitos políticos – sobretudo o

³⁵ MIRANDA, Jorge. Op. cit., p. 87.

³⁶ BONAVIDES, Paulo. Op. cit., p. 524-525

³⁷ MELO, José Tarcízio de Almeida. *Direito Constitucional do Brasil*. Belo Horizonte: Del Rey: 2008, p. 463.

direito ao sufrágio ativo e passivo – assumem papel de centralidade no Estado Democrático de Direito brasileiro.

De todo modo, retome-se a obra de José Afonso da Silva para lembrar que mesmo os direitos políticos, enquanto direitos fundamentais, comportam uma classificação própria, estando de um lado os chamados direitos políticos positivos, e de outro os direitos políticos negativos, esses identificados como as determinações constitucionais que importem em privar o cidadão do direito subjetivo de participação no processo político³⁸, e aqueles como sendo os que asseguram o referido direito subjetivo de participação no processo político e nos órgãos governamentais.³⁹

Como referencial teórico primordial, tem-se que a compreensão do debate acerca das inelegibilidades se dá precisamente no âmbito dos direitos (fundamentais) políticos negativos como um eixo de ponderação com o direito político positivo que é direito de ser votado. Assim, democracia, direitos fundamentais, (in)elegibilidades, serão recorrentes temáticas ao longo do trabalho, cuja pretensão maior, embora não resolutiva, será a de identificar um problema mais que conceitual, verdadeiramente fundante do Estado Democrático de Direito.

1.3 O ÂMBITO DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS – SUPORTE FÁTICO AMPLO X SUPORTE FÁTICO RESTRITO

Será necessário, para o decorrer do presente estudo, certo domínio sobre as noções quanto ao *âmbito de proteção* dos direitos fundamentais, para que se possa compreender, reflexamente, a lógica da restrição de direitos fundamentais e como isso se traduzirá em se tratando do sistema de elegibilidades no direito brasileiro. A afirmação que a exata delimitação do âmbito de proteção de um direito fundamental se constitui sua primeira restrição demonstra a extrema importância destas noções para o desenvolvimento do estudo.

Com efeito, somente será possível tratar-se no capítulo adequado sobre as condições de elegibilidade e causas de inelegibilidade como verdadeiras restrições aos direitos políticos se estivermos suficientemente embasados em uma das teorias que agora passaremos a tratar sobre o âmbito de proteção de tais direitos. Trata-se,

³⁸ SILVA, José Afonso da. Op. cit., p. 382.

³⁹ SILVA, José Afonso da. Op. cit., p. 382.

pois, de exposição primordial e escolha conceitual imprescindível para o bom desenvolvimento do tema.

Canotilho descreve o âmbito de proteção dos direitos fundamentais como “os ‘âmbitos da vida’ (‘os domínios da realidade’) abrangidos ou compreendidos pelos direitos fundamentais”. Prossegue o autor explicando que

Os direitos fundamentais têm como referente (“referem-se”, “dizem respeito a”) determinados sectores (âmbitos, domínios) da realidade social. É fácil compreender esta idéia: o direito à vida tem como referente a vida humana; liberdade de criação artística refere-se à arte; o direito à inviolabilidade de domicílio e de correspondência diz respeito ao domicílio (“habitação”, “casa”) e à comunicação (escrita, oral, telefônica, internética). Ao articularmos um direito fundamental com determinado âmbito da realidade social estamos a “descrever”, em termos materiais, o âmbito de proteção de um direito fundamental.⁴⁰

A delimitação do âmbito de proteção se baseia na identificação do suporte fático dos direitos fundamentais, que, no que nos interessa aqui, será feita a partir dos conceitos de suporte fático amplo e de suporte fático restrito.

Restrito será o suporte fático que, de antemão, exclui determinadas ações que em tese poderiam estar inseridas no âmbito temático da norma de direito fundamental, de modo que tais situações deixem de ser objeto de proteção.⁴¹

Nesse caso, o contorno do conteúdo dos direitos fundamentais sempre será interpretado de forma restrita, fazendo com em quase todas as hipóteses em que se verifique ofensa a esse conteúdo seja reconhecida uma inconstitucionalidade. O espaço para ponderações é quase nenhum, pelo que os direitos fundamentais assumem aqui uma feição semelhante à de regras, aplicando-se de acordo com o método da subsunção.

Após devidamente delimitado daquilo que efetivamente esteja inserido no (restrito) âmbito de proteção de um determinado direito fundamental, sempre que se verificar uma violação a esse conteúdo restará configurada uma inconstitucionalidade.

Percebe-se claramente que a dificuldade para esta teoria está em fundamentar o que deve ou não estar incluído no âmbito de proteção de um direito fundamental.

⁴⁰ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Op. cit. p. 448-449.

⁴¹ SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 69. Cabe ressaltar outras classificações mencionadas pelo autor como a prioridade das liberdades básicas, de John Rawls, e o âmbito da norma e especificidade, de Friedrich Müller.

De outro vértice, na teoria que preconiza um suporte fático amplo todas as situações que podem ser albergadas no âmbito temático de um direito fundamental estão, ao menos *prima facie*, protegidas. Não há exclusão inicial, sendo que somente na análise do caso concreto é que o conteúdo de cada direito restará delimitado.

Há um claro deslocamento no momento em que se promove a delimitação do contorno dos direitos fundamentais. No caso do suporte fático restrito, essa delimitação se pratica a priori, ainda quando da análise dos direitos abstratamente. No suporte fático amplo, os direitos fundamentais assumem caráter de princípios e somente após a análise do caso concreto, após a aplicação do método de ponderação, é que o conteúdo restará delimitado.

Nesse último caso a questão nuclear não está propriamente na definição do âmbito de proteção, mas sim na argumentação sobre a delimitação a partir de uma concepção constitucional das intervenções.⁴²

Daí porque ser possível falar que, para a teoria que admite um suporte fático restrito, o conteúdo dos direitos fundamentais será absoluto, independentemente do caso concreto. Não há diferenciação entre o direito *prima facie* e o direito definitivo. Ao passo que na teoria ampliativa, o conteúdo será sempre relativo, e sua modulação só se dará após a análise de cada caso, de modo que o direito *prima facie* mostra-se o mais amplo possível, devendo o direito definitivo amoldar-se ao caso concreto.

Nesse sentido, Robert Alexy:

Uma teoria ampla do suporte fático é uma teoria que inclui no âmbito de proteção de cada princípio de direito fundamental tudo aquilo que milite em favor de sua proteção. A forma pela qual tanto essa inclusão no âmbito de proteção quanto a inclusão no suporte fático pode variar muito. Nesse sentido, a teoria ampla contém um feixe de regras que se referem às diferentes formas dessa inclusão. (1) tudo aquilo que apresentar uma característica que – considerada isoladamente – seja suficiente para a subsunção ao suporte fático é considerado como típico, não importa que outras características estiverem presentes. (2) no campo semântico dos conceitos de suporte fático devem ser adotadas interpretações amplas.⁴³

Diversas são as críticas à teoria ampla do suporte fático. Diz-se que ela traria uma proteção constitucional excessiva ou, caso quisesse manter um grau

⁴² SILVA, Virgílio Afonso da. Op. cit. p. 94..

⁴³ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 322.

adequado de direitos fundamentais, não levaria a sério a vinculação à constituição. Ademais, seria ela desonesta porque eliminaria restrições e causaria falsas ilusões ao jurisdicionado.⁴⁴

Todavia, em contrapartida não se pode negar que a teoria ampla admite maior proteção aos direitos fundamentais, na medida em que possibilita a adequação de seu âmbito de proteção de acordo com cada caso concreto.

Feitas essas observações, é importante que, desde logo, se destaque que no presente trabalho será adotada, aceitando-se a idéia de Alexy⁴⁵, uma teorização atinente ao suporte fático amplo dos direitos fundamentais, eis que tendente a abranger um maior número de condutas no âmbito de proteção desses direitos.⁴⁶

Todo o trabalho, como dito, desenvolver-se-á a partir de uma perspectiva de delimitação dos direitos políticos como direitos fundamentais. E as escolhas conceituais feitas ao longo da pesquisa, levam-nos a afirmar que direitos fundamentais têm, de fato, um *suporte fático amplo*. Para Virgílio Afonso da Silva, isso implica dizer que

(a) O âmbito de proteção desses direitos deve ser interpretado da forma mais ampla possível, o que significa dizer que qualquer ação, fato, estado ou posição jurídica que, isoladamente considerado, possa ser subsumido no "âmbito temático" de um direito fundamental, deve ser considerado como por ele *prima facie* protegido. Isso implica, necessariamente, uma rejeição a exclusões a priori de condutas desse âmbito de proteção;

(b) Também o conceito de intervenção estatal nos direitos fundamentais faz parte do suporte fático. Por isso, por se tratar de um modelo baseado em um suporte fático amplo, o conceito de intervenção também deverá ser interpretado de forma ampla. Isso implica, entre outras coisas, a rejeição de teorias que defendem que meras regulamentações no âmbito dos direitos fundamentais não constituem restrições.⁴⁷

Portanto, há evidente interesse quanto ao conceito de suporte fático para o tema das restrições a direitos fundamentais, precipuamente ao se indagar se determinado ato ou fato estaria protegido por determinada norma garantidora de

⁴⁴ Ibidem, p. 324.

⁴⁵ Segundo Alexy "os conceitos de âmbito de proteção e suporte fático devem ser definidos de forma diversa, dependendo da espécie de norma de direito fundamental de que se trate. Mas há algo em comum entre suas diferentes formulações quando ambos são utilizados – como ocorre aqui – como contraparte ao conceito de restrição: eles dizem respeito àquilo que a norma de direito fundamental garante *prima facie*, ou seja, sem levar em consideração possíveis restrições." Op. cit. p. 302.

⁴⁶ SILVA, Virgílio Afonso da. Op. cit. p. 67-94

⁴⁷ SILVA, Virgílio Afonso da. O Conteúdo Essencial dos Direitos Fundamentais e a Eficácia das Normas Constitucionais. In: *Revista de Direito do Estado* n. 4, Rio de Janeiro: FGV, 2006, p. 24-25.

direito fundamental, ou mesmo se determinada conduta do Estado configuraria ou não uma intervenção no âmbito de proteção de um direito fundamental.

Ora, a própria compreensão quanto a determinado direito fundamental ter por destinatário o Estado, o particular, ou ambos, reside justamente na interpretação da norma que o prevê a partir do seu suporte fático.

Nesse sentido, a aceitação de um suporte fático amplo dos direitos fundamentais e a adoção da *teoria externa* quanto a restrições desses direitos - segundo a qual o direito fundamental nasceria em sua forma plena e depois, efetivamente, sofreria restrição⁴⁸ - implica, diversas vezes, na possibilidade de sacrifício de uma posição jurídica fundamental em detrimento de outra. Todavia, a problematização quanto à restrição a direitos fundamentais será tratada com maior cautela em outro momento.

No entanto, há que se destacar que a linha a ser seguida, ao passo que dilata o âmbito de proteção dos direitos fundamentais e considera toda e qualquer regulamentação como restrição a esses direitos, ainda que potencialmente, traz à tona importante premissa: direitos fundamentais são restringíveis, mas também impõem um pesado ônus argumentativo àquele responsável pela restrição.

Não raro, a definição do âmbito de proteção de certo direito depende de uma interpretação sistemática, abrangente de outros direitos e disposições constitucionais. Muitas vezes, a definição do âmbito de proteção somente há de ser obtida em confronto com eventual restrição a esse direito. Não obstante, com o propósito de lograr uma sistematização, pode-se afirmar que a definição do âmbito de proteção exige a análise da norma constitucional garantidora de direitos, tendo em vista: a) a identificação dos bens jurídicos protegidos e a amplitude dessa proteção (âmbito de proteção da norma); b) a verificação das possíveis restrições contempladas, expressamente, na Constituição (expressa restrição constitucional) e identificação das reservas legais de índole restritiva.⁴⁹

Frise-se, por fim, que a amplitude da proteção dos direitos fundamentais não significa dizer que se tratam aqueles direitos de *direitos absolutos*, mas sim de direitos protegidos *prima facie* e que, via de regra, sofrerão restrições, principalmente àquelas decorrentes da colisão entre direitos fundamentais que se contrapõem.

E é justamente neste contexto que se desenvolverá a análise das condições de elegibilidade e das causas de inelegibilidades como restrições aos direitos

⁴⁸ ALEXY, Robert. Op. cit.. p. 277.

⁴⁹ MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p.14.

políticos, eis que limitam o acesso à participação no certame aos cidadãos que, *a priori*, são detentores do direito político negativo.

1.4 DIREITOS FUNDAMENTAIS E DEMOCRACIA COMO PONTO DE APOIO À COMPREENSÃO DO CARÁTER RESTRITIVO DAS INEXIGIBILIDADES

Outra premissa essencial para a perfeita compreensão da importância e da densidade dos direitos políticos num Estado Democrático de Direito é aquela relativa ao próprio regime democrático e à sua intrínseca relação com os direitos fundamentais.

A Constituição de 1988 traz como princípio estruturante da República Federativa do Brasil, o Estado Democrático de Direito.⁵⁰ Essa escolha do constituinte originário possui afetação em toda a dinâmica jurídica e social, ensejando, para a própria sobrevivência da nação como tal, um reforçado dinamismo interdependente entre a democracia e os direitos fundamentais. Desse modo, uma sociedade que se visualize igualitária, participativa e sintonizada com a evolução histórica dos seus personagens sociais, deve garantir direitos e princípios fundamentais em apreço à ordem democrática.

Nessa toada, os direitos fundamentais expressam-se por garantias fornecidas aos cidadãos face ao Estado, como meio de proteção à liberdade e como limite ao poder estatal, ainda que não se resumam a este aspecto. Paulo Bonavides chega a afirmar que,

Os direitos fundamentais propriamente ditos são, na essência, os direitos do homem livre e isolado, direitos que possui em face do Estado. E, numa acepção estrita são unicamente os direitos da liberdade, da pessoa particular, correspondendo de um lado ao conceito do Estado burguês de Direito, referente a uma liberdade, em princípio ilimitada diante de um poder estatal de intervenção, em princípio limitado, mensurável e controlável.⁵¹

Mais do que garantir limitação estatal e, além de outros aspectos como o sufrágio universal, eleições periódicas e a participação popular em sentido amplo na dinâmica do Estado, em apreço ao entendimento de Gilmar Ferreira Mendes, considera-se democrático o Estado que viabiliza a todos os personagens sociais

⁵⁰ MENDES, Gilmar Ferreira. Op. cit. p. 148-149.

⁵¹ BONAVIDES, Paulo. Op. cit. p. 515.

direitos básicos de vivência e sobrevivência, nas concepções econômicas, culturais, dentre outros⁵². É que a mera participação política em nada pode fazer sentido sem que se saciem necessidades inafastáveis de qualquer cidadão.

Ainda, Paulo Bonavides traça em linhas certas o conceito de Estado Democrático de Direito, sem a pretensão de esgotar o conceito ou prolar a verdade suprema, é a exegese:

Em que pesem pequenas variações semânticas em torno desse núcleo essencial, entende-se como Estado Democrático de Direito a organização política em que o poder emana do povo, que o exerce diretamente ou por meio de representantes, escolhidos em eleições livres e periódicas, mediante sufrágio universal e voto direto e secreto, para o exercício de mandatos periódicos, como proclama, dentre outras, a Constituição brasileira.⁵³

Como já visto, os direitos fundamentais têm conotação basilar ao Estado de Direito. Já no que se refere ao princípio democrático, vale anotar que o papel dos direitos fundamentais é indelével. O próprio exercício da democracia advém do respeito aos direitos fundamentais, queira no que tange às garantias de participação nos direitos políticos (isso incluindo o direito ao sufrágio e a participação popular por meio de plebiscitos e referendos) ou, ainda, no que passa pelas liberdades sociais (liberdade de expressão, associação, dentre outras).⁵⁴ Nesse sentido, necessário é mais um destaque da obra do constitucionalista Joaquim Gomes Canotilho:

Mais concretamente: *os direitos fundamentais têm uma função democrática*, dado que o exercício democrático do poder (1) significa a contribuição de *todos* os cidadãos para o seu exercício (princípio-direito da igualdade e da participação política); (2) implica participação *livre* assente em importantes garantias para a liberdade desse exercício (o direito de associação, de formação de partidos, de liberdade de expressão, são, por ex., direitos constitutivos do próprio princípio democrático); (3) coenvolve a abertura do processo político no sentido da criação dos direitos sociais, econômicos e culturais, constitutivos de uma democracia econômica, social e cultural. Realce-se esta dinâmica dialética entre os direitos fundamentais e o princípio democrático. Ao pressupor a participação igual dos cidadãos, o princípio democrático entrelaça-se com direitos subjectivos de *participação* e *associação*, que se tornam, assim, fundamentos funcionais da democracia. Por sua vez, os direitos fundamentais, como *direitos subjectivos de liberdade*, criam um espaço pessoal contra o exercício de poder antidemocrático, e, como direitos legitimadores de um domínio democrático, asseguram o exercício da democracia mediante a exigência de *garantias de organização* e de *processos* com transparência democrática (princípio majoritário, publicidade crítica, direito eleitoral). Por fim, como direitos subjectivos a *prestações sociais, econômicas e culturais*, os direitos fundamentais constituem dimensões impositivas para o *preenchimento intrínseco*, através do legislador democrático desses direitos.⁵⁵

⁵² MENDES, Gilmar Ferreira. Op. cit. p. 148-149.

⁵³ MENDES, Gilmar Ferreira. Op. cit. p. 149.

⁵⁴ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Op. cit. p. 287-362.

⁵⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Op. cit. p.290-291.

Ato contínuo, tem-se que a democracia não é estática, mesmo por isso, não há qualquer possibilidade de se empregar à temática conceito estático. É da própria natureza do princípio democrático a sua mutação conforme a historicidade. Se se tem uma sociedade participativa, integrada com os anseios mais ou menos típicos de um determinado contexto social, alteram-se as necessidades em voga e se buscam novas soluções às contemporâneas inquietudes de um povo. O que não se altera é o núcleo essencial, pois “a democracia não é um mero conceito político abstrato e estático, mas é um processo de afirmação do povo e de garantia dos direitos fundamentais que o povo vai conquistando no decorrer da história”.⁵⁶

Não obstante o explicitado é importante pacificar que afora garantias constitucionais que possuem como desiderato a participação direta da população - ainda pouco aproveitadas no Brasil (plebiscito, referendo, entre outros) -, a democracia ainda possui resquícios, ao menos em sua prática nacional, de discursos elitistas (notadamente na ocasião do regime militar).

Na defesa dessa “democracia que não é democracia”, afirma-se que a condição de poucos componentes da elite dominante deve se sobrepor à participação efetiva da sociedade, “dada a despreparação dessa para o processo democrático”.⁵⁷ Segundo José Afonso da Silva, “esta foi a doutrina da segurança nacional que fundamentou o constitucionalismo do regime militar que a atual Constituição suplantou. Segundo ela, compete às elites a tarefa de promover o bem comum”.⁵⁸

É clarividente que esse discurso ainda permeia a sociedade e representa um dos maiores desafios à consolidação de um processo democrático justo e aberto. Aliás, parcela desse preconceito em relação à participação democrática das classes menos favorecidas explica parte das graves deficiências conceituais na aplicação de normas restritivas ao exercício dos direitos políticos (como as inelegibilidades e as condições de elegibilidade) a casos concretos levados a julgamento pela Justiça Eleitoral.

De toda forma, certo é também que a Constituição de 1988 consolidou um espaço de luta, onde a positivação dos direitos fundamentais torna perene o processo de mutação, que pode ajudar a desenvolver o desiderato democrático ou,

⁵⁶ SILVA, José Afonso da. Op. cit. p. 130.

⁵⁷ Ibidem. p. 132.

⁵⁸ Idem.

tangencialmente, conforme a ressalva destacada por Eneida Desiree Salgado, “talvez por isso, por ser ainda um espaço de luta pelo poder e de conformação de interesses homogêneos, o desenvolvimento do projeto democrático iniciado na Constituição não se realiza de forma desejada”.⁵⁹

Disso tudo, tem-se que os direitos fundamentais são a própria justificação de existência da democracia, pois esta depende necessariamente de uma normatização organizativa que possibilite, apropriando-se de princípios estruturantes, a defesa dos cidadãos perante o poder estatal, visando a manutenção das liberdades, participação política, condições mínimas de vivência e mesmo subsistência. Portanto, no plano do direito eleitoral, caminho que daqui em diante se estrutura no presente trabalho, verifica-se que na matéria de inelegibilidades pode se estar afrontando diretamente direitos fundamentais estruturantes do Estado Democrático de Direito, sempre que o obstáculo ao exercício do direito ao sufrágio passivo não se justifique para a garantia de outro bem de igual valor constitucional.

⁵⁹ SALGADO, Eneida Desiree. *Constituição e Democracia: Tijolo por tijolo em um desenho (quase) lógico: Vinte anos de construção do projeto democrático brasileiro*. Belo Horizonte: Fórum, 2007. p. 235-236.

2 AS RESTRIÇÕES DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

2.1 AS TEORIAS A RESPEITO DAS RESTRIÇÕES AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

A partir do que foi tratado no primeiro capítulo sobre os direitos fundamentais, cabe nesse momento tratar da questão da possibilidade de restrição a esses direitos, uma vez que o tema que se pretende abordar no presente estudo é justamente o das condições de elegibilidade e das causas de inelegibilidade consideradas como restrições aos direitos políticos. Para tanto, faz-se necessário apontamentos teóricos e genéricos acerca das restrições, para subsidiar a análise pretendida.

Insta desde logo destacar que o desenvolvimento do presente capítulo, a exemplo do que ocorreu com o capítulo antecedente, objetiva apenas fixar os conceitos e teorias que serão adotadas ao longo do presente estudo no que se refere às restrições, a fim de que se evite a confusão entre conceitos e para que se possa identificar com precisão o que se pretende abordar em matéria de direitos políticos e inelegibilidades.

De início é de se ressaltar que, “a idéia de restrições aos direitos individuais suscita alguns problemas, quais sejam: (i) a possibilidade lógica de estabelecimento de tais restrições⁶⁰; (ii) a forma com que tais restrições devem ser aplicadas diante de cada caso concreto (de antemão ou *à posteriori*; mediante mera subsunção ou pelo método do sopesamento etc.); (iii) a existência de autorização para a restrição, que pode ou não ocorrer no mesmo instrumento normativo, desde que, para tanto, haja autorização expressa ou implícita no texto constitucional.

Nesse sentido, José Joaquim Gomes Canotilho aponta questionamentos para corroborar uma autêntica restrição:

- (1) Trata-se de efectiva restrição do âmbito de protecção de norma consagradora de um direito, liberdade e garantia?
- (2) Existe uma autorização constitucional para essa restrição?
- (3) Corresponde a restrição à necessidade de salvaguardar outros direitos ou interesses

⁶⁰ MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 25.

constitucionalmente protegidos? (4) a lei restritiva observou os requisitos expressamente estabelecidos pela constituição (necessidade, proporcionalidade, generalidade e abstracção, não retroactividade, garantia do núcleo essencial?)⁶¹

Por conta dessa construção, tem-se que três são os degraus a se percorrer quando se está diante da análise de uma restrição a direito fundamental, quais sejam: (i) num primeiro momento aborda-se a delimitação do âmbito de proteção da norma, a fim de caracterizar efetivamente o que estará ou não sendo objeto da restrição (o que será realizado no capítulo III); (ii) passa-se a averiguar o tipo, finalidade e natureza da restrição, bem como se a mesma está amparada por expressa ou implícita autorização constitucional (capítulo IV) e, por fim; (iii) trata-se do controle da observância dos limites estabelecidos pela Constituição em relação a tais restrições (capítulo IV).⁶²

Mas, antes disso, é importante destacar que a questão acerca das restrições e da forma como as mesmas se operam em cada caso concreto está intimamente ligada à noção que se tem acerca do conteúdo do suporte fático dos direitos fundamentais.

Se adotada a teoria restritiva em relação ao suporte fático dos direitos fundamentais – conferindo a eles natureza semelhante à de regras, aplicáveis a partir da concepção do tudo ou nada -, estar-se-á admitindo que determinadas condutas já são excluídas de antemão do âmbito de proteção desses direitos, restando ao aplicador a tarefa de identificar corretamente os contornos e os limites iminentes aos direitos fundamentais em cada caso concreto.

Ao passo que, para usar a idéia muito bem desenvolvida por Virgílio Afonso da Silva⁶³, trabalhando-se com a concepção de suporte fático amplo dos direitos fundamentais – que, como dito, será a utilizada no presente estudo -, estar-se-á admitindo um inegável elasticidade de hipóteses de restrições, uma vez que, quase na totalidade das vezes, a aplicação de princípios e regras a casos concretos representará, em maior ou menor medida, alguma restrição a outro princípio também incidente, ao menos *prima facie*, naquele caso.

Ou seja, ao admitir-se que direitos fundamentais são princípios – ainda que alguns autores admitam que, por vezes, os direitos fundamentais podem possuir

⁶¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. Coimbra: Almedina, 1991. p. 613-614.

⁶² CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Op. cit. p. 614.

⁶³ SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 94.

contornos de regras e, nesse caso, não admitirão qualquer ponderação - e, como tais, representam mandados de otimização para a máxima realização de algo, implica dizer que, ao menos em tese, todas as condutas que se enquadram no âmbito temático de um determinado direito estão, a priori, por ele garantidas. Por essa razão, qualquer limitação que seja imposta a essa máxima concepção de incidência da norma – seja por meio de uma regra ou mesmo diretamente por outro princípio – manifestará uma restrição.

Caberá ao intérprete e aplicador do direito, nesses casos, ponderar em qual medida cada um dos princípios aplicáveis à espécie deverá ser mitigado para a maior realização do outro. A restrição aqui, naturalmente, será externa ao próprio direito.

A partir dessa dicotomia conclui-se que quanto maior for o âmbito de proteção de um direito fundamental mais simplificado qualificar qualquer ato estatal como restrição, ao passo que quanto mais restrito for o âmbito de proteção menor a possibilidade da existência de um conflito entre Estado e indivíduo.⁶⁴

Com efeito,

Todas as esferas dos poderes constituídos podem praticar atos que afetem negativamente os direitos fundamentais, seja através da edição de leis pelo Poder Legislativo, seja através da prática de atos administrativos ou mesmo da criação de legislação extravagante, como é o caso das Medidas Provisórias, pelo Poder Executivo, seja, ainda, através de decisões judiciais, da competência do Poder judiciário. Em todas estas hipóteses, faz-se necessário identificar quando se está diante da restrição ao direito fundamental, e quais as possibilidades de controle de constitucionalidade e legitimidade dessa restrição.⁶⁵

Essa dicotomia – teoria interna versus teoria externa – está também intimamente relacionada com a possibilidade de “se falar em restrições legítimas a direitos fundamentais como instituto jurídico autônomo, ou se sempre que houver intervenção no âmbito normativo do direito estar-se-á diante da violação à norma.”⁶⁶

Daí a importância da correta análise dessas duas teorias, bem como da opção pela utilização de uma delas durante o presente estudo.

Para a teoria interna o direito já nasce com seu conteúdo devidamente delimitado, razão pela qual, para os que aderem a essa corrente de pensamento,

⁶⁴ MENDES, Gilmar Ferreira. Op. cit. p. 285.

⁶⁵ OLSEN, Ana Carolina Lopes. *Direitos Fundamentais Sociais*. Efetividade frente à reserva do possível. Curitiba: Juruá, 2008. p. 131.

⁶⁶ *Ibidem*. p. 117.

não há que se falar em restrição, substituindo-se essa expressão pelo conceito de limite.⁶⁷

Isso significa que o processo de definição dos limites dos direitos fundamentais é um processo interno a ele e que ocorre concomitantemente ao surgimento do próprio direito. Por conta disso, fala-se em limites imanentes (e não em restrições) não havendo qualquer tipo de influência externa na delimitação do conteúdo dos direitos fundamentais.⁶⁸ Todo o conteúdo do direito já fora objeto de uma pré-definição.

Para os que assim entendem, não há como se admitir a idéia de restrição aos direitos fundamentais, uma vez que sua delimitação já é precisamente modulada àquilo que efetivamente representa o âmbito de proteção daquele direito. Não há o que se restringir ou se ponderar, haja vista que esse trabalho de delimitação daquilo que efetivamente integra o conteúdo daquele determinado direito é feita sempre *a priori*. Logo, qualquer restrição que se imponha aos direitos fundamentais manifestará violação ao conteúdo protegido por esse direito.

Justamente nesse sentido é que o autor alemão Friedrich Klein mostra-se conclusivamente contrário à possibilidade de restrição aos direitos fundamentais. Conforme menciona, somente seria legítima a delimitação do conteúdo e dos contornos dos direitos fundamentais.⁶⁹ Por conseguinte “o direito fundamental tem, desde sua concepção, um conteúdo jurídico determinado, de modo que toda posição jurídica que exceda seus limites não pode ser considerada como abrangida por este direito”.⁷⁰

⁶⁷ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 277. Gilmar Ferreira Mendes et al. apontam a existência de dois momentos distintos sobre a idéia de restrição, compreendidas pelo direito e pela restrição, podendo ser considerado adepto à teoria externa. Dessa forma, os direitos nascem ilimitados (*eingeschänktes Recht*). MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 290.

⁶⁸ SILVA, Virgílio Afonso da. Op. cit. p. 128-129.

⁶⁹ KLEIN, Friedrich apud ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 268-269.

⁷⁰ OLSEN, Ana Carolina Lopes. Op. cit. p. 119. Cabe mencionar ainda que “Para além de não se amoldar aos catálogos de direitos fundamentais insertos nas Constituições contemporâneas, a teoria interna apresenta sérias deficiências hermenêuticas. Há de reconhecer-se, contudo, que a noção de que a aplicação de direitos fundamentais resumir-se-ia à adequação da situação em tela ao seu conteúdo predefinido constitucionalmente, se revela, no plano teórico, em estrita consonância à rigidez e à supremacia da Constituição. Evita-se, assim, que o legislador e o julgador, com lastro em pautas fluidas como a ponderação e a proporcionalidade, e a pretexto de restringir os direitos fundamentais, venham efetivamente a malferir a sua essência. Todavia, a circunstância de os direitos fundamentais positivados sob a forma de princípios (i) possuírem baixa densidade normativa, (ii) freqüentemente colidirem sob a égide de Constituições compromissórias, e (iii) ostentarem uma dimensão moral que é objeto de sérias controvérsias nas sociedades contemporâneas, etc., revela

Pela teoria interna (*Innentheorie*), portanto, não existirão os conceitos de direito individual e de restrição como categorias autônomas, mas a composição de um direito fundamental com seu conteúdo previamente preenchido e devidamente delimitado. Aqui a idéia de restrição (*Schranke*) é substituída pela idéia de limite (*Grenze*).⁷¹

Ademais, importa destacar que nesse caso a legislação integradora não ocorre em momento posterior em relação à interpretação da norma. Com efeito, tem-se que ela apenas revela as limitações já existentes, pois a norma apenas será considerada relevante caso esteja dentro do âmbito normativo definido e limitado, rechaçando quaisquer abusos.⁷²

Resta claro aqui que a teoria interna das restrições está intimamente ligada a noção de suporte fático restrito e, via de conseqüência, com a idéia de conteúdo essencial absoluto dos direitos fundamentais.

Como destacado no tópico anterior (1.4), a idéia de suporte fático restrito traz em si justamente o conceito de que o conteúdo de um direito fundamental representa apenas e tão somente aquilo que efetivamente é protegido por aquele direito em quaisquer casos em que ele seja considerado.

Aqui, deixa-se de proteger juridicamente situações que, em tese, poderiam estar abrigadas por um determinado direito, por considerar que essas situações já foram objeto de prévia limitação quando da modulação do conteúdo essencial daquele direito. Ou seja, o conteúdo do direito já foi internamente delimitado, sendo inviável qualquer outro tipo de interferência externa.

Trabalhando com exemplos clássicos trazidos pela doutrina, pela teoria que preconiza um suporte fático restrito para os direitos fundamentais e, via de conseqüência, adota a idéia de limites internos (imanescentes), a proibição a sacrifícios religiosos não representaria uma restrição ao direito à liberdade religiosa. Nesse caso, essa prática sequer estaria inserida no âmbito de proteção desse direito, representando um limite imanente ao seu conteúdo.

que há casos difíceis em que tal proposta hermenêutica de caráter conceitualista não se afigura suficiente para prover a racionalidade e a objetividade prometidas pela teoria interna à interpretação e aplicação dos direitos fundamentais.” BRANDÃO, Rodrigo. Emendas Constitucionais e restrições a direitos fundamentais. *Revista Brasileira de Direito Público - RBDP*, Belo Horizonte, ano 5, n. 17, abr. 2007. p. 29.

⁷¹ MENDES, Gilmar Ferreira. Op. cit.. p. 290.

⁷² OLSEN, Ana Carolina Lopes. Op. cit. p. 121.

A idéia de limites imanentes caracteriza-se por um limite de não-perturbação (*Nichtstörungsschranken*), sendo proibindo o abuso desses direitos.⁷³ Essa teoria é aplicada juntamente com a teoria interna, justamente para “não ter que partir de um pressuposto insustentável de direitos absolutos”. Dessa forma, os direitos fundamentais não podem ser considerados absolutos, pelo fato de possuírem limites definidos implícita ou explicitamente no próprio texto constitucional.⁷⁴

José Carlos Vieira de Andrade considera a existência de limites imanentes implícitos aos direitos fundamentais “sempre que não seja pensável que a Constituição, ao proteger especificamente um certo bem através da concessão e garantia de um direito, possa estar a dar cobertura a determinadas situações ou formas do seu exercício, sempre que, pelo contrário deva concluir-se que a Constituição as exclui sem condições nem reservas.”⁷⁵

Figuram os mencionados limites como limites máximos dos conteúdos, resultando na especificidade do bem protegido em determinado direito fundamental.⁷⁶ Dessa forma “todas as restrições diretamente constitucionais seriam apenas descrições do conteúdo daquilo que é protegido – exatamente como sugerido pela teoria interna – e poderiam, por isso, ser consideradas como ‘imanentes’.”⁷⁷

Ademais, para essa teoria existem limites expressamente formulados no texto constitucional, no próprio preceito de direito fundamental ou em preceitos incluídos em outras partes do texto constitucional, falando-se em limites imanentes expressos e limites a serem determináveis por interpretações, por conta de estarem implícitos no texto.

Dessa formatação, desde logo resta claro que determinar o contorno desses direitos fundamentais – a partir da teoria que preconiza um suporte fático restrito e uma teoria interna das restrições - não se afigura como tarefa singela, normalmente afetando também outros direitos.⁷⁸

Ao criticar a teoria interna, Virgílio Afonso da Silva chega a uma interessante conclusão. Se a definição do conteúdo da extensão de cada direito está adstrita a

⁷³ ALEXY, Robert. Op. cit. p. 287.

⁷⁴ SILVA, Virgílio Afonso da. Op. Cit. . p. 130-131.

⁷⁵ ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. Coimbra: Almedina, 1987. p. 218.

⁷⁶ MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Coimbra: Coimbra, 1988. p. 302-303.

⁷⁷ ALEXY, Robert. Op. cit. p. 287.

⁷⁸ MIRANDA, Jorge. Op. cit.. p. 216.

fatores internos, resta inviável qualquer posterior colisão, eis que “os direitos definidos a partir do enfoque da teoria interna têm sempre a estrutura de regras”. Ou seja, essa norma segue a lógica do “tudo-ou-nada”, não sendo possível sopesamentos.⁷⁹

Prossegue o autor, afirmando que “não é possível fundamentar limites imanentes aos direitos fundamentais a partir de sua conceituação como princípios, ou seja, como mandamentos de otimização. Ambos os conceitos são, inconciliáveis”.⁸⁰

Ao garantir direitos *prima facie*, que poderão ser restringidos em determinadas circunstâncias, os princípios, como mandamentos de otimização revelam uma de suas características principais que é a capacidade de serem sopesados. O sopesamento é exatamente aquilo que liga – e fundamenta – o caráter inicial e *prima facie* de cada princípio com o dever-ser definitivo nos casos concretos. Ora, é justamente como alternativa ao sopesamento e à própria idéia de restrição a direitos fundamentais que os limites imanentes são concebidos.⁸¹

Em contraposição a essa corrente de pensamento retratada, a teoria externa de restrição aos direitos fundamentais admite a existência de um direito em si em sua totalidade, sendo que em um segundo momento é que esse direito é restringido. Isso é, para a teoria externa o direito fundamental nasce em sua forma plena e ilimitada e depois, efetivamente, sofre restrições de acordo com a situação fática presente em cada caso concreto.

Essa é a base teórica sob a qual se sustenta toda tese desenvolvida por Robert Alexy, para quem “segundo a teoria externa, entre o conceito de direito e o conceito de restrição não existe nenhuma relação necessária. Essa relação é criada somente a partir da exigência, externa ao direito em si, de conciliar os direitos de diversos indivíduos, bem como direitos individuais e interesses coletivos”.⁸²

Portanto, na teoria externa todo o rol de situações enquadráveis hipoteticamente no âmbito temático de um determinado direito fundamental estão, *a priori*, protegidas juridicamente, refutando-se qualquer idéia de pré-delimitação do

⁷⁹ SILVA, Virgílio Afonso da. Op. cit. p. 128-129. Continua o autor mencionando que “se direitos fundamentais e sua extensão são definidos a partir da teoria interna e não podem, por conseguinte, participar em um processo de sopesamento, toda vez que alguém exercita algo garantido por um direito fundamental essa garantia tem que ser definitiva, e não apenas *prima facie*. A impossível distinção entre “direito *prima facie*” e “direito definitivo”, no âmbito da teoria interna, é algo que discorre diretamente de seu pressuposto central, ou seja, da unificação da determinação do direito e de seus limites imanentes”. Idem.

⁸⁰ Ibidem. p. 165.

⁸¹ Idem.

⁸² ALEXY, Robert. Op. cit. p. 277-278.

conteúdo desse direito a partir de limites imanentes. Encara-se os direitos fundamentais como princípios que, como mandados de otimização, devem contemplar um maior número de possibilidades de máxima satisfação daquele direito. Nesse sentido:

As normas de direitos fundamentais têm, em regra, a natureza de princípios, levando a que as posições jurídicas nelas assentadas somente se convertam em direitos definitivos após uma ponderação com os princípios opostos nas circunstâncias dos casos concretos. É de capital importância reconhecer as normas constitucionais que revistam a natureza de princípios, para o fim de se proceder à referida ponderação, distinguindo-se das normas-regras, que se prestam a uma aplicação fundada na metodologia subsuntiva.⁸³

E somente mediante a utilização de técnicas de ponderação, aplicando-se o princípio da proporcionalidade, é que em cada caso concreto saber-se-á qual será o efetivo âmbito de proteção daquele princípio, considerados outros princípios constitucionais aplicáveis ao caso.

Nesse sentido menciona Ana Carolina Lopes Olsen

Não se vê incompatibilidade entre a teoria externa e a teoria dos princípios. Em verdade, pode-se afirmar que a teoria dos princípios admite restrições como espécies jurídicas distintas das normas de direito fundamental, que decorrem de uma incompatibilidade de princípios, bens jurídicos ou valores contrapostos, de modo que podem ser declarados pelo Judiciário em análise do caso concreto, como também pelo próprio legislador, quando ele realiza esta ponderação em um momento anterior à edição de lei infraconstitucional.⁸⁴

Logo, ao contrário do que ocorre na teoria interna em que os limites são definidos de antemão, somente em cada caso concreto é que se verificará qual é o grau de restrição que um determinado direito fundamental sofrerá, a fim de que se preserve outro direito fundamental de maior importância para o caso em tela.

A priori, a integralidade dos direitos fundamentais é protegida, mesmo as situações que podem manifestar abusos de direito e atos ilícitos (sacrifícios religiosos em nome da liberdade religiosa; calúnia em nome da liberdade de expressão etc).

Há, portanto, uma clara diferenciação entre o conteúdo do direito identificado *prima facie* e o conteúdo desse mesmo direito aplicado definitivamente a um caso concreto. E é a partir da aplicação do princípio da proporcionalidade que esse direito

⁸³ DIAS, Eduardo Rocha. Os Limites às restrições de Direitos Fundamentais na Constituição Brasileira de 1988. *Revista Escola da Magistratura da 5ª Região*. Recife, n.13, mar.2007. p. 81.

⁸⁴ OLSEN, Ana Carolina Lopes. Op. cit. p. 125.

definitivo restará configurado, nos exatos limites dos princípios constitucionais em jogo.

O princípio da proporcionalidade, segundo a Corte Constitucional Alemã, está fundamentado tanto no âmbito dos direitos fundamentais como no Estado de Direito. Invoca-se referido princípio quando poderes, órgãos e demais instituições que estejam envolvidas em processos constitucionais entram em conflito. Considera-se então a proporcionalidade como “elemento integrante ou cláusula implícita dos direitos fundamentais”, pois está fundamentada nesses direitos.⁸⁵

Deve ser entendida a proporcionalidade enquanto elemento disciplinador do limite à competência constitucional atribuída aos diferentes órgãos estatais, impondo determinadas vinculações que se fazem necessárias, sob pena de ofensa aos direitos fundamentais.⁸⁶

No que toca especificamente à identidade do conteúdo jurídico dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, há aceso embate no constitucionalismo brasileiro. A intercambialidade entre os referidos princípios é afirmada por iterativa jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, e por constitucionalistas de escol, como, p. ex., Luís Roberto Barroso e Gilmar Ferreira Mendes, os quais se utilizam do maior desenvolvimento analítico obtido pelo constitucionalismo germânico para considerar que os referidos princípios se subdividem, consoante acima assinalado, em adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. Já autores como Humberto Ávila, Jane Reis e Luís Virgílio Afonso da Silva sustentam que proporcionalidade e razoabilidade não se confundem. Humberto Ávila, em concepção pioneira sobre a vertente questão, salienta que a proporcionalidade se consubstanciaria em “postulado estruturador da aplicação de princípios que concretamente se imbricam em torno de uma relação de causalidade entre um meio e um fim”, subdividindo-se em adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. Já a razoabilidade não estaria vinculada às relações causais entre meio e fim, mas consistiria em estrutura de aplicação de princípios e de regras, utilizada em diferentes contextos.⁸⁷

Tem-se que o vínculo do legislador aos direitos fundamentais, em se tratando de regulamentar situações concretas ou abstratas, está intimamente relacionado ao princípio da proporcionalidade no direito constitucional. Entretanto, tal não se confunde com o controle de constitucionalidade. O que se verifica, na realidade, é a concretização de princípios por meio de ponderações e otimização.⁸⁸

A ideia de *Übermassverbot* sugere a existência de uma escala de intensidade na intervenção. Haveria determinado limite de intensidade, segundo ele, não poderia ser ultrapassado sem desrespeito a mandamentos constitucionais. Pode-se imaginar uma

⁸⁵ MENDES, Gilmar Ferreira. Op. cit.. p. 313-317.

⁸⁶ DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. Teoria Geral dos Direitos Fundamentais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 171.

⁸⁷ BRANDÃO, Rodrigo. Emendas Constitucionais e restrições a direitos fundamentais. *Revista Brasileira de Direito Público - RBDP*, Belo Horizonte, ano 5, n. 17, abr. 2007. p. 44-45.

⁸⁸ DIMOULIS, Dimitri. Op. cit. p. 140-141.

espécie de linha divisória: na escala de intensidade da intervenção até o ponto imediatamente anterior ao ponto do *Übermassverbot*, a medida estatal não desrespeita o princípio, sendo considerada constitucional.⁸⁹

Portanto, os limites atribuídos pela proporcionalidade também servem de balizadores à restrição de direitos fundamentais figurando claramente como uma regra especial que estabelece métodos de interpretação de outras regras.⁹⁰

A partir do momento que uma medida estatal traga consequências em um direito individual, é imperioso que essa medida tenha um fim constitucionalmente legítimo, proporcionando o exercício de outro direito fundamental. Por conseguinte, a adequação é o primeiro requisito a ser analisado nesta medida.⁹¹

É dizer, uma restrição a um direito fundamental deve se mostrar adequada à concretização de um outro princípio igualmente relevante e que, dadas as peculiaridades do caso concreto, merece prevalecer sobre a norma ponderada.

Fala-se também em necessidade ou exigibilidade da medida para conduzir a uma situação de necessidade ou urgência, excluindo situações de oportunidade e conveniência política.⁹² Por conta disso, “o subprincípio da necessidade (*Notwendigkeit oder Erforderlichkeit*) significa que nenhum meio menos gravoso para o indivíduo revelar-se-ia igualmente eficaz na consecução dos objetivos pretendidos”.⁹³

Finalmente, a proporcionalidade em sentido estrito determina um sopesamento entre os direitos fundamentais envolvidos, busca rechaçar qualquer forma de exagero de restrição a direitos fundamentais.⁹⁴

Estes três elementos guardam uma relação de subsidiariedade entre si, de modo que a medida restritiva deverá primeiramente sofrer o exame da adequação, para depois ser analisada quanto à necessidade e, finalmente, passar pela proporcionalidade em sentido estrito. Não se exige que todos os exames sejam realizados, pois se a adequação não for satisfeita, torna-se despidendo enfrentar os demais critérios.⁹⁵

Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins propõem quatro critérios para a aplicação da proporcionalidade, quais sejam, a licitude do propósito perseguido, a

⁸⁹ Idem,

⁹⁰ SILVA, Virgílio Afonso da. Op. cit. p. 169.

⁹¹ Ibidem. p. 171.

⁹² Ibidem.. p. 174-175.

⁹³ MENDES, Gilmar Ferreira. Op. cit. . p. 322.

⁹⁴ SILVA, Virgílio Afonso da. Op. cit. p. 165.

⁹⁵ OLSEN, Ana Carolina Lopes. Op. cit. p. 169.

licitude do meio utilizado, a adequação do meio utilizado e a necessidade do meio utilizado.⁹⁶

Ao admitir-se direitos fundamentais como princípios que contemplam posições jurídicas *prima facie* e cuja aplicação aos casos concretos depende de ponderação entre os demais princípios aplicáveis à espécie, somente restrições que observem os requisitos definidos pela regra da proporcionalidade restarão legitimamente amparadas pelo texto constitucional. Caso contrário, estar-se-á diante de indevida restrição a direitos fundamentais.

A esse conceito, percebe-se que Canotilho adere à noção de proporcionalidade a necessidade de verificação da existência – ou não – de autorização constitucional para a dita restrição, noção essa que será melhor estudada no tópico seguinte.

2.2 PROTEÇÃO DO NÚCLEO ESSENCIAL – LIMITES DOS LIMITES

Uma vez determinada a característica dos direitos fundamentais que será adotada no presente estudo - suporte fático amplo e natureza de princípios - e confirmada a legitimidade para a restrição dos direitos fundamentais – desde que observando a regra da proporcionalidade - cabe mencionar a limitação dessa possibilidade de restrição, eis que, embora se admita a possibilidade delas, existem também limites.

A proposta dos limites dos limites não é recente e tem sido amplamente utilizada na doutrina e jurisprudência alemãs.⁹⁷ Esses limites se configuram como um núcleo duro de determinado direito, sem qualquer permissão de corrosão dele. Portanto, é possível mencionar a existência de um conteúdo mínimo em cada direito fundamental, eis que “uma restrição a um direito fundamental somente é admissível se, no caso concreto, aos princípios colidentes for atribuído um peso maior que aquele atribuído ao princípio de direito fundamental em questão. Logo, os direitos fundamentais, enquanto tais, são restrições à sua própria restrição e restringibilidade”.⁹⁸

⁹⁶ Cf. DIMOULIS, Dimitri. Op. cit. p. 180-201.

⁹⁷ ANDRADE, José Carlos Vieira de. Op. cit. p. 218.

⁹⁸ ALEXY, Robert. Op. cit. p. 287.

A chamada teoria dos “limites dos limites” estabelece figuras que acabam por balizar a ação do legislador. Tem-se que alguns ordenamentos jurídicos determinam a expressa previsão do “núcleo essencial”, como é o caso da Lei Fundamental Alemã de 1949 e a Constituição Portuguesa de 1976.⁹⁹

Desta forma, “tentou-se contornar o perigo de esvaziamento dos direitos de liberdade pela ação do legislador democrático com a doutrina das garantias institucionais (*Institutgarantien*), segundo a qual determinados direitos concebidos como instituições jurídicas deveriam ter o mínimo de sua essência garantido constitucionalmente.”¹⁰⁰

Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins sintetizaram esta ideia de forma singela e direta, afirmando que “isso significa que é proibido proibir o exercício do direito além do necessário”¹⁰¹. A dificuldade que se apresenta, a partir desta formulação, é o estabelecimento do que seria “necessário”.

Para solucionar esta questão a doutrina indica requisitos para a possibilidade de uma restrição de um direito fundamental. José Joaquim Gomes Canotilho elenca, a partir do preenchimento de requisitos a partir das seguintes indagações:

Trata-se de uma lei formal e organicamente constitucional? Estamos perante uma lei da AR [Assembleia da República portuguesa] ou perante um decreto-lei autorizado do Governo? (2) existe autorização expressa na Constituição para o estabelecimento de limites através de uma lei? (3) a lei restritiva tem carácter geral e abstracto? (4) a lei restritiva tem efeitos retroactivos? (5) a lei restrictiva observa o princípio da proibição de excesso, estabelecendo as restrições necessárias para a salvaguarda de outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos? (6) a lei restritiva diminui a extensão e o alcance do conteúdo essencial dos preceitos constitucionais?¹⁰²

A doutrina germânica, por sua vez, aponta seis limites aos limites (*Schranken der Schranken*): exigência de autorização de restrição expressa na Constituição (com uma fundamentação concreta, assegurando a segurança jurídica); o requisito da lei formal; o requisito de generalidade e abstração da lei restritiva, dirigindo-se a número indeterminado ou indeterminável de destinatários e casos; o requisito da não retroatividade da lei restritiva, caracterizando-se como um princípio irrestritamente válido; o princípio da proibição de excesso, a partir de uma adequação, necessidade e proporcionalidade; e, finalmente, o princípio da

⁹⁹ MENDES, Gilmar Ferreira. Op. cit. p. 304-305.

¹⁰⁰ Idem.

¹⁰¹ DIMOULIS, Dimitri..Op. cit. p. 151.

¹⁰² CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Op. cit. p. 619.

salvaguarda do núcleo essencial, com o objeto e o valor.¹⁰³ A justificativa para essa criação foi a tentativa de

contornar o perigo de esvaziamento dos direitos de liberdade pela ação do legislador democrático com a doutrina das garantias institucionais (*Institutgarantien*), segundo a qual determinados direitos concebidos como instituições jurídicas deveriam ter o mínimo de sua essência garantido constitucionalmente. (...) De ressaltar, porém que, enquanto princípio expressamente consagrado na Constituição ou enquanto postulado constitucional imanente, o princípio do núcleo essencial destina-se ao esvaziamento do conteúdo do direito fundamental decorrente de restrições descabidas, desmesuradas ou desproporcionais.¹⁰⁴

Paulo Ricardo Schier traz toda uma reflexão sobre a necessidade de limites dos limites, invocando que o legislador, por mais democrático que seja, deve estar restrito em relação a determinadas intervenções legislativas. Embora não defenda uma posição pessimista sobre o papel do legislador, aborda que os direitos fundamentais possuem uma essencial tarefa no sistema jurídico e, por isso, o desenvolvimento legislativo possui significativa relevância.¹⁰⁵

quanto mais intensa se revela a operatividade do Estado de Direito, maior é o nível de tutela dos direitos fundamentais. De igual modo que na medida em que se produz uma vivência dos direitos fundamentais se reforça a implementação do Estado de Direito. Esta observação conduz ao paradoxo de que precisamente nos países onde maior urgência necessita o reconhecimento dos direitos fundamentais isto não se consegue porque neles não existe um Estado de Direito.¹⁰⁶

No direito brasileiro esta previsão encontra-se resguardada nas chamadas cláusulas pétreas do texto constitucional, previstas no art. 60, §4º do mencionado texto. Por conta delas é que se pode atribuir “verdadeiras barreiras de proteção contra a ação do poder constituinte revisor, buscando resguardar um determinado núcleo de bens constitucionais e direitos com o fim da manutenção de dada identidade constitucional.”¹⁰⁷

¹⁰³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Op. cit. p. 623-633.

¹⁰⁴ MENDES, Gilmar Ferreira. Op. cit.. p. 305-306.

¹⁰⁵ SCHIER, Paulo Ricardo. *Fundamentação da Preservação do Núcleo Essencial na Constituição de 1988*. Disponível em: http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/bh/paulo_ricardo_schier.pdf Acesso em: 29 ago. 2010.

¹⁰⁶ PEREZ-LUÑO, Antonio E.. *Los derechos fundamentales*. Madrid: Tecnos S.A., 1988, p. 26-27 apud SCHIER, Paulo Ricardo. *Fundamentação da Preservação do Núcleo Essencial na Constituição de 1988*. Disponível em: http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/bh/paulo_ricardo_schier.pdf Acesso em: 29 ago. 2010.

¹⁰⁷ SCHIER, Paulo Ricardo. *Fundamentação da Preservação do Núcleo Essencial na Constituição de 1988*. Disponível em: http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/bh/paulo_ricardo_schier.pdf Acesso em: 29 ago. 2010.

Por conseguinte, o não-cumprimento dessa parcela mínima de cada direito fundamental social configuraria uma lesão do seu núcleo essencial. Por núcleo essencial entende-se aquela parcela mínima do direito em questão que não pode ser suprimida por meio de uma lei, é um sinônimo de “núcleo duro”, ou seja, há no direito uma parcela indisponível para o legislador. Para fins do presente estudo, a proteção do núcleo essencial será interpretada a *contrario sensu*, no sentido de que a não efetivação/concretização da parcela mínima do direito em questão configura uma lesão ao próprio direito. Assim, passamos a identificar o núcleo essencial como a efetivação mínima do direito.¹⁰⁸

Conforme mencionou o Ministro Gilmar Mendes, no Pleno do Supremo Tribunal Federal, no Habeas Corpus 82.959-7-São Paulo, em 02/12/2004, ao tratar sobre a possibilidade da progressão de regimes prisionais em se tratando de crimes hediondos mencionou que “embora o texto constitucional brasileiro não tenha estabelecido expressamente a idéia de um núcleo essencial, é certo que tal princípio decorre do próprio modelo garantístico utilizado pelo constituinte. A não-admissão de um limite ao afazer legislativo tornaria inócua qualquer proteção fundamental.”

Enfim, em que pese a falta de embasamento positivista, do ponto de vista lógico e a partir de uma teoria dos direitos fundamentais é inquestionável a necessidade de adoção dessa proteção. Não se pode negar a importância de determinar um núcleo essencial dos direitos fundamentais, pois não há previsão constitucional explícita do princípio da preservação do núcleo essencial.

Contudo, aqui também surgem problemas a serem enfrentados, eis que o núcleo essencial tampouco não possui um único significado. Também nesse ponto, a dicotomia “teoria interna versus teoria externa” de restrição aos direitos fundamentais gera reflexos na análise daquilo que costuma se denominar de proteção ao núcleo essencial dos direitos fundamentais.

Por meio de uma teoria absoluta esse núcleo constituiria uma unidade substancial autônoma, que estaria protegida de qualquer decisão legislativa, independente do caso concreto. Ou seja, partindo de uma concepção material, haveria um espaço protegido de qualquer intervenção estatal (caracterizando um limite do limite).

Essa é a teoria defendida por aqueles que compreendem os direitos fundamentais a partir de um suporte fático restrito e defendem a teoria das restrições internas. Nesse caso, a partir da verificação dos chamados “limites internos”

¹⁰⁸ KELBERT, Fabiana Okchstein. *A necessária ponderação entre a teoria da reserva do possível e a proteção do núcleo essencial dos direitos fundamentais*. Disponível em: <http://www.pucrs.br/edipucrs/online/III mostra/Direito/61738%20-%20FABIANA%20OKCHSTEIN%20KELBERT.pdf>. Acesso em: 29 ago. 2010.

incidentes de antemão no próprio direito fundamental em análise, já seria possível identificar com precisão qual seria o núcleo essencial de proteção daquele direito, que não poderia ser objeto de qualquer restrição ou nova limitação pelo Estado.

De outro lado, sob a concepção de uma teoria relativa o núcleo essencial seria definido em cada caso, conforme o objetivo da norma de caráter restritivo. Portanto, o processo a ser utilizado seria o da ponderação entre meios e fins, tendo por base a aplicação do princípio da proporcionalidade. Significaria, a proteção do núcleo essencial, portanto, uma operação marcadamente declaratória.¹⁰⁹

Assim,

controverte-se na doutrina, ainda, sobre o exato significado do princípio da proteção do núcleo essencial, indagando-se se ele há de ser interpretado em sentido subjetivo ou objetivo, isto é, se o que se proíbe é a supressão de um direito subjetivo determinado (teoria subjetiva), ou se se pretende assegurar a intangibilidade objetiva de uma garantia dada pela Constituição (teoria objetiva).¹¹⁰

Portanto, sob a égide de uma teoria absoluta o conteúdo essencial caracterizar-se-ia num núcleo fundamental, determinável em abstrato, próprio de cada um dos direitos fundamentais, sendo considerado intocável. A teoria relativa reconduz o conteúdo essencial aos princípios de exigibilidade e da proporcionalidade, apenas sendo considerada legítima a restrição quando exigida para os bens jurídicos mais valiosos.¹¹¹ Enfim, “a garantia do conteúdo essencial é reduzida à máxima da proporcionalidade”.¹¹²

¹⁰⁹ MENDES, Gilmar Ferreira. Op. cit. p. 307. A questão em determinar o núcleo essencial, também requer uma escolha, ou seja, pela aplicação de uma teoria relativa ou uma teoria absoluta, embora pontos positivos e negativos possam ser encontradas em ambas.

¹¹⁰ Ibidem. p. 308. Conforme ressaltam Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins o vínculo do legislador gera um efeito recíproco, pois “ao mesmo tempo em que é lícito limitar a área de proteção de direitos fundamentais em razão da existência de reservas legais, o legislador deve fazê-lo de modo a preservar ao máximo o direito intervindo.” DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. Teoria Geral dos Direitos Fundamentais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 135.

¹¹¹ ANDRADE, José Carlos Vieira de. Op. cit. p. 233-234. Sobre a temática do conteúdo essencial absoluto destaca Virgílio Afonso da Silva que “todas as versões das teorias que defendem a existência de um conteúdo essencial absoluto têm em comum a idéia de que, se fosse possível representar graficamente o âmbito da proteção dos direitos fundamentais deveria existir um núcleo, cujos limites externos formariam uma barreira intransponível, independente da situação e dos interesses que eventualmente possam haver em sua restrição”. SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 187.

¹¹² Ibidem, p. 298.

2.3 TIPOS DE RESTRIÇÕES

Conforme destaca Robert Alexy, “*como direitos de hierarquia constitucional, direitos fundamentais podem ser restringidos somente por normas de hierarquia constitucional ou em virtude delas*”.¹¹³

Logo, a partir de uma teoria geral das restrições é possível afirmar que não se pode falar em restrição sem que haja: (i) uma previsão explícita na Constituição; (ii) a definição ou concretização dessa restrição em lei; (iii) a observância da generalidade e abstração; (iv) a proibição da retroatividade.

Nesse sentido, a doutrina mais tradicional divide os tipos de restrições em duas diferentes formas. Fala-se em limites constitucionais imediatos (quando a própria constituição fixa as restrições) e limites mediatos (quando se atribui à lei a possibilidade de restrição). Já na classificação de Jorge Miranda adota-se a divisão entre restrições implícitas ou explícitas.¹¹⁴

Restrições indiretamente constitucionais são, portanto, verificáveis quando há existência de autorização constitucional para tanto. A expressão mais clara dessa figura se faz em relação às cláusulas de reserva explícitas, normas constitucionais que expressamente autorizam as restrições.¹¹⁵ Na abordagem sobre a restrição por lei, tem-se que a norma constitucional é, simultaneamente, norma de garantia, eis que assegura direitos fundamentais, mas também uma norma de autorização de restrições.¹¹⁶

A reserva de lei se faz presente, nesse sentido, para atribuir uma maior proteção. Afirma-se assim que a lei está mais próxima do texto constitucional, ao passo que na edição de regulamentos autônomos e regulamentos delegados há sempre a necessidade de ampla fundamentação dos atos.¹¹⁷

Divide a doutrina em restrições legais simples ou restrições legais qualificadas. Nas primeiras, limitar-se-ia o constituinte a autorizar a intervenção, sem pré-determinar o conteúdo ou finalidade da lei. Nas restrições qualificadas a restrição deveria atender determinada finalidade ou determinado requisito

¹¹³ ALEXY, Robert. Op. cit. p. 286.

¹¹⁴ MIRANDA, Jorge. Op. cit. p. 304.

¹¹⁵ ALEXY, Robert. Op. cit. p. 277-278.

¹¹⁶ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Op. cit. p. 617.

¹¹⁷ MIRANDA, Jorge. Op. cit. p. 297-299.

expressamente previsto no texto constitucional.¹¹⁸ Nesse último ponto reside, especificamente, o enquadramento conceitual da Lei Complementar n.º 64/90 que, conforme se abordará adiante, estabelece hipóteses de inelegibilidade a partir de expressa determinação constitucional prevista no artigo 14, §9º da Constituição Federal de 1988.

Há que se ressaltar que

sem dúvida, o estabelecimento de reservas legais impede a multiplicação de conflitos entre direitos individuais diversos. Não se deve olvidar, por outro lado, que a técnica que exige expressa autorização constitucional para intervenção legislativa no âmbito de proteção de direitos individuais traduz, também, uma preocupação de segurança jurídica, que impede o estabelecimento de restrições arbitrárias ou aleatórias.¹¹⁹

A lei intervém, portanto, nos direitos, liberdades e garantias¹²⁰, restando evidente que essa atividade legislativa, uma vez que influencie a determinação do conteúdo e condições do exercício de qualquer direito fundamental, deverá estar subordinada ao conteúdo pré-determinado pela Constituição.

Ainda que se fale em restrição decorrente de previsão constitucional expressa, não está livre o legislador de subordinação aos requisitos de controle de constitucionalidade, como é o caso da aplicação da proporcionalidade, necessidade da medida e respeito ao núcleo essencial daquele direito fundamental.¹²¹

Conforme leitura de Gilmar Ferreira FERREIRA MENDES et. al. verifica-se que

a questão da reserva legal envolve aspectos formais, relacionados com a competência para o estabelecimento de restrição, o processo e a forma de realização e com aspectos materiais, referentes ao exercício dessa competência, principalmente no que concerne às condições das reservas qualificadas, aos limites estabelecidos pela proteção do núcleo essencial, à aplicação do princípio da proporcionalidade e, com ele, do princípio da ponderação.¹²²

Contudo, existe uma desconfiança sobre o papel a ser desempenhado por esse poder legiferante, eis que não se pode “dispor desses direitos, nem a sua

¹¹⁸ MENDES, Gilmar Ferreira. Op. cit. p. 296. Sobre essa temática “As reservas legais, por sua vez, subdividem-se em simples e qualificadas: nas primeiras o constituinte limita-se a exigir lei formal, mediante o emprego de expressões como “na forma da lei”, “nos termos da lei”, “lei estabelecerá” etc.; nas últimas, a norma constitucional em tela não se restringe a prever a autorização, mas também promove a predeterminação de algum aspecto da restrição a ser implementada.” BRANDÃO, Rodrigo. Emendas Constitucionais e restrições a direitos fundamentais. *Revista Brasileira de Direito Público - RBDP*, Belo Horizonte, ano 5, n. 17, abr. 2007. p. 44.

¹¹⁹ MENDES, Gilmar Ferreira. Op. cit. p. 295.

¹²⁰ ANDRADE, José Carlos Vieira de. Op. cit. p. 224.

¹²¹ OLSEN, Ana Carolina Lopes. Op. cit. p. 139.

¹²² MENDES, Gilmar Ferreira. Op. cit. p. 295.

intervenção é sequer pressuposto da aplicabilidade dos respectivos preceitos. Contrariamente ao que antes se pensava do legislador, apesar de continuar a ser o representante da vontade popular é ele também um inimigo das liberdades e, por isso, há que se ter proteção contra ele.”¹²³ Sobre essa temática, Robert Alexy faz uma ampla reflexão, ressaltando que:

o principal problema das reservas é a sua delimitação. Neste ponto é necessário distinguir entre os aspectos formal e material. O aspecto formal diz respeito sobretudo à competência para impor restrições, ao seu procedimento e à sua forma. Aqui, no entanto, interessa apenas o aspecto material, e apenas na medida em que diga respeito à competência atribuída ao legislador para impor restrições. Essa competência não é limitada apenas pelas condições expressas nas reservas qualificadas e pela barreira do conteúdo essencial – se se parte de uma garantia absoluta do conteúdo essencial –, mas também pela máxima da proporcionalidade e, com isso, pelo dever de sopesamento. A partir dessa associação entre competência e sopesamento evita-se, de um lado, que os direitos fundamentais, ao menos em parte que esteja além da barreira do conteúdo essencial, fiquem à mercê do legislador e, nesse sentido, tenham seu conteúdo esvaziado – resultado este, incompatível com a submissão do legislador aos direitos fundamentais –, mas, de outro lado, cria-se um problema. De maneira sintética, o problema seria o seguinte: o perigo de uma submissão muito frágil é substituído pelo perigo de uma submissão muito forte aos direitos fundamentais. O perigo de uma submissão muito forte pode ser mais claramente ilustrado a partir da tese segundo a qual as reservas conferem ao legislador apenas a competência para expressar aquilo que, de qualquer forma, já é o resultado do sopesamento entre os princípios relevantes. Se isso tivesse correto, todas as restrições indiretamente constitucionais que fossem permitidas apenas reproduziriam as restrições diretamente constitucionais; elas teriam um caráter meramente declaratório, e nunca constitutivo.¹²⁴

Por conseguinte, caso fosse deixado ao legislador infraconstitucional apenas prever em lei própria o conteúdo já previamente definido pela constituição, não haveria qualquer diferença entre restrições diretamente constitucionais e restrições indiretamente constitucionais, eis que a Constituição estaria prevendo como seria realizada essa restrição na íntegra.¹²⁵ Portanto, não poderia a lei restringir direitos fundamentais, eis que o próprio texto constitucional exauriu determinada matéria.

Fala-se, ainda, numa debilidade quanto à interpretação das reservas e se o legislador realmente discriminará a restrição do direito.¹²⁶ Dessa forma, conclui Alexy

¹²³ ANDRADE, José Carlos Vieira de. Op. cit. p. 225.

¹²⁴ ALEXY, Robert. Op. cit. p. 293.

¹²⁵ ALEXY, Robert. Op. cit. p. 293.

¹²⁶ Destaca Robert ALEXY que “nesse contexto, é necessário distinguir entre dois grupos de casos. Um caso do primeiro grupo ocorre quando não é claro se, diante do peso dos princípios colidentes, uma restrição S é admissível, ou não. Nessas circunstâncias, a competência decisória do legislador é uma competência para a fixação de uma interpretação vinculante. Um caso do segundo grupo ocorre quando está definido que, em face do peso dos princípios colidentes, a restrição S é admissível, mas o legislador tem, mesmo assim, a liberdade de decidir se impõe ou não, essa restrição. A existência desse tipo de casos somente poderia ser excluída se todas as restrições admissíveis (permitidas) fossem também obrigatórias. Mas isso não é aceitável. Há casos nos quais o legislador pode ser mais generoso do que teria que se ser em favor de direitos individuais, em detrimento de interesses coletivos.” Ibidem. p. 294.

que as reservas legislativas não estão limitadas a estabelecer o que já existe.¹²⁷ Com base nisso, quando o legislador afeta o conteúdo dos direitos fundamentais, está efetivamente elaborando (constituindo) uma restrição.¹²⁸

O receio para com o legislador infraconstitucional está devidamente legitimado. Em meio a um Estado Democrático de Direito recém ressurgido após um significativo período de ditadura militar no Brasil, existe toda uma cautela em relação à proteção aos direitos fundamentais. Por conta disso, não se pode colocar em risco o exercício desses direitos, uma vez que, “transferindo a possibilidade de restrições aos direitos, liberdades e garantias asseguradas sem qualquer ‘reserva de restrição’ pela lei fundamental, correr-se-ia o risco de, a pretexto de se garantirem os ‘direitos dos outros’, as ‘exigências de ordem social’ ou de ‘ordem ética’, se colocar de novo, os direitos, liberdades e garantias na disposição limitativa do legislador.”¹²⁹

Dessa forma, tem-se que nesses direitos verifica-se o perigo de abuso, sendo vedado ao legislador, pelo menos *a priori*, ir além dos limites estabelecidos no texto constitucional, limites esses sempre verificados a partir das técnicas de ponderação, consoante já destacado.¹³⁰

2.4 CONCLUSÃO SOBRE AS TEORIAS RELATIVAS ÀS RESTRIÇÕES AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Ainda que parte da doutrina discorde da importância dessas classificações (Jorge Miranda, por exemplo, defende que a teoria interna e externa sobre os limites representa um falso problema¹³¹) a discussão instaurada em relação à teoria interna e externa não se debruça unicamente sobre questões conceituais e problemas de construção teórica.

A questão da restrição tem sido objeto de reiteradas discussões no que tange às duas teorias, eis que atinge a própria essência de toda formulação teórica sobre os direitos fundamentais, uma vez que, como destacado, perpassa, antes de

¹²⁷ Idem.

¹²⁸ ANDRADE, José Carlos Vieira de. Op. cit. p. 229. Justamente nesse sentido é que diversos questionamentos são levantados, por conta da autorização constitucional e os limites nela previstos para a figura da restrição.

¹²⁹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Op. cit. p. 619.

¹³⁰ MENDES, Gilmar Ferreira. Op. cit. p. 303-304.

¹³¹ MIRANDA, Jorge. Op. cit. p. 304.

mais nada, pelo concepção de suporte fático – amplo (princípios) ou restrito (regras) – dos direitos fundamentais.

Um dos argumentos citados como prejudicial à aplicação da teoria externa é que o sopesamento ocasiona um aumento de insegurança jurídica. Isso pelo fato do racionamento não se caracterizar como um processo racional, dependendo da racionalidade do magistrado.¹³²

De outro vértice, em relação à teoria interna objetiva-se que a fixação de antemão do conteúdo definitivo de um direito fundamental – que assumirá caráter de regra e aplicar-se-á a casos concretos a partir da lógica da subsunção – seria uma tarefa quase impossível, dada a diversidade de circunstâncias que podem aparecer em cada caso concreto em que aquele direito venha a incidir.

Outrossim, também aqui existiria o problema da insegurança jurídica, que seria apenas deslocado do momento da realização da ponderação – teoria externa – para o momento prévio da delimitação do âmbito de proteção da norma.

Portanto, eleger qual teoria deve ser adotada depende da concepção de normas de direitos fundamentais *prima facie* ou definitiva, da compreensão desses como princípios ou regras.

Caso sejam tratados os direitos fundamentais como posições definitivas, a teoria externa é passível de refutação. Se forem encarados como posições *prima facie* refutar-se-ia a teoria interna.¹³³ No mesmo sentido Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho e Paulo Gustavo Gonet Branco mencionam que “se se considerar que os direitos individuais consagram posições definitivas (Regras = *Regel*), então é inevitável a aplicação da teoria interna. Ao contrário, se se entender que eles definem apenas posições *prima facie* (*prima facie Positionen*: princípios), então há de se considerar correta a teoria externa”.¹³⁴

No plano brasileiro vale mencionar que o Supremo Tribunal Federal já manifestou em reiteradas ocasiões, que

os direitos fundamentais não são absolutos, mas relativos, sujeitando-se, assim, a restrições recíprocas, notadamente através do método da ponderação, tal qual preconizado pela teoria externa. Com efeito, já no julgamento da Adin nº 319/DF, que tinha por objeto a aferição da constitucionalidade de lei que atrelara o reajuste de mensalidades escolares à correção

¹³² SILVA, Virgílio Afonso da. Op. cit. p. 144-145 e 148. Vale mencionar ainda a teoria da ilusão desonesta, pois o que é garantido como “direito *prima facie*” quase nunca é como “direito definitivo”. *Ibidem*, p. 145

¹³³ ALEXY, Robert. Op. cit. p. 278-279.

¹³⁴ MENDES, Gilmar Ferreira. Op. cit. p. 291.

mensal dos salários, o Min. Sepúlveda Pertence salientara que "no bojo de Constituições compromissórias, como a brasileira de 1988, é sempre arbitrário que a afirmação de um dos valores (...) se faça com abstração de outros valores, devendo-se, na hipótese de conflito, empregar a ponderação". Relevante exemplo do emprego da ponderação para a solução de conflitos entre princípios ocorreu no caso "Glória Trevi". Cuidava-se de reclamação na qual Gloria de Los Angeles Treviño Ruiz, famosa atriz mexicana presa no Brasil, alegava que o uso da sua placenta para a realização de exame de DNA, com o escopo de determinar a paternidade do seu filho, violava o seu direito à intimidade. O STF, contudo, ponderou tal direito com princípios constitucionais como a "moralidade administrativa", a "persecução penal", a "segurança pública", o direito à honra dos policiais federais acusados de estupro pela impetrante, e o direito à imagem da Polícia Federal, dando prevalência aos últimos, de modo a determinar a juridicidade da realização do referido exame.⁴¹ Em diversas outras oportunidades, foi reiterada a necessidade do emprego da ponderação para a resolução de conflitos entre direitos fundamentais, como, p. ex., no voto proferido pelo Min. Celso de Mello no RE nº 191.532/SP,⁴² em que averbou: "conquanto não se possa descartar a necessidade da ponderação de interesses nos casos concretos, tal critério não pode ser erigido à condição de regra capaz de tornar letra morta a disposição constitucional."¹³⁵

Tal julgado denota claramente que a questão de se saber se a restrição é definida juntamente com a criação do direito – limite interno - ou posterior a ele – ponderação - é de suma importância para no direito pátrio, tendo sido objeto de reflexões em inúmeras decisões da Corte Constitucional brasileira.

E a importância dessa temática (teoria interna versus externa) torna-se patente quando a restrição a determinado direito fundamental é feita mediante lei ordinária. Na hipótese de se defender uma aplicação da teoria interna, não há justificativa para a delimitação de uma matéria constitucional (como os direitos fundamentais) pelo legislador infraconstitucional, eis que não haveria, em tese, qualquer necessidade para tanto.

Posto isso, e considerando que o objetivo do presente estudo é justamente o de analisar as hipóteses de inelegibilidade previstas no ordenamento brasileiro à luz da teoria constitucional de restrição aos direitos fundamentais é importante estabelecer que se adota, no presente estudo, a teoria externa.

É importante também que se fixe a premissa de que, ao longo do presente estudo, quando se falar em direitos fundamentais estará se adotando a concepção de suporte fático amplo desses direitos, com natureza de princípios constitucionais que asseguram direitos *prima facie*. De igual sorte, tratando-se de restrições, estar-se-á adotando a teoria externa, discorrendo sobre a colisão entre princípios, as técnicas de ponderação e sobre a teoria relativa de proteção ao núcleo essencial dos direitos fundamentais.

¹³⁵ BRANDÃO, Rodrigo. Op. cit. p. 27. p. 31.

Ou seja, pretende-se aqui identificar o âmbito de proteção dos direitos políticos, os princípios constitucionais que importam restrições a esses direitos e, adotando-se as técnicas jurídicas de ponderação, analisar o posicionamento jurisprudencial acerca do tema e identificar, em uma análise crítica, em que medida as normas constitucionais que fixam essas limitações devem ser aplicadas em cada caso concreto sem que se manifeste ofensa à Constituição Federal de 1988.

3 OS DIREITOS POLÍTICOS COMO DIREITOS FUNDAMENTAIS

3.1 OS DIREITOS POLÍTICOS EM PERSPECTIVA HISTÓRICA

Os direitos políticos, previstos nos artigos 14 e seguintes da Constituição Federal, são conceituados pela doutrina, de um modo geral, como o conjunto de regras que disciplina as formas diretas e indiretas de participação e intervenção do cidadão no governo, ou, como quer Pontes de Miranda “na organização e funcionamento do Estado”¹³⁶.

Conceito interessante é aquele trazido pela tradicional doutrina de Pimenta Bueno, que define os direitos políticos como

... prerrogativas, atributos, faculdades, ou poder de intervenção dos cidadãos ativos no governo de seu país, intervenção direta ou indireta, mais ou menos ampla, segundo a intensidade do gozo desses direitos. São os *Jus Civitatis*, os direitos cívicos, que se referem ao Poder Público, que autorizam o cidadão ativo a participar na formação ou exercício da autoridade nacional, a exercer o direito de vontade ou eleitor, o direito de deputado ou senador, a ocupar cargos políticos e a manifestar suas opiniões sobre o governo do Estado.¹³⁷

Nota-se do conceito acima transcrito que os direitos políticos abrangem o sufrágio – capacidades de votar e ser votado (no que se classificam como direitos políticos positivos e negativos) – bem como os instrumentos de democracia direta – plebiscito e referendo.

Esta noção estrita, no entanto, é considerada insuficiente por vários constitucionalistas, dentre os quais José Afonso da Silva, para quem a expressão direitos políticos “em acepção um pouco mais ampla, contudo, deveria incluir também as normas sobre partidos políticos”.¹³⁸

¹³⁶ MIRANDA, Pontes de. *Apud* ZILIO, Rodrigo Lopez. *Direito Eleitoral*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2008. p. 118.

¹³⁷ BUENO, Pimenta. *Apud* MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 19ª edição. São Paulo: Atlas, 2006. p. 207.

¹³⁸ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 26. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 348.

Atentos a esta crítica Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho e Paulo Gustavo Gonet Branco abrangem no conceito de direitos políticos também o Direito Partidário, definindo-os como “direito de participação no processo político como um todo, ao direito ao sufrágio universal e ao voto periódico, livre, secreto e igual, autonomia de organização do sistema partidário, a igualdade de oportunidade dos partidos”¹³⁹.

Rodrigo Lopez Zilio, por sua vez, assinala com propriedade que

... não se pode olvidar que a Constituição Federal, embora não sob um mesmo capítulo, tem albergado, ainda que de modo esparso, uma ampla concepção dos direitos políticos. Nesse passo, conquanto divorciado topologicamente do Capítulo IV do Título II da Carta Magna, o legislador constituinte previu a possibilidade do manuseio da ação popular (art. 5º, inciso LXXIII, da CF), cuja legitimidade é exclusiva do cidadão (eleitor), de proposição de projeto de lei através da iniciativa popular (art. 61, §2º, da CF) e de participação no processo de conquista do poder através da criação dos partidos políticos, cuja filiação somente poderá ser efetuada por aquele que estiver no pleno gozo dos direitos políticos (art. 16 da Lei n. 9.096/95).¹⁴⁰

Não se pretende aqui exaurir a questão acerca da conceituação ou do alcance dos direitos políticos (tópico que será novamente abordado na sequência), mas tão somente estabelecer a necessária contextualização do tema tratado, pelo que se faz necessária também uma breve incursão na história dos direitos políticos.

Os direitos políticos da forma como conhecemos hoje, assim como todos os direitos fundamentais, não surgiram de forma estanque no ordenamento jurídico, mas são o produto de intensas lutas e árduo desenvolvimento. Nas palavras de Paulo Bonavides,

Se hoje esses direitos parecem já pacíficos na codificação política, em verdade se moveram em cada País constitucional num processo dinâmico e ascendente, entrecortado não raro de eventuais recuos, conforme a natureza do respectivo modelo de sociedade, mas permitindo visualizar a cada passo uma trajetória que parte com frequência do mero reconhecimento formal para concretizações parciais e progressivas, até ganhar a máxima amplitude nos quadros consensuais de efetivação democrática do poder.¹⁴¹

As primeiras notícias que se tem dos direitos políticos datam da Grécia e Roma Antigas, onde se desenvolveu a noção de democracia e do chamado *Jus Civitatis*.

¹³⁹ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 729

¹⁴⁰ ZILIO, Rodrigo López. *Op. Cit.* p.115-116.

¹⁴¹ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 8ª edição revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Malheiros, 1999. p.517.

Modernamente, porém, os direitos políticos se inserem na realidade jurídica com as declarações de direitos que deram origem ao movimento constitucionalista, sendo classificados como direitos fundamentais de primeira geração.

George Marmelstein aponta que

A concepção normativa dos direitos fundamentais surge junto com **a consolidação das vigas-mestras do Estado democrático de direito, exatamente quando foram criados mecanismos jurídicos que possibilitassem a participação popular na tomada das decisões políticas**, bem como foram desenvolvidos instrumentos para o controle e limitação do poder estatal.¹⁴²

Aos mencionados “mecanismos jurídicos que possibilitassem a participação popular na tomada das decisões políticas” convencionou-se chamar direitos políticos.

No Brasil os direitos políticos estão presentes no ordenamento jurídico desde a Constituição do Império de 1824, que, a despeito de conferir ao Imperador o arbitrário Poder Moderador, previu direitos e garantias aos cidadãos.

A crítica da doutrina acerca de ditas previsões, especialmente no que se refere aos direitos políticos, é no sentido de que a concessão dos direitos políticos no Brasil, ao contrário do que ocorreu com vários estados europeus, não foi fruto de lutas ou conquistas do povo, mas partiu do Estado. Sobre o tema Valda de Souza Mendonça assevera que:

Portanto, no Brasil, ocorreu um processo histórico atípico no que se refere à construção da cidadania, pois os direitos políticos foram concedidos num processo de cima para baixo, antes mesmo que os brasileiros tivessem adquirido os direitos civis. Assim, considerando que o direito dos brasileiros em participar da vida política do Estado não foi resultado de luta, mas uma concessão do próprio Estado, acabou ocorrendo uma espécie de retardamento no que tange à consciência de cidadania política, razão pela qual a obrigatoriedade do exercício do sufrágio foi passando de Constituição a Constituição, sem que houvesse maior questionamento pela Sociedade.¹⁴³

De qualquer sorte, considerando a perspectiva de que o constitucionalismo seria a antítese do absolutismo, tratando-se de um sistema político em que houvesse, no mínimo, a separação de poderes e, nos termos da Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, previsão de direitos e garantias fundamentais, a primeira experiência brasileira de constitucionalismo é a partir da Carta Magna de

¹⁴² MARMELSTEIN, George. *Curso de Direitos Fundamentais*. 2ª edição. São Paulo: Atlas, 2009. p. 39.

¹⁴³ MENDONÇA, Valda de Souza. *Voto livre e espontâneo. Exercício de cidadania política consciente*. Florianópolis: OAB/SC Editora, 2004. p. 98.

1824, após a Declaração da Independência, ocorrida em 1822. Essa Constituição, assim como ocorria com os Estados Europeus, teve certo comprometimento com direitos e liberdades fundamentais¹⁴⁴, prevendo algumas das garantias que hoje conhecemos, tais como o princípio da legalidade e da irretroatividade das leis, a liberdade de expressão e a liberdade de ir e vir, a inviolabilidade de domicílio e de correspondência, o direito à propriedade e uma série de garantias de cunho penal, dentre outras.

Há que se ressaltar, contudo, que esse texto constitucional foi antecedido de vários conflitos, grande parte deles ocorridos na década anterior ao golpe – vale citar, a título ilustrativo, a Inconfidência Mineira e a Revolução Pernambucana – desaguariam na Independência, o que permitiu a promulgação do texto constitucional em análise.¹⁴⁵

Alguns acontecimentos¹⁴⁶, como a convocação de um Conselho de Procuradores Gerais das Províncias, demonstram a absoluta insatisfação de grande parte dos políticos da época, com o fato de o Brasil ainda ser Colônia Portuguesa. Na seqüência, cronologicamente, vale lembrar a representação enviada pelo Senado da Câmara do Rio de Janeiro, ao Príncipe Regente, protestando contra a sujeição secular ao domínio português, em meados de maio de 1822.¹⁴⁷

Nesse contexto, o Príncipe Regente convoca o referido Conselho de Procuradores. Destaca-se a fala do Príncipe na reunião do Conselho após a convocação, mencionada pela obra de Paulo Bonavides:

Dramática até certo ponto a fala do Príncipe Regente, pois não faltavam alusões pertinentes ao perigo de um colapso da Pátria, à ameaça de facções, à necessidade de salvação para honra e glória da Nação emergente; em suma, fazia-se mister um esforço unificador, que naturalmente pudesse tolher o caminho à ascensão e à desenvoltura do partido português, em franca hostilidade com o elemento nacional.¹⁴⁸

Daí porque houve rápida resposta política, a partir da análise das opiniões externadas na reunião daquele Conselho, consubstanciada em um decreto datado de 03/06/1822. Tal ato convocou uma Assembléia Luso-Brasiliense que, segundo, uma vez mais, a lição de Bonavides: “Nascia, naquele texto, o direito constitucional

¹⁴⁴ MENDES, Gilmar Ferreira. Op. cit. p. 161.

¹⁴⁵ BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes de. *História Constitucional do Brasil*. 4 ed. Brasília: Editora OAB, 2004. p. 39.

¹⁴⁶ Não se pretende, na medida em que sequer é tema do trabalho, esgotar historicamente os fatos ocorridos àquela época. Todos os acontecimentos estão referidos apenas a título de ilustração.

¹⁴⁷ BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes de. Op. cit. p. 40.

¹⁴⁸ *Ibidem*. p. 41.

positivo do Brasil: constitucionalmente a nossa independência se achava vazada ali e no decreto de 03 de junho. Faltava apenas o grito simbólico, que se ouviu menos de três meses depois no solo nativo e provincial dos Andradas.”¹⁴⁹

Muito embora a dita independência tenha tido um caráter muito mais formal do que material, de todo este contexto adveio da Constituição de 1824, a primeira Constituição Brasileira que, ao contrário do que seria desejável, foi outorgada pelo Imperador, após a dissolução da Assembleia Constituinte, o que, por si só, denota seu caráter pouco democrático. De qualquer sorte, segundo lecionam Mendes, Coelho e Branco, esta Constituição se constituiu: “no texto fundador da nacionalidade e no ponto de partida para nossa maioria constitucional.”¹⁵⁰

No campo dos direitos políticos, dentre as garantias e direitos que tal texto constitucional previu aos cidadãos, cabe mencionar os seus artigos 7º e 8º as hipóteses de perda e suspensão dos direitos políticos, atribui-lhes em seu artigo 178 o *status* de Constitucional e garantiu em seu artigo 179, XIV que “Todo o cidadão pode ser admitido aos Cargos Públicos Civis, Políticos, ou Militares, sem outra diferença, que não seja dos seus talentos, e virtudes”.

Contudo, o conceito de cidadão trazido pelo artigo 6º daquela Carta era extremamente restritivo, considerando-se cidadão apenas os homens livres ou libertos, excluindo-se, portanto, mulheres e escravos dos direitos políticos. As inúmeras restrições previstas naquela Constituição, que trazia a figura do voto censitário, são trazidas na lição de Jairo Nicolau:

Quem podia participar das eleições? Votavam homens com pelo menos 25 anos (21 anos, se casados ou oficiais militares, e independentemente da idade, se clérigo ou bacharel). Apesar de a Constituição de 1824 não proibir explicitamente, mulheres e escravos não tinham direito a voto. Os libertos podiam votar nas eleições de primeiro grau. Existia ainda uma exigência de obtenção de uma renda anual para se ter direitos ao voto: 100 mil réis por ano para ser votante e 200 mil réis por ano para ser eleitor; valores que foram atualizados em 1846 para 200 mil e 400 mil réis, respectivamente.¹⁵¹

No que se refere à elegibilidade as restrições foram ainda mais drásticas, conforme as disposições dos artigos 94 e 95 da Constituição, que dispunham:

Art. 94. Podem ser Eleitores, e votar na eleição dos Deputados, Senadores, e Membros dos Conselhos de Provincia todos, os que podem votar na Assembléa Parochial. Exceptuam-se

¹⁴⁹ Ibidem. p. 43.

¹⁵⁰ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 163.

¹⁵¹ NICOLAU, Jairo. *História do voto no Brasil*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2002. p. 11.

- I. Os que não tiverem de renda líquida annual duzentos mil réis por bens de raiz, industria, commercio, ou emprego.
 - II. Os Libertos.
 - III. Os criminosos pronunciados em querêla, ou devassa.
- Art. 95. Todos os que podem ser Eleitores, abeis para serem nomeados Deputados. Exceptuam-se
- I. Os que não tiverem quatrocentos mil réis de renda líquida, na fórmula dos Arts. 92 e 94.
 - II. Os Estrangeiros naturalizados.
 - III. Os que não professarem a Religião do Estado.

A partir de 1824 também começaram a ser editadas leis ordinárias regulamentando as eleições e os direitos políticos. A mais relevante delas foi a “Lei Saraiva”, de 09/01/1881, que de mais importante,

Aboliu as eleições indiretas até então existentes, resquício oriundo da influência da Constituição Espanhola de 1812, introduzindo as diretas. Adotou o voto do analfabeto, proibido, mais tarde, nas eleições federais e estaduais, pela Constituição de 1891.¹⁵²

Com a ruptura da ordem monárquica se institui no país, em 1889, a República, que no ano de 1891 ganhou sua lei fundamental. Embora a exteriorização da ruptura constitucional tenha ocorrido no dia 15 de novembro de 1889, a derrocada do Império já se mostrava presente, pois seria absolutamente impensável, àquela altura, qualquer manifestação acerca do Terceiro Reinado. Aliás, desde 20 anos antes, no episódio da Dissolução da Câmara dos Deputados em 1868, o Império ingressou em uma crise que acarretou em seu fim, no ano de 1889.¹⁵³

A ascensão republicana ocorreu aliada a três crises: do trabalho escravo, pois já havia manifestações contra o fato de que parte considerável da população vivia em cativeiros; a militar, em gestação desde o fim da Guerra do Paraguai; e, por último, a religiosa, contribuindo para acabar com o fundamento moral do Império.¹⁵⁴

O que causa espanto, na ruptura da Monarquia para a República, entretanto, foi a indiferença manifestada pelo povo. Apesar do desgaste da Monarquia, não houve qualquer reação à decretação da República. Para alguns, inclusive, seria impensável que o golpe ocorresse ainda com o Imperador da época ainda vivo, mas foi o que ocorreu de fato.¹⁵⁵

¹⁵² CÂNDIDO, Joel José. *Direito Eleitoral Brasileiro*. 13ª edição revista e atualizada. Bauru: EDIPRO, 2008. p. 30.

¹⁵³ BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes de. Op. cit. p. 213-214.

¹⁵⁴ Ibidem. p. 216-217.

¹⁵⁵ LEAL, Hamilton. *História das Instituições Políticas do Brasil*. Rio de Janeiro, 1962. p. 369.

De qualquer sorte, com o fim do regime monárquico, assume um governo provisório, que em 15/11/1889 emite um decreto que mais se assemelha com uma Constituição emergencial, buscando evitar o caos, ao mesmo tempo em que procurava estabelecer as bases da organização política do novo regime.¹⁵⁶ Este decreto proclama provisoriamente a República, submetendo-a à consulta popular, no primeiro exemplo de participação direta do povo nas decisões governamentais.

O Governo Provisório trouxe significativas contribuições para a modernização constitucional, por meio de sua produção legislativa, fazendo nascer a inspiração republicana no sistema constitucional brasileiro. Além disso, em dezembro de 1889, o Governo Provisório estabelece que em setembro de 1890 haveria eleição geral da Assembléia Constituinte, que elaborou a Constituição de 1891.¹⁵⁷

Esta, chamada Constituição Republicana, dedicou seus artigos 70 e 71 aos direitos políticos, determinando quem eram os alistáveis e prevendo hipóteses de perda e suspensão destes direitos. Acabou com o voto censitário, abolindo a exigência de renda mínima tanto para votar como para ser votado. Reduziu a idade mínima para adquirir a capacidade eleitoral ativa para 21 anos e retirou dos analfabetos o direito ao voto – fato relevantíssimo ao se considerar que a taxa de analfabetismo à época ultrapassava os 50% da população. Tanto o alistamento quanto o voto eram facultativos.¹⁵⁸

Esta Constituição previu também, em seu artigo 41, §3º, condições de elegibilidade para o cargo de Presidente da República. Em seu artigo 47 qualificou o sufrágio como direto, não lhe conferindo qualquer outra característica. Ademais, tratou de prever algumas causas de inelegibilidade em seus artigos 43, §1º, e 47.

Durante o período da Primeira República a legislação eleitoral continuava esparsa e ainda muito contaminada com as velhas práticas do tempo do Império. Muito pouco se desenvolveu sobre o tema, destacando-se o Decreto n.º 663/1890, que estabelecia critérios e mecanismos para a fiscalização eleitoral; a Lei n.º 35/1892, que previa o processo direito de eleições federais (já que as eleições estaduais eram reguladas por legislação estadual); a Lei n.º 1.269/1904, chamada “Lei Rosa e Silva” que previa a apuração dos votos pelas mesas receptoras e

¹⁵⁶ BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes de. Op. cit. p. 220.

¹⁵⁷ Ibidem. 221.

¹⁵⁸ NICOLAU, Jairo. Op. cit. p. 26-36.

elencava figuras penais eleitorais; e o Decreto n.º 2.419/1911, que regulamentava as inelegibilidades.¹⁵⁹ Todas estas leis, ao contrário de servirem para estabelecer segurança aos eleitores, propiciavam a prática de diversas fraudes, violando, principalmente, a garantia do sigilo do voto.

Ao final da Primeira República, a Nação se encontrava em um estado político de verdadeira revolta: o Brasil era uma federação governada pelos grandes Estados, que submetiam os pequenos a seu “imperialismo fraterno”; as oligarquias rurais apresentavam uma grande tendência à perpetuidade no poder em certos Estados, principalmente no Nordeste, e, em geral, os movimentos políticos de oposição contra o Governo começaram a ter amplitude nacional a partir da Campanha Civilista¹⁶⁰. Nesta oposição crescente, destacam-se ainda a Reação Republicana de Nilo Peçanha, que convocava o país a salvar suas instituições do autoritarismo presidencialista, que passou a governar em constante estado de sítio, e da Coluna Prestes, que percorria os sertões em busca da “identidade nacional”¹⁶¹.

Como resposta ao clamor público, a reforma constitucional de 1926 buscou “rejuvenescer as instituições” e salvar a República Velha com algumas modificações institucionais, que podem ser reduzidas a alguns pontos: ampliação dos casos de intervenção federal nos Estados, cerceamento das atribuições do Congresso Nacional, instituição do veto parcial; restrição às competências da Justiça Federal e das hipóteses de emprego do *habeas corpus*, agora somente utilizado em casos de prisão ou de cerceamento à liberdade de locomoção. Embora algumas destas mudanças tenham surtido efeito, como a alteração da disciplina do *habeas corpus*, a maioria delas foi inócua, uma vez que os protestos continuavam por todo o país, a crise do café provocava o seu desligamento da questão política, os sindicatos se inquietavam e “o clamor cívico partia dos órgãos de imprensa e alimentava a efervescência dos quartéis”. Mesmo a vitória nas urnas da Aliança Liberal, de Júlio Prestes e Washington Luis, não impediu o levante que se aproximava¹⁶². Note-se que um dos núcleos das propostas da Aliança Liberal dizia respeito justamente ao processo eleitoral e à garantia dos direitos políticos sendo que em seu programa

¹⁵⁹ CÂNDIDO, Joel José. Op. cit . p. 31.

¹⁶⁰ Paulo Bonavides e Paes de Andrade explicam a Campanha Civilista como “uma plataforma de renovação e mudanças de hábitos políticos, sem acenar todavia para transformações sociais profundas” e acrescentam que “o discurso retórico da época se limitava a criticar o Governo, enquanto poupava as instituições”. *História Constitucional do Brasil*, p. 265.

¹⁶¹ Idem, p. 265.

¹⁶² Idem. Ibidem, p. 266/267

“constavam algumas medidas de aperfeiçoamento do processo eleitoral: voto secreto, combate às fraudes e representação proporcional”.¹⁶³

A chamada República Velha encontrou seu fim com a chegada ao Poder de Getúlio Vargas após o estouro da Revolução de 1930.

Outubro de 1930 marcou o fim de uma República ao mesmo tempo que fechou um capítulo de nossa história federativa e republicana. Foi 30, sem dúvida, ano de grandes emoções patrióticas, de esperanças cívicas, de confiança no futuro. O Estado liberal da versão clássica – durante mais de um século a idéia-força de nossas instituições – chegava ao fim, depois de haver atravessado dois regimes: um Império e uma República. O País acordava para as mudanças do século. A ditadura do Governo Provisório, em algumas matérias políticas e sociais, entrava com a mesma força, o mesmo ímpeto, a mesma energia dos republicanos de 89, quando instauraram a Primeira República e cuidaram de varrer, em vinte e quatro horas, por decreto-lei, todas as instituições básicas do Império. Era a aurora do Estado Social¹⁶⁴.

Inclinado à *questão social*, Getúlio Vargas logo fundou o Ministério do Trabalho, posteriormente elaborando sua Consolidação das Leis do Trabalho, e procurou enfraquecer o poder dos coronéis, interferindo diretamente na política dos Governadores dos Estados.¹⁶⁵

Em 03/02/1932, decretou o Código Eleitoral (Decreto n.º 21.076), instituindo uma Justiça Eleitoral especializada e independente, ao contrário do que perdurava até então, em que o processo eleitoral era dirigido pela Justiça Comum. Assim, de forma a minar o antigo sistema de *verificação de poderes* e o poder dos coronéis e das oligarquias rurais, assim como as recorrentes fraudes havidas nas eleições, Getúlio Vargas criou o Tribunal Superior Eleitoral, os Tribunais Regionais Eleitorais e os juízes eleitorais antes mesmo de uma previsão constitucional, ocorrida somente na vindoura Constituição de 1934.

Sua criação [da Justiça Eleitoral] visou a substituir o então *sistema político* de aferição de poderes (feita pelos órgãos legislativos), pelo *sistema jurisdicional*, em que se incluíam todas as atribuições referentes ao direito político-eleitoral. É o *contencioso jurisdicional eleitoral*, peculiaridade constitucional brasileira, que tem revelado excelentes resultados, já existente em outros países.¹⁶⁶

Ademais disso, com o Código de 1932 foram instituídos “o voto feminino; a representação proporcional; o voto secreto em cabina indevassável; o sufrágio universal e direto”¹⁶⁷, dentre outras importantes previsões, como a obrigatoriedade

¹⁶³ NICOLAU, Jairo. Op. cit. p. 37.

¹⁶⁴ Idem. Ibidem, p. 267.

¹⁶⁵ SILVA, José Afonso da. Op. cit., p. 82.

¹⁶⁶ SILVA, José Afonso da. Op. cit., p. 581

¹⁶⁷ CÂNDIDO, Joel José. Op. cit. p. 38.

do voto, as sanções para o não alistamento e a redução da idade mínima para votar para 18 anos.

A segunda Constituição da República, de 16/07/1934, buscou aumentar os poderes do Executivo, bem como acabou com o bicameralismo rígido de então ao conceder o exercício do Poder Legislativo apenas à Câmara dos Deputados, colocando o Senado Federal como órgão de mera colaboração desta (arts. 22 e 88 e ss.). Por sua vez, tratou dos Direitos Políticos nos artigos 108 a 112 do Capítulo I do Título III denominado “Da declaração de direitos”.

Verifica-se a partir daí normas mais estruturadas com relação aos direitos políticos, havendo a previsão de condições de alistabilidade, abrindo pela primeira vez na história das constituições brasileiras, a possibilidade do voto à mulher “quando estas exerçam função pública remunerada”, que já era prevista no Código Eleitoral. Também pela primeira vez previu a obrigatoriedade do voto. Quanto às hipóteses de perda e suspensão dos direitos políticos limitou-se a repetir os dispositivos anteriormente vigentes. No que se refere às inelegibilidades, no entanto, trouxe uma série de limitações expressas à capacidade eleitoral passiva, ampliando consideravelmente as hipóteses de inelegibilidade.

Outra importante alteração que se nota na Constituição de 1934 foi a adjectivação do sufrágio. Com efeito, ao contrário da lacônica previsão da Constituição anterior estabeleceu que a eleição do Presidente da República se daria através de sufrágio universal, direto e secreto. No caso das eleições de deputados e senadores estabeleceu o sufrágio universal, igual e direto, enquanto que para os “Deputados das profissões” reservou sufrágio indireto.

Sob a égide da Constituição de 1934 foi editado um novo Código Eleitoral, em 1935, que regulamentou as eleições federais, estaduais e municipais. De relevante, ao que interessa ao presente estudo, podemos destacar que “elencou, longamente, as inelegibilidade, delegando à Constituição Federal e às leis estaduais o direito de aumentar esse elenco”¹⁶⁸.

Neste período, já se manifestavam no Brasil as influências de ideologias próprias do mundo pós-guerra de 1918. Surgem agora dois partidos políticos: a Ação Integralista Brasileira, sob chefia de Plínio Salgado, e reorganiza-se um partido comunista, de comando de Luís Carlos Prestes, ambos almejando o poder ocupado

¹⁶⁸ *Ibidem*. p. 38-39.

por Getúlio Vargas. Reagindo a tal cenário, Getúlio dissolve a Câmara e o Senado, revoga a Constituição de 1934 e outorga sua própria Carta Constitucional em 10/11/1937¹⁶⁹.

Em sua análise do fato, Humberto Leal, antes do Golpe de 1964 afirmou que “todos os povos, em sua história, têm um dia que vale pela definição da própria infâmia. (...) O 10 de novembro de 1937, dia da traição nacional, ficou sendo a nossa página tarjada de negro” e, finaliza, ainda, que “os que nele tomaram parte, direta ou indiretamente, trarão sempre consigo êsse estigma e terão que expiar, queiram ou não, o julgamento incorruptível da posteridade”¹⁷⁰.

Instituindo uma nova ordem agora intitulada *Estado Novo*, a nova Carta Constitucional estava condicionada à aprovação por plebiscito, que nunca ocorreu. Assim, Getúlio verdadeiramente instalou a ditadura no País. Como forma de justificar a outorga da Carta, afirmou que “as novas formações partidárias, surgidas em todo o mundo, por sua própria natureza refratária aos processos democráticos, oferecem perigo imediato para as instituições, exigindo, de maneira urgente, e proporcional à virulência dos antagonismos, o reforço do poder central”. E assim o fez.

A Carta outorgada, chamada de “A Polaca”, pela influência da Constituição autoritária da Polônia, fez surgir uma “burocracia estatal com pretensões legislativas”, fortalecendo e centralizando o Poder Executivo e minando completamente o Poder Legislativo. Entre as atribuições e prerrogativas do Presidente, encontravam-se as de expedir de decretos-leis; declarar guerra, mediante autorização do Parlamento, e, independentemente desta, em caso de agressão ou invasão estrangeira; intervir nos Estados e neles executar a intervenção; decretar o estado de emergência e o estado de guerra; dissolver a Câmara dos Deputados no caso desta não aprovar as medidas tomadas pelo Presidente durante o estado de emergência ou de guerra; adiar, prorrogar e convocar o Parlamento. Mais grave ainda eram o art. 171, que dizia que “na vigência do estado de guerra deixara de vigorar a Constituição nas partes indicadas pelo Presidente da República” e o art. 168, que elencava o rol de prerrogativas do Chefe do Executivo durante o estado de emergência, dentre as quais a “suspensão da liberdade de reunião” e a “busca e apreensão em domicílio”¹⁷¹.

¹⁶⁹ SILVA, José Afonso da. Op. cit., p. 83/84.

¹⁷⁰ LEAL, Humberto. Op. cit., p. 531/532.

¹⁷¹ BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes de. Op. Cit., p. 338/339.

A Constituição de 1937, como não poderia deixar de ser, por sua grande influência fascista, representou grande retrocesso aos direitos políticos, acabando com a organização da Justiça Eleitoral, garantia mínima de lisura dos pleitos. Tratou destes direitos em seus artigos 117 a 121, limitando-se a dispor acerca das condições para o alistamento, hipóteses de perda e suspensão e inelegibilidades, restringindo bastante estas últimas. Estabeleceu sufrágio direto para o cargo de Vereador (artigo 26, a), indireto para Deputado (artigo 46) e indireto ou universal para Presidência, conforme o Presidente indicasse ou não um dos candidatos.

Apesar de toda a involução dos direitos políticos havida em 1937 é de se anotar que ela previu o plebiscito como forma de participação direta do povo no governo, submetendo o artigo 187 a própria Constituição a plebiscito popular. Como dito anteriormente, entretanto, tal plebiscito jamais ocorreu, ou seja, como ensinam Paulo Bonavides e Paes de Andrade, “a Constituição de 37 não respeitou nem mesmo seu próprio texto, concentrando direitos numa única pessoa (o Presidente)”, se tornando o “biombo de uma ditadura que sequer tinha preocupações com os disfarces”¹⁷². O mesmo disse José Afonso da Silva, concluindo que “houve ditadura pura e simplesmente, com todo o Poder Executivo e Legislativo concentrado nas mãos do Presidente da República, que legislava por via de decretos-leis que ele próprio depois aplicava, como órgão do Executivo”¹⁷³.

Em 1945 inicia-se o processo de redemocratização do país com a convocação de eleições para presidente, senadores e deputados federais e a edição da Lei Agamenon, que regulamentou o processo da eleição. Esta lei ampliou a obrigatoriedade do alistamento e do voto, introduziu um novo sistema eleitoral exclusivamente proporcional e estabeleceu critérios de organização de partidos políticos.¹⁷⁴

Os resultados foram tão satisfatórios que Jairo Nicolau chega a afirmar que

As eleições de 1945 foram as primeiras da história brasileira que foram ao mesmo tempo limpas e tiveram uma significativa participação eleitoral. Todo o processo eleitoral (alistamento, votação, apuração e proclamação dos eleitos) continuou sob a responsabilidade da Justiça Eleitoral. O comparecimento às urnas ultrapassou a taxa de 10% da população total (...) As eleições de 1933 e 1934 haviam sido limpas, mas tiveram baixo comparecimento (apenas 3,3%). Por isso, o pleito de 1945 pode ser considerado um marco, pois colocou o país no rol das democracias de massa.¹⁷⁵

¹⁷² BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes de. Op. Cit., p. 339.

¹⁷³ SILVA, José Afonso da. Op. Cit., 11 ed., 1996, p. 84.

¹⁷⁴ NICOLAU, Jairo. Op. cit. p. 43-45.

¹⁷⁵ Ibidem, p. 45-46.

Em 1946 Constituição é promulgada e, ao contrário das anteriores, a Constituição de 1946 não partiu de um anteprojeto vindo de fora, mas sim de uma “grande comissão”.¹⁷⁶

Nela se resgata a figura do sufrágio universal, direto e secreto, assegurando-se, ainda, representação proporcional aos partidos políticos.

Nas palavras de Afonso Arinos “a Constituição de 1946 assemelhava-se bastante à de 1934, em relação à qual teve vida bem mais longa, favorecida que foi pela inexistência de um ambiente internacional que lhe fosse hostil, o que não impediu entretanto, viesse a se tornar vítima de desgaste interno, que levou ao seu desaparecimento, em razão de algumas de suas imperfeições, é verdade, mas sobretudo pela divisão pela divisão nacional das classes dirigentes, sempre incapazes de compreender que a oposição democrática não significa luta contra as instituições.”¹⁷⁷

A constituinte ganhou elogios por ter a melhor distribuição das competências entre a União, os Estados e os Municípios, dentre outras melhorias no direito político e social. Também foi fortemente criticada por enfraquecer o executivo e fortalecer o legislativo, além de adotar o pluralismo partidário.

Quanto às condições de alistamento e hipóteses de perda e suspensão dos direitos políticos em nada inovou, mantendo as redações anteriores.

Entretanto, voltou a estruturar o sistema de inelegibilidades, previsto anteriormente na Constituição de 1934 e no Código Eleitoral de 1935, ampliando suas hipóteses nos artigos 139 e 140.

Manteve-se a figura do plebiscito, desta vez para os casos de incorporação, subdivisão ou desmembramento de estados-membros (artigo 2º).

Sob a égide desta constituição foi editado o Código Eleitoral de 1950, que introduziu o sistema eleitoral até hoje utilizado por nós, com a pequena alteração havida em 1997 quanto à contabilização dos votos em branco.

Enquanto estava em vigência a Constituição de 1946, no Governo do Presidente João Goulart, ocorreu, em 1964, o Golpe Militar. A referida constituição sofreu várias emendas e foi suspensa pelo ato institucional, quando foi posteriormente substituída pela Constituição de 1967. Dentre eles ressalta-se o Ato

¹⁷⁶ MENDES, Gilmar Ferreira. Op. cit. p.173/175.

¹⁷⁷ FRANCO, Afonso Arinos de Melo. Direito Constitucional, *in Direito natural/Direito positivo, cit.*, 91.

Institucional n.º 2 de 1965 que extinguiu o multipartidarismo e o Ato Institucional n.º 3 de 1966, que instituiu as eleições indiretas para os cargos de governador e vice-governador, o que posteriormente também foi adotado para as eleições presidenciais, bem como determinou que os prefeitos das capitais seriam nomeados pelos governadores.¹⁷⁸

A Constituição seguinte, promulgada em meio às turbulências do ano de 1967, repetiu quase que na totalidade as disposições de sua antecessora quanto aos direitos políticos. Mas não parou por aí. Foi além ao prever expressamente, pela primeira vez, a hipótese de estabelecimento de outras causas de inelegibilidade que não aquelas por ela enumeradas. Foi a disposição do artigo 148:

Art 148 - A lei complementar poderá estabelecer outros casos de inelegibilidade visando à preservação:
I - do regime democrático;
II - da probidade administrativa;
III - da normalidade e legitimidade das eleições, contra o abuso do poder econômico e do exercício dos cargos ou funções públicas.

Ao lado do plebiscito, então denominado de consulta prévia, foi previsto como garantia fundamental outro importante mecanismo de participação direta, qual seja a ação popular.

Em 13/12/1968 o Presidente da República, Costa e Silva, baixou o Ato Institucional nº 5. O AI-5 acabou com a expectativa de que o fim dos atos institucionais estivesse próximo e que a Constituição de 1967 pudesse deixar de ser a institucionalização do regime militar e passasse a ser, efetivamente um instrumento de democratização.

O AI-5 além de englobar todos os itens dos atos anteriores, acrescentou dispositivos contrários à constituição de um Estado Democrático, como a suspensão do *habeas corpus*, a autorização da intervenção em estados e municípios, e a concessão de total arbítrio ao Presidente da República para decretar estado de sítio e sua prorrogação.

Nesse contexto de resistência à democracia, foi outorgada “uma nova Constituição”, a Emenda Constitucional nº 1, de 1969, deu nova redação a Constituição de 1967, adaptando os atos institucionais editados até então.

¹⁷⁸ NICOLAU, Jairo. Op. cit. p. 55-59.

Assinada pela Junta Militar que assumiu o poder em 1969, a Emenda de 1969, bem como a Constituição de 1967, continuou por institucionalizar o regime militar. Nas palavras de Paulo Bonavides “Outorgar uma ‘Constituição’ (ela é na verdade uma emenda constitucional) como a de 69 depois de baixar o AI-5, é um insulto à vocação democrática do nosso povo, que afinal, a recebeu como uma piada de mau gosto”.¹⁷⁹

Tal Emenda não foi considerada autônoma pelos juristas e o Executivo passou a preocupar-se com a legitimidade constitucional. Assim, não há Constituição de 1969, e sim Emenda Constitucional de 1969, que modificou aspectos da Constituição de 1967. Esse foi o entendimento do Supremo Tribunal Federal, que reconheceu por unanimidade a vigência da Constituição de 1967 e não da Emenda de 1969.

Não obstante a preocupação com a legitimidade constitucional, o poder arbitrário há muito tempo instituído, fez da Emenda de 1969 mais um instrumento para dar fisionomia jurídica a um regime de poder de fato.

Em 29/04/1970, foi editada a Lei Complementar nº 05 estabelecendo, de acordo com a Emenda Constitucional de 1969, casos de inelegibilidade e o procedimento de impugnação ao pedido de registro de candidatura.

A Constituição de 1988 foi a primeira Constituição brasileira que não originou de uma ruptura anterior das instituições. Nasceu da revolta da nação, que não admitia viver sobre o égide da ditadura e das limitações as liberdades públicas.

O período de transição da ditadura militar para a Nova República foi marcado pelos excessos do poder autoritário, que fantasiado por uma doutrina de segurança, nada mais era do que o instrumento de garantia do poder arbitrário do regime militar.

Em busca do reequilíbrio da vida nacional, as organizações de esquerda e liberal-democrática promoviam manifestações que exerciam papel de coesão das forças na defesa das liberdades.

A partir de 1971, organizações como a Ordem dos Advogados do Brasil, sindicatos de trabalhadores, a Conferência Nacional dos Bispos no Brasil, passaram a manifestar publicamente a ânsia pelo retorno do espírito democrático.

¹⁷⁹ BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes de. Op. cit. p.

Em 1984 o povo foi para as ruas, exigindo a eleição direta em todos os níveis – naquele momento somente a eleição para governadores era direta. No entanto a pretendida reforma não foi aprovada e as “Diretas-Já” não ocorreram. Em 15 de março de 1985, Tancredo Neves elegeu-se Presidente pela via indireta, com a promessa de construir uma “Nova República”, democrática e social, mais prudente e moderada que seria concretizada por uma nova Constituição, a ser elaborada por um Poder Constituinte, que seria eleito em 1986. O novo Presidente teve apoio de toda população e sua eleição foi marcada pela possibilidade de um novo período na história das instituições políticas brasileiras.

Com a morte do Presidente Tancredo Neves, assume o Vice-Presidente, José Sarney, que cumprindo a promessa de Tancredo, enviou ao Congresso Nacional proposta de Emenda Constitucional, convocando a Assembléia Nacional Constituinte. Em novembro de 1986, o povo foi às urnas escolher os membros da Constituinte. Em fevereiro de 1987, foram convocados os membros eleitos, da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, fazendo com que a Assembléia Constituinte fosse, na verdade, um Congresso Constituinte. Não obstante, o novo texto constitucional chamado de Constituição Cidadã, foi considerado socialmente avançado, notadamente com relação aos direitos políticos que analisaremos detidamente mais adiante.

3.2 OS DIREITOS POLÍTICOS COMO DIREITOS FUNDAMENTAIS

Todas as premissas traçadas nos capítulos anteriores tiveram o único objetivo de bem conduzir a análise dos direitos políticos, uma vez que tais direitos são qualificados como direitos fundamentais.

Não há na doutrina pátria qualquer dissenso acerca deste fato. E não poderia ser diferente, uma vez que os direitos políticos estão topograficamente previstos no Título II da Constituição Federal de 1988, que trata “Dos direitos e garantias fundamentais”, o que leva à conclusão de que os direitos políticos são direitos formalmente fundamentais.

Não obstante o argumento topográfico se demonstre bastante forte, ele não encerra a questão. Com efeito, os direitos políticos, sem sombra de dúvida, são

materialmente fundamentais uma vez que “constituem um desdobramento do princípio democrático inscrito no art. 1º, parágrafo único”¹⁸⁰, formando “a base do regime democrático”¹⁸¹.

Com efeito, os direitos políticos, tais como conhecidos hoje, estão umbilicalmente relacionados com o conceito de democracia, funcionando por um lado como instrumento de realização desta democracia e, por outro como um fator legitimador da democracia, uma vez que, como mais adiante se verá, não há democracia sem que se assegure a aplicação material de princípios próprios dos direitos políticos, como a liberdade do voto.

George Marmerlstein ressalta esta íntima relação afirmando que “os direitos políticos fecham o que se pode chamar de ciclo democrático, que interliga todos os direitos fundamentais, com base na idéia de indivisibilidade e interdependência desses direitos”.¹⁸²

Prossegue o autor explicando que

O ciclo democrático pode ser descrito da seguinte forma: o Estado, através dos direitos econômicos, sociais e culturais, proporciona as condições mínimas para que os indivíduos possam exercer plenamente a sua autonomia de escolha (direitos de liberdade). Estando apto a exercer a sua liberdade de escolha, o ser humano pode decidir de que grupos sociais ou movimentos políticos deseja fazer parte (liberdade de reunião). Com isso, participando dos grupos sociais que mais reflitam seus ideais, o ser humano pode fazer com que os seus pontos de vista possam circular livremente, expandindo o direito de liberdade de expressão. O livre intercâmbio de idéias é o requisito essencial para munir o povo de informações suficientes (direito de informação) para que seja capaz escolher corretamente os seus representantes políticos (direitos políticos). Com isso, fecha-se o ciclo democrático, já que os Estado, a partir de então qualificado como Estado Democrático de Direito, terá como missão justamente permitir que todos os cidadãos sejam tratados com igual dignidade, criando as condições básicas para que todos ser humano tenha uma vida digna e capaz de se autodeterminar e assim sucessivamente.¹⁸³

Quanto às classificações apresentadas, os direitos políticos apresentam-se como direitos de primeira geração e de participação.

Não basta para o objetivo do presente estudo a mera afirmação de que os direitos políticos são direitos fundamentais. É necessário que se analise, de acordo com as premissas já estabelecidas linhas acima, as conseqüências jurídicas advindas de dita qualificação.

¹⁸⁰ MORAES, Alexandre de. Op. cit. p. 207.

¹⁸¹ MENDES, Gilmar Ferreira. Op. cit.. p. 729.

¹⁸² MARMELSTEIN, George. Op. cit. p.187.

¹⁸³ Idem.

Em primeiro lugar há que se frisar que ao se afirmar que os direitos políticos são direitos fundamentais se está a reconhecer a importância e significação jurídica que possuem. Ora, como já se assentou neste estudo, fundamentais são os direitos essenciais, basilares e fundantes das estruturas básicas do Estado e da sociedade, ou seja, direitos sem os quais não se concebe a formação da sociedade e sua convivência pacífica e digna.

E esta importância, no caso dos direitos políticos, ganha mais relevo ao passo que, como já afirmado anteriormente, eles são reconhecidos como a base e o fundamento do Estado Democrático, servindo, desta forma, como garantidor de todos os demais direitos fundamentais.

Com efeito, admitindo-se que somente um Estado Democrático, instituído com o objetivo de garantir os interesses públicos, é capaz de oferecer ao cidadão a proteção jurídica dos direitos fundamentais e, a par disso, que os direitos políticos formam a base do regime democrático, garantindo-o através de seus institutos, é possível vislumbrar-se a especial função dos direitos políticos de conformar e garantir todos os demais direitos e garantias fundamentais.

Tanto é assim, tamanha é a importância dos direitos políticos, que uma parcela de sua expressão – o voto – guarda uma característica única entre os direitos fundamentais: a obrigatoriedade. Ao dispor que o voto é obrigatório aos maiores de 18 e menores de 70 anos o constituinte originário transformou, pela sua relevância, um direito em um dever de participação ativa nas decisões estatais.

Tal opção constitucional, embora possa refletir a significância do voto para o regime democrático de direito, é alvo de uma série de críticas por parte da doutrina, que entende a obrigatoriedade do voto como inconstitucional.

Nos parece que com razão Valda de Souza Mendonça afirma que

O exercício dos direitos políticos deve partir de um ato de consciência de cidadania, de numa vontade espontânea de cada cidadão, e não ser decorrente de uma imposição de lei, pois, quando o cidadão vota por ser obrigado, a soberania popular apresenta-se suprimida pela força coercitiva do Estado e o povo Não poderá ser considerado soberano, mas tão-somente instrumento que serve à nação para escolher o corpo de dirigentes do Estado.¹⁸⁴

A autora defende a necessidade de uma emenda constitucional para afastar a obrigatoriedade do voto, argumentando que a restrição da possibilidade de o cidadão optar entre votar e não votar se demonstra contrário aos ideais

¹⁸⁴ MENDONÇA, Valda de Souza. Op. cit. p. 89.

democráticos, tratando-se de ato de verdadeira violência do Estado que, a pretexto de aplicar o regime democrático, acaba por contrariá-lo, visto como somente o voto consciente poderá efetivá-lo.

Muito embora esta discussão seja extremamente interessante ela refoge ao tema ora proposto, sendo certo que, a despeito das fundamentadas críticas, a obrigatoriedade do voto demonstra a relevância dos direitos políticos em nossa sociedade.

Outra conseqüência direta da qualificação dos direitos políticos como direitos fundamentais é que eles possuem uma dúplici dimensão: subjetiva e objetiva. Vale dizer, os direitos políticos vinculam o Estado e, em algumas hipóteses, o particular mesmo quando não estiver presente um direito ou interesse subjetivo. Vale dizer, exigem que o Estado lhes promova a máxima realização, não apenas se abstendo de interferir indevidamente no seu exercício como lhe garantindo condições de efetiva realização.

Assim, em primeiro lugar, o princípio democrático impõe-se ao legislador na disciplina da organização e do funcionamento das instituições privadas. É certo que, diante de outros interesses constitucionais igualmente relevantes, como o pluralismo, a autonomia associativa, a liberdade de empresa e a privacidade, o legislador poderá ponderar o princípio democrático, de forma proporcional, conferindo um espaço maior para os particulares definirem os termos das suas relações recíprocas nas entidades intermediárias. Mas ele não poderá jamais fazer tabula rasa do princípio democrático, que também devesse comparecer nesta ponderação.

E nos casos em que o legislador já houver concretizado em alguma medida o cânone democrático na esfera privada, caberá invocar o princípio da proibição do retrocesso para obstar medidas que anulem ou enfraqueçam injustificadamente os avanços já conquistados no plano normativo.

Além disso, o princípio democrático também condiciona os juízes na interpretação e aplicação das normas do Direito Privado, assim como na exegese de cláusulas contratuais ou estatutárias que rejam as instituições associativas – neste último caso, inclusive, independentemente de qualquer mediação por parte do legislador ordinário.¹⁸⁵

A efetividade e a aplicabilidade imediata também são características inerentes aos direitos políticos pela sua natureza jurídica de direito fundamental. Efetividade e aplicabilidade imediata que, nas palavras de José Afonso da Silva, consistem “a garantia das garantias” dos direitos fundamentais. Segundo o autor,

Sua existência só por si, contudo, estabelece uma ordem aos aplicadores da Constituição no sentido de que o princípio é o da eficácia plena e aplicabilidade imediata das normas definidoras dos direitos fundamentais: individuais, coletivos, sociais, de nacionalidade e

¹⁸⁵ SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p.361-362.

políticos, de tal sorte que só em situação de absoluta impossibilidade se já de decidir pela necessidade de normatividade ulterior de aplicação.¹⁸⁶

Ademais disso, corolário da jusfundamentalidade dos direitos políticos são suas características de prevalência sobre lei, independência, inalienabilidade e irrenunciabilidade.

Por fim, a característica que mais nos interessa no presente estudo, que deriva da natureza de direitos fundamental dos direitos políticos, se refere à sua intensidade e formas de restrições.

Com efeito, como já tratamos linhas acima, as restrições aos direitos fundamentais possuem limites rígidos e devem atender a regras determinadas para serem consideradas legítimas, quais sejam: a) sempre servir a um fim constitucional; b) estarem previstas expressamente pela Constituição Federal ou por lei infraconstitucional, sempre que autorizadas por Carta Magna (reserva legal); c) no caso de não encontrarem previsão expressa, se mostrarem indispensáveis para a manutenção de outro direito fundamental, em situação de conflito; d) observarem em sua previsão e aplicação o princípio da proporcionalidade, considerado em seus três sub-princípios (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito); e e) respeitarem e garantirem a integridade do núcleo essencial do direito – o chamado limite dos limites.

Neste ponto é importante frisar que mesmo as restrições expressamente previstas na Constituição (que é o caso das condições de elegibilidade e algumas causas de inelegibilidade), a despeito de serem constitucionais e, a maioria delas, derivadas do poder constituinte originário, precisam observar o princípio da proporcionalidade em sua interpretação e aplicação, de modo a se garantir o respeito ao núcleo essencial dos direitos políticos e não inviabilizem o exercício dos direitos políticos.

Parece desnecessário dizer que todas as restrições aos direitos políticos estarão sujeitas a um severo controle de constitucionalidade, sendo passíveis de exclusão do ordenamento jurídico sempre que seu conteúdo afete indevidamente o âmbito de proteção dos direitos políticos, limite imanente do próprio direito fundamental.

¹⁸⁶ SILVA, José Afonso da. *Curso...* Op. cit. p. 469.

3.3 O ÂMBITO DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS POLÍTICOS

Para uma correta análise da legitimidade do sistema de inelegibilidades para atuar como restrição aos direitos políticos mister se faz estabelecer qual é o âmbito de proteção destes direitos, uma vez que todas as condutas e situações que não estiverem albergadas pelo âmbito de proteção configuram os primeiros limites impostos ao direito fundamental.

Inicialmente cumpre ressaltar que, conforme nos lembra Gilmar Ferreira Mendes “, o âmbito de proteção não se confunde com proteção efetiva e definitiva, garantindo-se apenas a possibilidade de que determinada situação tenha a sua legitimidade aferida em face de dado parâmetro constitucional”.¹⁸⁷

Como já anotado em diversas oportunidades este estudo adota, para fins de delimitação do âmbito de proteção, a teoria do suporte amplo, pela qual todas as situações que podem ser albergadas no âmbito temático de um direito fundamental estão, ao menos *prima facie*, protegidas.

Isto significa que, ao se afirmar que determinada situação se encontra no âmbito de proteção de um direito fundamental não se está a dizer que será garantida em todo e qualquer caso, mas sim que eventuais restrições devem ser vistas com reservas, sob uma leitura constitucional que permita a melhor efetivação do direito tratado.

Os direitos políticos estão previstos no artigo 14 da Constituição Federal, que dispõe:

Art. 14. A soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos, e nos termos da lei, mediante:

Da redação do artigo e com base nas premissas já traçadas é possível afirmar que o âmbito de proteção dos direitos políticos é o sufrágio em toda a sua extensão.

Neste momento cabe uma breve reflexão acerca da distinção entre sufrágio e voto. Sufrágio é um “direito público subjetivo democrático”, é “a instituição fundamental da democracia representativa, e é pelo seu exercício que o eleitorado –

¹⁸⁷ MENDES, Gilmar Ferreira. Op. cit. p. 14.

instrumento técnico do povo – outorga legitimidade aos governantes”.¹⁸⁸. Voto, por sua vez, é um dos instrumentos de manifestação do direito ao sufrágio, “é um ato político pelo qual se materializa a vontade popular, ou seja, coloca no plano prático o direito de sufrágio”¹⁸⁹.

Alexandre de Moraes ensina que o sufrágio é “a essência do direito político, expressando-se pela capacidade de eleger e de ser eleito.”¹⁹⁰, mostrando-se muito mais amplo do que o voto.

O sufrágio, portanto, abrange o que se denomina de capacidade eleitoral ativa – o direito de votar – e a capacidade eleitoral passiva – o direito de ser votado, no qual esse estudo se deterá.

Contudo, para a exata delimitação do âmbito de proteção dos direitos políticos é insuficiente que se afirme a proteção ao sufrágio. Isto, porque o sufrágio que a Constituição Federal de 1988 garante é o sufrágio universal, igual e livre. Passemos a analisar de forma breve cada um destes princípios norteadores do sufrágio.

Nos termos da Constituição, o sufrágio é universal, o que significa que o direito político se reconhece a todos os nacionais do País, independentemente da pertinência a dado grupo ou dada classe, ou da apresentação de certa qualificação.¹⁹¹

Mais uma vez recorreremos às palavras de José Afonso da Silva quando afirma que “a universalidade do direito ao sufrágio é um princípio basilar da democracia política, que se apóia na identidade entre governantes e governados.”¹⁹²

Pela universalidade do sufrágio, este considerado em seu aspecto positivo, é garantido a todos os cidadãos o direito de votar, independentemente de sexo, raça, credo, classe social ou condição intelectual. “Considera-se, pois, universal o sufrágio quando se outorga o direito de votar a todos os nacionais de um país, sem restrições derivadas de condições de nascimento, de fortuna ou de capacidade especial.”¹⁹³

¹⁸⁸ SILVA, José Afonso da. *Comentário Contextual à Constituição*. 3ª edição. São Paulo: Malheiros, 2007. p.214.

¹⁸⁹ MENDONÇA, Valda de Souza. Op. cit. p. 104.

¹⁹⁰ MORAES, Alexandre de. Op. cit. p. 208.

¹⁹¹ MENDES, Gilmar *et al.* Op. cit. p.730.

¹⁹² SILVA, Jose Afonso da. Op.cit. p. 215.

¹⁹³ SILVA, José Afonso da. *Comentário...* p.215.

A garantia do voto universal é novidade entre nós, que somente foi alcançada em 1985, quando a Emenda Constitucional nº 25/85, que derrubou a última restrição imposta ao direito de voto: o analfabetismo. Era esta a última das barreiras impostas pelas Constituições brasileiras que sempre previram restrições ao voto, desde o Império, onde o voto era censitário, até a República, onde se impedia o voto das mulheres e dos analfabetos, excluindo da atividade política os menos válidos.

Note-se que a universalidade do voto não significa que a capacidade eleitoral passiva é concedida a todos indistintamente. Condições podem, e devem, ser observadas para se obter o direito ao voto e a participação nas decisões políticas do país, desde que se observe que “só se podem reputar compatíveis com o sufrágio universal as condições puramente técnicas e não-discriminatórias, sendo-lhe opostas quaisquer exigências de ordem econômica e intelectual ou determinadas patas de valor pessoal.”¹⁹⁴

O princípio da universalidade encontra eco também na faceta negativa do direito ao sufrágio, vale dizer, no sufrágio passivo, traduzindo-se, aqui, na garantia de acesso a candidatura sem distinções ou condições decorrentes das qualidades dos sujeitos.

Gilmar Mendes, observando esta faceta do princípio da universalidade, assevera que

Numa democracia a elegibilidade deve tender à universalidade, tanto quanto o direito de alistar-se eleitor. Suas limitações não deverão prejudicar a livre escolha dos eleitores, mas ser ditadas apenas por considerações práticas, isentas de qualquer condicionamento político, econômico, social ou cultural.¹⁹⁵

Não basta, contudo, para se garantir um ambiente democrático, que se assegure a universalidade do voto. É necessário também que haja igualdade entre todos os cidadãos para influenciar nas decisões, na estrutura e no funcionamento do Estado. Pode-se afirmar, assim, que

Outra exigência democrática é que o sufrágio seja igual. Não basta, portanto, que se reconheça a todos o direito de votar, observando-se a universalidade. É necessário também que cada eleitor disponha de número igual de votos dos demais. Trata-se, na verdade, da aplicação, no campo do direito político, do princípio de igualdade de todos perante a lei. Em

¹⁹⁴ SILVA, José Afonso da. *Comentário...* p. 215.

¹⁹⁵ SILVA, José Afonso da. *Comentário...* p. 215.

seu sentido mais abrangente, significa atribuir a todos iguais pressupostos para ser eleitor e para elegibilidade.¹⁹⁶

Para José Jairo Gomes,

O sufrágio igual decorre do princípio da isonomia. Os cidadãos são equiparados, igualados, colocados no mesmo plano. O voto de todos apresenta idêntico peso político, independentemente de riquezas, idade, grau de instrução, naturalidade ou sexo. Significa dizer que todas as pessoas têm o mesmo valor no processo político-eleitoral: *one man, one vote*.¹⁹⁷

Assim como na universalidade, a igualdade do sufrágio pode ser compreendida tanto em relação ao sufrágio ativo, como visto acima, como em relação ao sufrágio passivo, onde se expressa como a igualdade de todos os cidadãos no acesso à candidatura. Em outras palavras, todos os cidadãos devem ter garantidas iguais oportunidades de se lançarem como candidatos.

A igualdade do direito de ser votado constitui outro aspecto do princípio da igualdade do sufrágio. Caracteriza a desigualdade do direito da elegibilidade o fato de criarem-se condições discriminatórias para que alguém possa ser eleito a determinado cargo eletivo. Em princípio, pois, todo eleitor deverá ser elegível para cumprimento de mandatos, nas mesmas condições. Já vimos que não é assim no nosso Direito Constitucional, no qual eleitores analfabetos e menores de dezoito anos não são elegíveis a nada.¹⁹⁸

Por fim, “embora não esteja explícito nessa norma constitucional é evidente que esse voto tem outra qualificação: ele há de ser livre. Somente a ideia de liberdade explica a ênfase que se conferiu ao caráter secreto do voto.”¹⁹⁹

Com efeito, a doutrina é uníssona ao afirmar que o sistema constitucional brasileiro qualifica o sufrágio como livre, garantindo, para tanto, que o voto seja secreto.

A ideia parece bastante singela e óbvia, pois é inconcebível que em um Estado que se pretenda realmente democrático não se garanta ao cidadão a possibilidade de decidir por si seu voto, livre da influência indevida ou da pressão de quem quer que seja. Esta garantia é definida por Gilmar Mendes quando afirma que

A ninguém é dado o direito de interferir na liberdade de escolha do eleitor. A liberdade do voto envolve não só o próprio processo de votação, mas também as fases que a precedem,

¹⁹⁶ SILVA, Jose Afonso da. *Curso...* p. 355.

¹⁹⁷ GOMES, José Jairo. *Direito Eleitoral*. 4ª edição revista, atualizada e ampliada. Belo Horizonte: Del Rey, 2010. p.39.

¹⁹⁸ SILVA, Jose Afonso da. *Curso...* p. 356.

¹⁹⁹ MENDES, Gilmar Ferreira *et al.* Op. cit. p. 732

inclusive relativas à escolha de candidatos e partidos em número suficiente para oferecer alternativas aos eleitores.²⁰⁰

Importante ressaltar que a liberdade de sufrágio garante ao eleitor também a faculdade de livremente decidir se deseja votar. Muito embora o voto seja classificado como obrigatório pela Constituição Federal, e aqui retomamos as críticas que expusemos acima, o que é de fato obrigatório é o comparecimento do eleitor no dia do pleito. Comparecendo à urna, entretanto, o eleitor deverá decidir livre e conscientemente em quem votar ou, ainda, se deve ou não votar, sendo-lhe facultadas as possibilidades do voto branco ou nulo.

Por outro aspecto a liberdade de sufrágio encontra expressão também na capacidade eleitoral negativa, sendo que todos os cidadãos devem ser livres para concorrer ao pleito.

Neste aspecto interessante é a lição de Óscar Sanchez Muñoz que encontra nos princípios da igualdade e da liberdade de sufrágio uma grande conexão, uma verdadeira simbiose, afirmando que

En así como en la mayoría de los sistemas democráticos se llega al convencimiento de que, para salvaguardar la participación de los ciudadanos en la vida política en condiciones que permitan la libre formación de su opinión, la libertad de actuación de los competidores electorales, por ejemplo en las campañas electorales, debe necesariamente conjugarse con el principio de igualdad de oportunidades entre ellos.

Prossegue o autor dizendo que

En definitiva, es necesario que se garantice el derecho de acceso a la competición electoral por parte de aquellos sujetos que lo deseen. Si no es así, la oferta electoral se vería limitada o coartada, lo que supondría un menoscabo del derecho de los electores a elegir en libertad.²⁰¹

Pode-se afirmar, em uma sintética conclusão, que o âmbito de proteção dos direitos fundamentais é o sufrágio universal, igual e livre, assim considerado, em sua conformação ativa, como aquele que permita a todos os cidadãos o direito a um voto de igual valor, que pode ser decidido independentemente de qualquer influência ou pressão externa e, em sua conformação passiva, como a possibilidade indistinta a todos os cidadãos de pleitear cargos públicos, garantindo-lhes igualdade de oportunidade de acesso ao pleito e de apresentação de uma campanha livre.

Note-se, neste ponto, que não se afasta com esta interpretação o pluripartidarismo e todas as regras dispostas no artigo 17 da Constituição Federal do

²⁰⁰ MENDES, Gilmar Ferreira *et al.* Op. cit. p. 733.

²⁰¹ SANCHES, Oscar Muñoz. Op. cit. p. 26 e 37.

âmbito dos direitos políticos, mas tão somente afirma-se que também estas regras visam a efetivação do sufrágio tal como qualificado na Carta Magna, sendo este o âmbito de proteção dos direitos políticos.

Assim, qualquer norma, constitucional ou não, que implique em eventual barreira ao exercício do direito ao sufrágio deve ser considerada como uma restrição ao direito político fundamental e, como tal, deve ser analisada sob o prisma das “restrições às restrições” aos direitos fundamentais.

4 AS CONDIÇÕES DE ELEGIBILIDADE E AS CAUSAS DE INELEGIBILIDADE COMO RESTRIÇÕES A DIREITOS FUNDAMENTAIS

Neste ponto, ainda antes de se adentrar a análise aprofundada das condições de elegibilidade e das causas de inelegibilidade constitucionais, cabe destacar que a sistemática dos direitos políticos previstas no ordenamento jurídico brasileiro é oriunda do período pós-ditatorial. Embora parte considerável da sociedade brasileira tenha apoiado o golpe militar, identifica-se resistência à ditadura militar desde o momento do golpe, fazendo crescer essa resistência a partir do AI-5, com a sua maior intensificação a partir das eleições para governadores dos estados no ano de 1982. Essa luta por um Estado Democrático aumentou ainda mais a partir do movimento das Diretas-Já, fundamentado na necessidade de eleições diretas para a escolha do cargo de Presidente da República.²⁰²

Mesmo com o episódio em que ocorreu a derrota da emenda que instituiu as eleições diretas para a Presidência da República, ainda assim não arrefeceu a vontade popular por um regime de maiores liberdades.²⁰³ Assim sendo, apesar das inúmeras dificuldades surgidas naquele período de transição, como o mencionado episódio da derrota da emenda para eleições diretas para a Presidência, além da morte de Tancredo Neves, o país logrou êxito em estabelecer a Constituição de 1988 que, segundo José Afonso da Silva: “É um texto moderno, com inovações de relevante importância para o constitucionalismo brasileiro e até mundial.”²⁰⁴

Por isso e por tudo o quanto foi dito no tópico anterior, qualquer análise que se faça dos direitos políticos de maneira geral, sobretudo no que respeita a eventuais restrições, há que se levar em conta que a sua inserção ocorreu em um período de transição, momento em que o constituinte procurou privilegiar um regime de ampla liberdade democrática.

Pois bem, fixada tal premissa, passa-se à análise das condições de elegibilidade e das causas de inelegibilidade constitucionalmente previstas como formas de restrição ao direito fundamental ao sufrágio passivo.

²⁰² SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 26 ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 88.

²⁰³ Idem

²⁰⁴ Ibidem. p. 89

4.1 A COMPREENSAO DAS CONDIÇÕES DE ELEGIBILIDADE E DAS CAUSAS DE INELEGIBILIDADE COMO RESTRIÇÕES A DIREITOS POLITICOS DOTADOS DE JUSFUNDAMENTALIDADE

Utilizando-se da classificação criada por Celso Antônio Bandeira de Mello, é possível afirmar que a elegibilidade é uma outorga de poder-direito a determinado cidadão. Isto significa que o seu usufruto independe de uma prestação jurídica alheia, conforme lição do referido mestre: “Os titulares destes poderes-direitos não necessitam que alguém lhes preste algo, mas, pelo contrário, só necessitam que outrem não os embarace, não os turbem.”²⁰⁵

As condições de elegibilidade, por seu turno, podem ser conceituadas como “exigências ou requisitos positivos que devem, necessariamente, ser preenchidos por quem queira registrar candidatura e receber votos validamente. Em outras palavras são requisitos essenciais para que se possa ser candidato”.²⁰⁶

Já a inelegibilidade consiste no “impedimento ao exercício da cidadania passiva, de maneira que o cidadão fica impossibilitado de ser escolhido para ocupar cargo político-eletivo” ou “em outros termos, trata-se de fator negativo cuja presença obstrui ou subtrai a capacidade eleitoral passiva do nacional, tornando-o inapto para receber votos e, pois, exercer mandato representativo”.²⁰⁷

Muito embora doutrina e jurisprudência debrucem-se sobre a distinção exata de condições de elegibilidade e inelegibilidade, sob o válido argumento de que “elegibilidade e inelegibilidade, porém, são institutos jurídicos distintos e não podem ser tomados, segundo o significado literal, como verso e reverso da mesma realidade normativa”²⁰⁸, o fato é que, para o objetivo do presente estudo, ambas possuem uma característica em comum: configuram restrições ao direito de sufrágio passivo.

Com efeito, o que se conclui é que

²⁰⁵ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Eficácia das Normas Constitucionais e Direitos Sociais*. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 22-23.

²⁰⁶ GOMES, José Jairo. *Direito Eleitoral*. 4ª edição revista, atualizada e ampliada. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.. p. 130.

²⁰⁷ Idem. p. 141.

²⁰⁸ ZILIO, Rodrigo Lopez. *Direito Eleitoral*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2008. p. 171.

(...) para que alguém, entre nós, possa concorrer a uma função eletiva é necessário que preencha certos requisitos gerais, denominados “condições de elegibilidade”, e não incida em qualquer das *inelegibilidades*, que precisamente constituem impedimentos à capacidade eleitoral passiva.²⁰⁹

Como restrições a direitos fundamentais é necessário que se estabeleça, tanto quanto às condições de elegibilidade impostas como quanto às causas de inelegibilidade previstas, qual o seu fundamento constitucional, ou seja, quais princípios constitucionais pretendem garantir.

Em relação ao tema, grande parte da doutrina pátria aponta que o objetivo do estabelecimento constitucional de causas de inelegibilidade é proteger a normalidade e a legitimidade do pleito. Senão vejamos:

De qualquer sorte, inobstante a origem legislativa da restrição mencionada, tanto o legislador constitucional como o federal têm como premissa indiscutível um evidente fundamento ético e ambas visam, inequivocamente, a buscar proteção da **normalidade e legitimidade das eleições**, contra a influência do abuso do poder – seja econômico, político ou de autoridade.²¹⁰

Atualmente, as hipóteses de inelegibilidade não objetivam apenas impedir o abuso no exercício de cargos, empregos ou funções públicos, pois, conforme dispõe o art. 14, §9º, da Constituição, apresentam igualmente o objetivo de **salvaguardar a normalidade e a legitimidade do pleito** contra influências abusivas do poder econômico e político.²¹¹

E ao se proteger a normalidade e a legitimidade das eleições nada mais se faz do que proteger o princípio democrático, basilar de toda a ordem constitucional instituída pela Carta de 1988. Mas não é só.

Também o princípio da igualdade – que na esfera eleitoral parece como a igualdade de oportunidades entre os disputantes do pleito - figura como fundamento constitucional para o estabelecimento de normas restritivas aos direitos políticos, notadamente no que se refere às causas de inelegibilidade. Oscar Sanchez Muñoz explica que

En principio, la igualdad de oportunidades entre los competidores electorales parece jugar siempre en contra de las limitaciones del derecho de sufragio pasivo. En este sentido, cualquier limitación del derecho a ser elegible, al significar una limitación potencial del acceso a la competición electoral, constituiría al mismo tiempo una limitación de la igualdad de oportunidades, y es cierto que no puede concebirse una limitación mayor de la igualdad de oportunidades en la competición electoral que impedir el acceso a dicha competición de alguna de las alternativas políticas que lo pretenden.

²⁰⁹ SILVA, José Afonso da. *Comentário Contextual à Constituição*. 3ª edição. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 224-225.

²¹⁰ ZILIO, Rodrigo Lopes. Op. cit. p. 179.

²¹¹ GOMES, José Jairo. Op. cit. p. 142.

En algunos casos, sin embargo, la igualdad de oportunidades, en lugar de jugar a favor de un reconocimiento amplio del derecho a ser elegible, puede convertirse precisamente en el fundamento constitucional de la limitación de dicho derecho. Eso sucede cuando se establecen causas de inelegibilidad que están directamente destinadas a evitar que un candidato pueda prevalecerse de una posición de poder para favorecer su elección, bien porque desde la misma pueda ejercer presiones o influencias abusivas sobre el conjunto del electorado o na parte de él en beneficio de su candidatura y en perjuicio de las restantes, bien porque pueda de cualquier otra forma romper la igualdad de oportunidades que debe existir entre las distintas candidaturas.²¹²

Conclui o autor, em outra passagem, na qual trata especificamente das causas de inelegibilidade que

En todo caso, parece claro que estamos ante una cuestión muy abierta en la que aún no existen recetas claras en los sistemas democráticos de nuestro entorno, aunque, como ha quedado dicho, la discusión doctrinal debería centrarse más sobre los mecanismos tendentes a asegurar la eficacia de este tipo de normas que sobre su fundamentación constitucional, la qual, a mi juicio, es suficientemente sólida.²¹³

Portanto, como bem destaca Manoel Gonçalves Ferreira Filho, a fixação de causas de inelegibilidade na esfera constitucional é medida destinada *a defender a democracia contra possíveis abusos*.²¹⁴

Todavía, o mesmo não se pode dizer em relação às condições de elegibilidade previstas no texto constitucional. Nacionalidade, idade mínima, filiação partidária e domicílio eleitoral são condições impostas pela Constituição Federal e que, ao menos diretamente, não possuem relação com a salvaguarda do princípio democrático e do princípio da igualdade de oportunidades entre os disputantes do pleito.

Nesses casos, estamos diante de escolhas do legislador constituinte originário, contempladas no texto constitucional, e que representam verdadeiras exigências de qualificação aos que pretendem ser candidatos. Analisando-se essas escolhas (restrições) de modo abstrato, não é possível extrair, *prima facie*, os bens jurídicos que se busca proteger.

Nesse caso, consoante já destacado acima, “só se podem reputar compatíveis com o sufrágio universal as condições puramente técnicas e não-

²¹² SANCHEZ MUÑOZ, Óscar. *La igualdad de oportunidades en las competiciones electorales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007. p.92.

²¹³ Ibidem. p. 100.

²¹⁴ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. SP: Saraiva, 34^a ed., 2008, p. 118.

discriminatórias, sendo-lhe opostas quaisquer exigências de ordem econômica e intelectual ou determinadas patas de valor pessoal.”²¹⁵

Portanto, ao passo em que as inelegibilidades consistem em restrições destinadas a preservar a legitimidade e normalidade do pleito – e, via de consequência, proteger o princípio democrático e o princípio da igualdade de oportunidades entre os candidatos -, as condições de elegibilidade, ainda que também manifestem restrições ao sufrágio passivo, figuram como condicionantes de qualificação impostas pelo legislador constituinte aos pretensos candidatos, não encontrando no texto constitucional um fundamento de validade comum a todas as condições previstas no §3º do artigo 14 da Constituição Federal.

Estabelecidas essas premissas, cabe agora tecer uma análise detida e individual das condições de elegibilidade e das hipóteses de inelegibilidade previstas no texto constitucional, sempre sob o prisma do princípio da proporcionalidade.

4.2 AS CONDIÇÕES DE ELEGIBILIDADE

Passaremos agora a analisar cada uma das condições de elegibilidade como limitações ao direito fundamental da elegibilidade e sob a luz das premissas já delineadas neste estudo.

As condições de elegibilidade, nas palavras de Rodrigo López Zilio, se justificam porque

A pretensão ao exercício de mandato eletivo, por constituir no ápice da caracterização do conceito de cidadania, implica, necessariamente, o preenchimento de determinados requisitos constitucionais e legais. Tenciona-se, assim, estabelecer uma atividade prévia de joramento para, somente então, possibilitar ao pretense candidato a submissão à vontade popular, que é essencialmente soberana em sua escolha.²¹⁶

As condições indispensáveis para que a aquisição da capacidade eleitoral passiva estão taxativamente²¹⁷ previstas no artigo 14, §§3º e 4º, da Constituição Federal, que dispõe:

²¹⁵ SILVA, José Afonso da. *Comentário...* p. 215.

²¹⁶ ZÍLIO, Rodrigo López. *Op. Cit.* p. 131.

²¹⁷ Embora previstas na Carta Magna, resta possível ao legislador ordinário melhor definir os contornos desses requisitos legais, sem, contudo, criar restrições indevidas. Assim, não é cabível ao

Art. 14. (...)

§3º - São condições de elegibilidade, na forma da lei:

I – a nacionalidade brasileira;

II – o pleno exercício dos direitos políticos;

III – o alistamento eleitoral;

IV – o domicílio eleitoral na circunscrição;

V – a filiação partidária;

VI – a idade mínima de:

a) Trinta e cinco anos para Presidente e Vice-Presidente da República e Senador;

b) Trinta anos para Governador e Vice-Governador de Estado e do Distrito Federal;

c) Vinte e um anos para Deputado Federal, Deputado Estadual ou Distrital, Prefeito, Vice-Prefeito e juiz de paz;

d) Dezoito anos para Vereador.

A primeira das condições impostas pela Constituição para aquele que pretende galgar um cargo eletivo é a nacionalidade brasileira. Objetiva-se, com isso, limitar o acesso ao governo da nação àqueles oriundos do povo e que, portanto, tenham vínculo com os interesses do Estado e o bem estar comum. Procura-se com isso garantir a soberania nacional, impedindo que interesses externos possam influenciar indevidamente nos rumos do Estado.

Acerca do tema vale a transcrição da pertinente lição de Adriano Soares da Costa:

Nacionalidade é o vínculo jurídico existente entre a pessoa e o Estado, do qual nascem deveres e direitos. Nacional, de conseguinte, é o indivíduo que faz parte do povo de um Estado, na concepção segundo a qual os elementos constitutivos do Estado são o povo, o território e a soberania. Como expõe Wilba Lúcia Maia Bernardes²¹⁸, o nacional seria integrante do Estado, mantendo com ele vínculo jurídico e político permanente. Assim, embora integrante de uma determinada população, o alcance da nacionalidade seria muito maior, pois compreenderia o povo de um Estado em determinado momento histórico. O vínculo com o Estado não se manteria somente por se estar geograficamente situado em determinado espaço territorial. A relação do nacional com o respectivo Estado seria mais profunda e se estenderia além das fronteiras territoriais. Seria um *status* peculiar do indivíduo que o acompanharia onde quer que ele esteja. Seria, ainda segunda aquela autora, uma condição que se anexaria àquele indivíduo.²¹⁹

Aqui se está frente a uma hipótese em que a plenitude da capacidade eleitoral passiva cede espaço ao princípio da soberania nacional, justificando-se, portanto, em nível constitucional, a restrição imposta. A condução do estado brasileiro, em suas três esferas federativas, há que se fazer por meio de pessoas

legislador ordinário criar condições de elegibilidade, a par das existentes na Constituição Federal, conquanto possível traçar de forma mais minudente os limites concretos daqueles requisitos legais. (ZILIO, Rodrigo López. Op. cit. p. 133)

²¹⁸ BERNARDES, Wilma Lúcia Maia. *Da nacionalidade – Brasileiros natos e naturalizados*, Del Rey, p. 59-60.

²¹⁹ COSTA, Adriano Soares da. *Instituições de Direito Eleitoral*. 6ª ed. rev. ampl. e atual. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. P.96/97.

familiarizadas com a realidade jurídica e política local, e que possuam vínculos com o Estado brasileiro. Não se trata, portanto, de mera exigência burocrática.

Analisando situações afetas a esse tema, as Cortes Regionais pátrias costumam reconhecer da forma mais ampla a nacionalidade dos pretensos candidatos, conforme se pode notar dos seguintes julgados:

RECURSO ELEITORAL EM REGISTRO DE CANDIDATURA. ELEITORA QUE RESIDE NO PARAGUAI. VÍNCULOS FAMILIARES E COMUNITÁRIOS. INSCRIÇÃO NO MUNICÍPIO. DOMICÍLIO ELEITORAL. NACIONALIDADE BRASILEIRA. GOZO DOS DIREITOS POLÍTICOS. ELEGIBILIDADE. SENTENÇA REFORMADA. REGISTRO DEFERIDO. PROVIMENTO.

O fato de a pessoa residir no Paraguai, onde se pode ter naturalização voluntária em concomitância com a brasileira (inclusive com permissão ao estrangeiro com visto permanente inscrever-se eleitor e votar em suas eleições municipais), não leva à perda da nacionalidade pátria, documentalmente comprovada nos autos, ou mesmo à perda ou suspensão dos direitos políticos com o conseqüente cancelamento da inscrição eleitoral por duplicidade de nacionalidade, mormente quando inexistente, na espécie, qualquer das hipóteses elencadas nos arts. 12 e 15 da Constituição Federal e 71 do Código Eleitoral.

Sendo inscrita validamente eleitora no município em que pretende concorrer a cargo eletivo, e contundentemente demonstrado que a eleitora possui vínculos afetivos, sociais e comunitários, há de se ter como atendido à condição do domicílio eleitoral, o qual não é alterado pelo simples fato de se contrair casamento com estrangeiro e lá fixar seu domicílio civil, a teor do art. 64 da Resolução TSE n.º 20.132/98 (A comprovação de domicílio pode ser feita mediante um ou mais documentos dos quais se infira ser o eleitor residente, ter vínculo profissional, patrimonial ou comunitário no município, a abonar a residência exigida).

Vislumbrada a nacionalidade brasileira, o pleno gozo dos direitos políticos e o domicílio eleitoral na circunscrição de Bela Vista, à recorrente deve ser declarada a aptidão para prosseguir no processo eleitoral, ainda que seja instaurado procedimento próprio para averiguar a regularidade da nacionalidade brasileira em concomitância com aquela paraguaia.

(RECURSO ELEITORAL nº 951, Acórdão nº 5919 de 11/09/2008, Relator(a) JOSÉ PAULO CINOTI, Publicação: DJ - Diário de justiça, Tomo 1813, Data 16/09/2008, Página 233 PSESS - Publicado em Sessão, Data 11/09/2008) grifo nosso

Neste caso o Tribunal Regional Eleitoral do Mato Grosso do Sul entendeu que a existência de dupla nacionalidade não desfigura a nacionalidade brasileira e nem tampouco configura hipótese de perda ou suspensão de direitos políticos, visto que não há previsão constitucional ou legal (artigo 71, do CE) de tal hipótese. Afirmou, ainda, não há perda dos direitos políticos em decorrência da aquisição de outra nacionalidade quando a lei estrangeira reconhecer a nacionalidade originária.

É o que podemos extrair de seu inteiro teor:

Nesse sentido, quanto à nacionalidade brasileira e à plenitude dos direitos políticos, embora o parquet e o Juízo Eleitoral em 1.a instância repute como certa a nacionalidade paraguaia da recorrente e, por conseqüência, concluam pela dupla nacionalidade e respectivas perda ou suspensão de seus direitos políticos, imperioso considerar, como bem assentado pelo representante ministerial junto a esta Corte Eleitoral, a redação dos arts. 15 da Constituição Federal e 71 do Código Eleitoral, verbis: (...)

Dessa leitura verifica-se que a pretensa candidata não se inclui em qualquer das hipóteses de perda ou suspensão, bem como causas de cancelamento de inscrição eleitoral, do que a suspensão de seus direitos políticos pela eventual dupla nacionalidade não se aperfeiçoa com a legislação de regência.

Relativamente aos documentos às fls. 53/55, de cujo teor se extrai que a pretensa candidata teria a nacionalidade paraguaia, inclusive com inscrição eleitoral naquele país, pondero que não se pode dizer de perda da nacionalidade brasileira pela naturalização voluntária paraguaia, até porque, como assinalado pelos juristas GILMAR FERREIRA MENDES, INOCÊNCIO MÁRTIRES COELHO e PAULO AUGUSTO GONET BRANCO, na obra Curso de Direito Constitucional, Ed. Saraiva, ano 2008, págs. 720 e 760:

(...) a perda da nacionalidade brasileira em razão da obtenção de outra há de decorrer de uma conduta ativa e específica, não podendo decorrer de simples reconhecimento da nacionalidade pela lei estrangeira (CF, art. 12, § 4.º ~ 11, a). A Emenda Constitucional de Revisão n. 3, de 1994, introduziu significativa alteração no art. 12, § 4.º ~ 11, b, ao estabelecer que não ocorrerá a perda da nacionalidade brasileira no caso de imposição de naturalização, pela norma estrangeira, ao brasileiro residente em Estado estrangeiro como condição para permanência em seu território ou para exercício de direitos civis.

Embora o texto constitucional não contemple, expressamente, a perda da nacionalidade como causa de perda dos direitos políticos, não há dúvida de que, verificada esta, tem-se, igualmente, a perda dos direitos políticos. Assinale-se que não haverá perda da nacionalidade nos casos de reconhecimento da nacionalidade originária pela lei estrangeira ou de imposição de naturalização, pela lei estrangeira, ao brasileiro residente em Estado estrangeiro, como condição de permanência em seu território ou para o exercício de direitos civis.

Outro exemplo de decisão que privilegia o direito do concorrente a participar do pleito é oriunda do Tribunal Regional Eleitoral do Rio Grande do Sul:

Recurso. Decisão que julgou procedente impugnação a registro de candidatura. Pré-candidato que nasceu em país estrangeiro e deixou de apresentar certidão de naturalização.

Preenchimento, quando do pedido de registro, dos requisitos constitucionais para opção pela nacionalidade brasileira. Procedimento de jurisdição voluntária realizado junto à Justiça Federal. Decisão de caráter meramente homologatório. Inexistência de discricionariedade do Poder Público para conceder ou não o certificado de naturalização.

Provimento.

(RECURSO - REGISTRO DE CANDIDATO nº 123, Acórdão de 13/08/2008, Relator(a) DRA. KATIA ELENISE OLIVEIRA DA SILVA, Publicação: PSESS - Publicado em Sessão, Data 13/08/2008)

Nesta hipótese o Regional gaúcho deferiu o registro de candidatura sob análise, sob o argumento de que o simples requerimento do pedido de naturalização já é suficiente para sanar o requisito do art. 14, § 3º, da CF. Segundo aquele entendimento, no caso de aquisição da nacionalidade prevista pelo art. 12, I, "c"²²⁰, não há discricionariedade por parte do Poder Público na hora de conceder ou não o

²²⁰ Art. 12. São brasileiros: I - natos: c) os nascidos no estrangeiro de pai brasileiro ou de mãe brasileira, desde que sejam registrados em repartição brasileira competente ou venham a residir na República Federativa do Brasil e optem, em qualquer tempo, depois de atingida a maioridade, pela nacionalidade brasileira; ([Redação dada pela Emenda Constitucional nº 54, de 2007](#))

certificado de naturalização se presentes os demais requisitos. Sendo assim, os requisitos constitucionais para o deferimento da nacionalidade estrangeira já estavam preenchidos no momento do registro da candidatura, qual seja, a declaração da vontade de conservar a nacionalidade brasileira (“...optem...”).

Destaque-se:

Como se percebe, a doutrina atual não confere discricionariedade ao Poder Público para conceder ou não o certificado de naturalização se implementados os demais requisitos. Em realidade, a ‘opção’ mencionada no dispositivo constitucional é pura e simplesmente a declaração da vontade de conservar a nacionalidade brasileira, que se encontra condicionada a essa manifestação. Levada a efeito a opção, não se pode recusar o reconhecimento da nacionalidade. Por isso que se trata de nacionalidade potestativa – a aquisição da nacionalidade depende apenas da vontade do interessado, amparada por direito subjetivo público.

(...) Em que pese o ora recorrente haver formalizado sua opção pela nacionalidade brasileira somente em 24/07/2008 – logo, após o pedido de registro de candidatura (03/07/2008) e antes da sentença (26/07/2008) –, entendo que àquele momento ele já preenchia os requisitos constitucionais exigidos para que fosse deferida a sua opção pela nacionalização brasileira, restando para tanto, tão somente, a sua declaração de vontade de conservar a nacionalidade brasileira.

Portanto, em ambos os julgados o que se verifica é que, diante de situações limítrofes envolvendo questões de nacionalidade – dupla nacionalidade e apresentação de certidão de naturalização – os tribunais eleitorais prestigiaram o direito fundamental à elegibilidade, reconhecendo a nacionalidade brasileira ao pretense candidato e, com isso, deferindo o pedido de registro de candidatura.

E o Tribunal Superior Eleitoral já teve oportunidade de enfrentar o tema da nacionalidade, também se posicionando no sentido de prestigiar a mais ampla elegibilidade. Veja-se:

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. RECURSO ESPECIAL ELEITORAL. OMISSÃO E CONTRADIÇÃO. EXISTÊNCIA. HOMOLOGAÇÃO DE OPÇÃO PELA NACIONALIDADE BRASILEIRA (ARTIGO 12, INCISO I, ALÍNEA "C", DA CB). EFEITOS EX TUNC. CONVALIDAÇÃO ALISTAMENTO E FILIAÇÃO PARTIDÁRIA.

1. O STF reconhece que a homologação, por sentença judicial, de opção pela nacionalidade brasileira (artigo 12, inciso I, alínea "c", da Constituição do Brasil) possui efeitos ex tunc.

2. A sentença homologatória da opção pela nacionalidade brasileira deve ser considerada fato novo suficiente para convalidar o alistamento eleitoral e a filiação partidária, em razão de seus efeitos retroativos, que são absolutos.

3. Embargos acolhidos, com efeitos infringentes. Registro de candidatura da embargante ao cargo de Vereador deferido.

(TSE – Ed-Ed-Respe 29200 – São Leopoldo/RS – Rel. Min. Eros Roberto Grau – PSESS 12/11/2008)

Do exposto, o que se verifica é que, em observância ao princípio da proporcionalidade e dotando de máxima proteção o direito fundamental à

elegibilidade, os Tribunais Eleitorais têm interpretado as controvérsias relativas à nacionalidade de pretensos candidatos de maneira restritiva e nos estritos limites daquilo que se mostre necessário a atender efetivamente a finalidade da condição imposta pelo artigo 14, §3º, I, da Constituição Federal: observar o conteúdo material do princípio da soberania nacional para o preenchimento de cargos eletivos.

Os precedentes apontados indicam uma clara superação de questões burocráticas ligadas ao reconhecimento da nacionalidade em prol da concessão do registro de candidatura. Essa é, sem dúvida, a melhor interpretação a ser conferida à referida condição de elegibilidade, nos termos do que defende a doutrina constitucional moderna em matéria de restrição a direitos fundamentais.

Assim sendo, embora seja razoável exigir a nacionalidade como condição de elegibilidade, o que atende a finalidade constitucional de resguardar a soberania do Brasil, seria ilógico, e inconstitucional, que o Judiciário adotasse postura distinta dessa manifestadas nas decisões consignadas acima. Afinal, a mera comprovação de interesse, aliado ao cumprimento de todos os requisitos exigidos para a nacionalidade brasileira, são suficientes para atender à finalidade constitucional de soberania.

Tal interpretação se coaduna com a teoria desenvolvida ao longo dos capítulos anteriores, posto que privilegia a proteção às situações que se enquadram no núcleo central de proteção aos direitos políticos – direito à elegibilidade – preservando o núcleo essencial (universalidade do voto) do direito fundamental ao sufrágio passivo. Além disso, analisa e afasta a restrição aos direitos fundamentais em questão somente no caso.

Outra exigência constitucional para a elegibilidade é a plenitude dos direitos políticos.

A todos os nacionais são garantidos os direitos políticos, que só podem ser perdidos ou suspensos nas taxativas hipóteses do artigo 15 da Constituição, que determina:

Art. 15. É vedada a cassação de direitos políticos, cuja perda ou suspensão só se dará nos casos de:

- I - cancelamento da naturalização por sentença transitada em julgado;
- II - incapacidade civil absoluta;
- III - condenação criminal transitada em julgado, enquanto durarem seus efeitos;
- IV - recusa de cumprir obrigação a todos imposta ou prestação alternativa, nos termos do art. 5º, VIII;
- V - improbidade administrativa, nos termos do art. 37, § 4º.

O dispositivo busca excluir das decisões políticas e da competição pelos cargos públicos aqueles considerados inaptos, seja pela perda da condição de nacional (inciso I), seja por questões de discernimento (inciso II) – que, assim como na questão da nacionalidade e em outras que seguirão, guarda relação com uma exigência constitucional de qualificação mínima dos pretensos candidatos -, seja por questões morais, em homenagem ao princípio da moralidade.

Quanto ao primeiro inciso do mencionado artigo 15 da C.F., pode-se remeter à fundamentação empregada ao se tratar da condição de elegibilidade atinente à nacionalidade brasileira. Se, para ser candidato, um cidadão precisa ter nacionalidade brasileira, o cancelamento da naturalização deve, a toda evidência, implicar na supressão da capacidade eleitoral passiva desse cidadão. Nesse caso, isso ocorre pela via da supressão dos próprios direitos políticos da pessoa.

Como bem lançado por José Afonso da Silva:

O art. 15, em verdade, não inclui a perda da nacionalidade entre os motivos de perda ou suspensão dos direitos políticos. Mas a interpretação sistemática leva à conclusão de que sua ocorrência, mediante a aquisição de outra, implicará a perda dos direitos políticos, na medida em que isso importa em transformar o brasileiro em estrangeiro, e como estrangeiro não pode alistar-se eleitor, o eventual alistamento eleitoral daquele perde o pressuposto básico de existência²²¹.

No que se refere à incapacidade civil absoluta igualmente pouco há o que se discorrer. Como já destacado, a principal justificativa para a existência de condições constitucionais de elegibilidade é a fixação de condições mínimas de qualificação aos pretensos candidatos, sempre isentas de conotação política, religiosa, econômica ou cultural.

Logo, inviável pensar-se em conferir elegibilidade – e, até mesmo outorgar mandato - a pessoa absolutamente incapaz.

Já no que se refere à suspensão dos direitos políticos por condenação criminal transitada em julgado, improbidade administrativa ou por recusa em cumprir obrigação a todos imposta, é possível retirar discussões interessantes.

O inciso III estabelece que a suspensão dos direitos políticos persiste enquanto perdurarem os efeitos da condenação, sendo de relevo dois destaques: a condenação criminal aqui referida é gênero, incluindo qualquer infração penal, seja

²²¹ SILVA, José Afonso da. *Curso...* p. 386.

crime ou contravenção, da legislação criminal comum ou extravagante e que “há total incidência [da causa de suspensão] durante o período de livramento condicional, e ainda, nas hipóteses de prisão albergue ou domiciliar, pois somente a execução da pena afasta a suspensão dos direitos políticos com base no art. 15, III, da Constituição Federal”²²².

Questão interessante suscitada por Gilmar Ferreira Mendes diz respeito à extensão desta hipótese de suspensão nos casos de sentença absolutória imprópria, na qual o acusado foi considerado inimputável.

Os autores defendem que nesta hipótese, diante da lacuna constitucional existente, é possível a interpretação extensiva dos incisos II e III do artigo 15, fazendo a causa de suspensão dos direitos políticos atingir também a sentença absolutória imprópria.

Se, todavia, a teleologia constitucional procura excluir do processo político-eleitoral todos aqueles que ainda não possuem a devida capacidade para a prática dos atos da vida política, seria um total contra-senso a interpretação desses dispositivos constitucionais que levasse ao entendimento de que os indivíduos submetidos a medidas de segurança, por debilidade mental, pudessem gozar plenamente de seus direitos políticos, podendo votar e, o que causa perplexidade, ser votados. (...) **O *ethos* constitucional que atua como substrato axiológico do elenco de hipóteses de suspensão dos direitos políticos legitima a interpretação extensiva dos incisos II e III do art. 15, para abranger, além dos casos expressos, aqueles em que existe absolvição criminal imprópria, com aplicação de medida de segurança aos indivíduos inimputáveis, em razão de doença mental ou de desenvolvimento mental incompleto ou retardado**²²³

Aqui, ainda que se tenha adotado uma “interpretação extensiva” do inciso III do artigo 15 da Constituição Federal, não se verifica qualquer ofensa ao núcleo essencial do direito fundamental ao sufrágio passivo. A compreensão de que a absolvição imprópria, com aplicação de medida de segurança a indivíduos inimputáveis em razão de doença mental, afastaria a suspensão de direitos políticos do cidadão e conferiria a ele capacidade eleitoral passiva remeteria a um verdadeiro anacronismo jurídico, na medida em que o já comentado inciso II do mesmo artigo 15 afasta do certame eleitoral os absolutamente incapazes.

Portanto, a justificativa constitucional para a citada interpretação extensiva da restrição pode ser extraída do próprio princípio da isonomia, evitando-se que se criem regras distintas de suspensão de direitos políticos para situações que, num pano de fundo, mostram-se idênticas sob a ótica da garantia de uma qualificação

²²² MORAES, Alexandre de. Op. cit. p. 241.

²²³ MENDES, Gilmar Ferreira. Op. cit. p. 762.

mínima aos que pretendem ser candidatos: de um lado, indivíduos absolutamente incapazes, de outro, inimputáveis em razão de doenças mentais.

Em ambos os casos, a exclusão da disputa eleitoral, mediante o reconhecimento da ausência de condição de elegibilidade (plenitude do gozo dos direitos políticos) mostra-se razoável e constitucionalmente justificável.

A maior discussão, no entanto, foi travada na jurisprudência e se refere à auto-aplicabilidade do disposto no artigo 15, III, da Constituição Federal.

Durante o julgamento do Recurso Extraordinário nº 179502 o Supremo Tribunal Federal entrou em uma acirrada discussão sobre a auto-aplicabilidade do art. 15, III, da CF e sobre a suspensão dos direitos políticos durante a suspensão condicional da pena. Destaca-se de seu inteiro teor trechos do voto vencedor do Ministro Moreira Alves:

No caso, o complicador introduzido pelo artigo 55 da atual Constituição gerou, apenas, um conflito de normas entre esse dispositivo e o art. 15, III, pela inconciliabilidade que há entre a generalidade do preceito desse artigo 15, III, e a especialidade das normas contidas no citado artigo 55. O que há é uma antinomia do tipo que BOBBIO (Teoria dell'Ordinamento Giuridico, p. 101, G. Giappichelli-Editore, Torino, 1960) denominou "antinomia total-parcial", e que se resolve com o critério da especialidade, pelo qual a *lex specialis* restringe, nos limites de seu âmbito, a *lex generalis*. De feito, é indubitável que o preceito contido no inciso III do artigo 15 é princípio geral que sempre se entendeu auto-aplicável nas Constituições anteriores à atual que, à semelhança desta, não exigiam a sua regulamentação por lei infraconstitucional, como também é indubitável que as normas do artigo 55, inclusive com as que entram em choque com a generalidade do referido inciso III, do artigo 15, são especiais, pois só aplicáveis a parlamentares.

Assim sendo, tem-se que, por esse critério da especialidade – sem retirar a eficácia de qualquer das normas em choque, o que só se faz em último caso, pelo princípio dominante no direito moderno, de que se deve dar a máxima eficácia possível às normas constitucionais -, o problema se resolve excepcionando-se da abrangência da generalidade do artigo 15, III, os parlamentares referidos no artigo 55, para os quais, enquanto no exercício do mandato, a condenação criminal por si só, e ainda quando transitada em julgado, não implica a suspensão dos direitos políticos, só ocorrendo tal se a perda do mandato vier a ser decretada pela Casa a que ele pertencer, sendo que a suspensão de direitos políticos por outra causa, que não como consequência da condenação criminal transitada em julgado, é a hipótese em que se aplica o disposto no artigo 55, IV e parágrafo 3º.²²⁴

²²⁴ EMENTA: - Condição de elegibilidade. Cassação de diploma de candidato eleito vereador, porque fora ele condenado, com trânsito em julgado, por crime eleitoral contra a honra, estando em curso a suspensão condicional da pena. Interpretação do artigo 15, III, da Constituição Federal. - Em face do disposto no artigo 15, III, da Constituição Federal, a suspensão dos direitos políticos se dá ainda quando, com referência ao condenado por sentença criminal transitada em julgado, esteja em curso o período da suspensão condicional da pena. Recurso extraordinário conhecido e provido. (RE 179502, Relator(a): Min. MOREIRA ALVES, Tribunal Pleno, julgado em 31/05/1995, DJ 08-09-1995 PP-28389 EMENT VOL-01799-09 PP-01668)

A discussão foi retomada no Tribunal Superior Eleitoral, oportunidade em que o entendimento outrora fixado pelo Supremo Tribunal Federal foi adotado. Destaque-se trecho do voto do Ministro Sálvio de Figueiredo:

Examinando os fundamentos de um e de outro lado, e sem aprofundar-me no belo e fecundo debate sobre os limites da criação e concretização da norma constitucional pelo legislador e pelo intérprete judicial, na espécie também não vejo, no art. 55 da Constituição, um óbice à auto-aplicabilidade do art. 15.

Ao dispor o art. 15 que a perda ou a suspensão de direitos políticos só se dará nos casos de “condenação criminal transitada em julgado, enquanto durarem seus efeitos” (inciso III), não distinguiu a natureza nem a gravidade da infração cometida. Noutra, passo, o art. 55 não está a limitar a incidência do art. 15, porquanto só se refere aos deputados e senadores, sem atingir todos os titulares de direitos políticos. A conjugação dessas duas idéias conduz à conclusão de serem compatíveis os dispositivos, resolvendo-se a aparente antinomia pelo critério da especialidade, como alias, assinalou, com sua habitual proficiência, o Ministro Moreira Alves, ao votar como Relator no RE 179.502-SP (...), já mencionado nos votos que me antecederam, verbis:(...)²²⁵

Restou assente, portanto, o entendimento de que a suspensão dos direitos políticos é efeito imediato da sentença penal transitada em julgado, sendo a restrição auto-aplicável.

De igual modo, entende-se atualmente que a existência de suspensão condicional da pena (*sursis*) não afasta a suspensão dos direitos políticos, sendo que tal entendimento se ampara em dois fundamentos, quais sejam, o de que o *sursis* não é efeito da condenação, mas simplesmente um modo de seu cumprimento, bem como que a suspensão de direitos políticos constitui pena restritiva de direito, à qual não se estende a suspensão condicional da pena (CP, arts. 43, II, 47, I e 80).

Partindo-se, novamente, da premissa fixada nos capítulos anteriores, adotando-se a teoria externa de restrição a direitos fundamentais, tal entendimento pode suscitar debate bastante interessante. Isso porque a gama de proteção aos direitos fundamentais é sempre maior que as suas eventuais restrições, pois *a priori* todas as situações que se enquadram nas previsões de direitos fundamentais estão

²²⁵ RECURSO ESPECIAL. REGISTRO DE CANDIDATURA. CONDENAÇÃO CRIMINAL COM TRÂNSITO EM JULGADO. INELEGIBILIDADE. ART. 15, III, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL.

Hipótese em que o candidato a deputado estadual foi condenado por sentença com trânsito em julgado. Patente a sua inelegibilidade em face da auto-aplicabilidade do art. 15, III, da Carta Magna, sendo irrelevante a ausência de decisão constitutiva da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal, prevista no art. 55 da Constituição Federal. (RECURSO ESPECIAL ELEITORAL nº 20.012, Acórdão nº 20012 de 19/09/2002, Relator(a) Min. JOSÉ PAULO SEPÚLVEDA PERTENCE, Relator(a) designado(a) Min. ELLEN GRACIE NORTHFLEET, Publicação: PSESS - Publicado em Sessão, Data 20/09/2002 RJTSE - Revista de Jurisprudência do TSE, Volume 13, Tomo 4, Página 353).

garantidas. No caso concreto, entretanto, há que se ponderar outros elementos, com a utilização da técnica de ponderação sugerida por Canotilho.

Pois bem, a restrição dos direitos políticos daqueles que possuem condenação penal transitada em julgado é autorizada pela própria Constituição, em caráter geral e abstrato, bem como atende, sem embargo, uma finalidade constitucional: *moralidade administrativa*. Resta saber, então, se tal restrição ultrapassa o que é necessário para atingir tal fim constitucional, também relevante.

Assim, mesmo adotando-se a teoria externa, conferindo interpretação bastante elástica ao âmbito de proteção dos direitos fundamentais, não parece que esta interpretação do Supremo Tribunal Federal seja inconstitucional, uma vez que ainda perduram os efeitos da condenação criminal, mesmo nos casos de *sursis*.

Além disso, o magistrado que aplicou tal sanção, em tese, já fez análise de proporcionalidade no momento do julgamento da causa, de modo que não parece equivocada a restrição à elegibilidade daquele que possui condenação criminal transitada em julgado, mas que está com o benefício do *sursis*.

Já em relação ao inciso V do artigo 15, tem-se a suspensão de direitos políticos em razão de condenação por improbidade administrativa. Sobre o tema, pairou certa controvérsia no que se refere à possibilidade de aplicação da suspensão de direitos políticos sem que houvesse a instauração de um processo criminal.

Atualmente, a partir da interpretação sistemática do contido no artigo 37, §4, da Constituição Federal²²⁶, entende-se que independentemente da ação penal é possível aplicar-se a pena de suspensão de direitos políticos em sede de ação de improbidade administrativa, uma vez que tal sanção não constitui simples pena acessória.

Aqui, a ponderação acerca da gravidade da conduta e, via de consequência, acerca da viabilidade de aplicar – ou não – a suspensão de direitos políticos ocorre no próprio âmbito da ação de improbidade administrativa. É nessa seara que o magistrado irá graduar a pena a ser aplicada e decidir acerca da possibilidade de incidência da suspensão de direitos políticos.

²²⁶ C.F. 88, art. 37...

§ 4º - Os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível.

Nesses casos, todos os posicionamentos retratados em relação aos incisos III e V do artigo 15 da Constituição Federal apontam para uma preocupação com a preservação do princípio da moralidade no momento de se conferir aos cidadãos o direito de concorrerem a um mandato eletivo, valor protegido pelo texto constitucional de forma expressa no artigo 14, §9º e no artigo 37, e que justifica constitucionalmente as citadas restrições à elegibilidade.

Aliás, a menção à proteção à moralidade administrativa é mencionada, no art. 14 da Constituição, justamente no parágrafo em que há previsão expressa de que Lei Complementar estabelecerá outras hipóteses de inelegibilidade. Isto é, o mesmo dispositivo que reserva à Lei Complementar prever hipóteses de inelegibilidade, deixa claro que a sua finalidade é resguardar a moralidade e a probidade administrativa. Mais uma vez a técnica de ponderação do Professor Canotilho pode ser utilizada, demonstrando que não há inconstitucionalidade em tal posicionamento.

Afinal, atendidas as questões formais, como a previsão constitucional da restrição, sendo geral e abstrata, percebe-se que os meios utilizados são adequados, necessários e proporcionais para resguardar a moralidade, visto que não faz qualquer sentido permitir a candidatura de pessoas que tenham, comprovadamente em um processo jurisdicional, desrespeitado a moralidade e a probidade administrativa. Destaca-se, inclusive, que não haveria outra maneira de se proteger a finalidade constitucional nestes casos, senão restringindo os direitos políticos daqueles que se enquadram na situação referida. Com relação à condenação por improbidade administrativa, não se deve analisar a medida em si, para verificar a proporcionalidade da medida, mas sim a dosimetria da sanção de suspensão dos direitos políticos aplicada, que pode ou não ser proporcional.

Por fim, no que diz respeito ao inciso IV, tem-se a suspensão de direitos políticos em razão da escusa de consciência.

Nessa hipótese, não se trata da simples ausência de cumprimento de obrigação a todos imposta que implica, diretamente, na suspensão dos direitos políticos. É preciso que haja a existência expressa de obrigação alternativa, fixada em lei, para que tal restrição possa ocorrer.

Em suma, somente quando o escusante deixar de cumprir a obrigação a todos imposta, bem como a prestação alternativa fixada em lei, é que a suspensão de direitos políticos irá ocorrer.

Sobre o tema, o Supremo Tribunal Federal já estabeleceu:

Estaria, em face de nossa Constituição, na plenitude do gozo dos seus direitos políticos o cidadão que não cumpriu o serviço militar ou dele não foi legalmente dispensado? Entendo que não, pois os direitos políticos são, em derradeira análise, os próprios direitos à cidadania, e o gozo de direitos, pelo indivíduo, está inegavelmente atrelado ao cumprimento de certos deveres. No caso específico, o cumprimento do serviço militar é um dever de todo o cidadão brasileiro, que não seja prelado, a teor do art. 143, da Constituição Federal. (...) Não é por outra razão que o art. 15, inciso IV, da Constituição Federal admite a perda dos direitos políticos nos casos da recusa de cumprir obrigação a todos imposta ou prestação alternativa, nos termos do art. 5º, inciso VIII, da Carta Magna.²²⁷

Nesse passo, a situação do não cumprimento do serviço militar em razão de motivos de ordem religiosa, política ou filosófica, amolda-se ao tipo do artigo 15, IV, da Constituição Federal, na medida em que o artigo 143, §1º da própria Constituição Federal delega às forças armadas o estabelecimento de serviço alternativo para tais hipóteses.

Nesse caso, a escolha do legislador constituinte originário foi no sentido de sancionar com a suspensão de direitos políticos – e, via de consequência, com a supressão de uma das condições de elegibilidade – aqueles que descumprem obrigação a todos imposta.

Aqui, a restrição mostra-se justificável em homenagem ao princípio da isonomia. Se a todos é imposta determinada obrigação, e se a própria Constituição Federal, em seu artigo 5º, VIII, proíbe o seu não cumprimento – ou de prestação alternativa - em razão de convicções políticas, filosóficas ou religiosas, não se mostra adequado que determinado cidadão que viole esse preceito goze dos mesmos direitos políticos do que aqueles que o cumprem.

Não só a isonomia é atendida nestes casos, como também a própria cidadania, porquanto as obrigações militares são inerentes à idéia de cidadania, já que se relacionam com a soberania do Território Nacional.

Há, portanto, justificativa constitucional para a restrição, sendo que sua interpretação pelos Tribunais pátrios tem sido restritiva, em homenagem ao princípio da proporcionalidade, no sentido de somente reconhecer a incidência dessa violação nos casos em que existe lei fixando obrigação alternativa.

Por sua vez, o alistamento eleitoral também constitui ato jurídico indispensável para o nascimento dos direitos políticos, seja na perspectiva do

²²⁷ (STF RE 179986, Relator(a): Min. NÉRI DA SILVEIRA, Tribunal Pleno, julgado em 09/11/1996, DJ 04-10-1996 PP-37110 EMENT VOL-01844-03 PP-00481)

sufrágio ativo ou passivo. Sem ele, o cidadão não pode pretender concorrer a nenhum cargo público e tampouco votar.

Sobre o tema Adriano Soares da Costa ensina que

O alistamento é ato jurídico pelo qual a Justiça Eleitoral qualifica e inscreve o nacional no corpo de eleitores. Há o *pedido de inscrição eleitoral*, cumpridos os requisitos legais, sobre o qual se pronunciará, em exercício de atividade de jurisdição voluntária, a Justiça Eleitoral. Deferindo, qualifica-se e inscreve-se o eleitor: faz-se o alistamento (...).

Há direito subjetivo público ao alistamento, nada obstante haja o dever, perante o Estado, de alistar-se. Daí o porquê de falar-se em direito de sufrágio, dele decorrente, como *função pública*, ou seja, como poder-dever do cidadão. Há, destarte, direito subjetivo público ao alistamento, sem o qual não nascem os direitos políticos, mas o alistamento é também ato devido pelo nacional frente à Pátria, para contribuir na administração da coisa pública, participando da vida política de seu povo. Como existe o dever de servir à Pátria defendendo-a, pelo qual o jovem é conscrito para o serviço militar obrigatório, existem outros deveres indispensáveis para o crescimento e fortalecimento da nação, sem os quais perde-se em importância os laços recíprocos que unem as pessoas entre si em nome de uma identidade cívica, sob um mesmo governo, geograficamente situados em um mesmo território.

(...).

Tal conceito de *função* [*função pública* de Celso Antônio Bandeira de Mello em seu *Curso...*, 4ª ed., Malheiros, p. 45] não tem utilidade para o problema aqui tratado, sendo próprio e útil apenas para o campo do Direito Administrativo. Em verdade, há aqui função pública, pelo exercício do voto, porque o ato de votar, e seu antecedente necessário, o ato de alistamento, é atividade em proveito próprio e da coletividade, como autodeterminação na administração da coisa comum. Aqui, privilegia-se o ato e os fins buscados pelo nacional, como ser-no-mundo, enquanto participante de uma mesma nacionalidade. Se na esfera jurídica do nacional nasce o direito de votar, sendo franqueado de modo peremptório o exercício da cidadania, também se lhe exige, sob a óptica da nação, a sua participação efetiva no processo democrático, como ser portador de vontade e autodeterminação. Não há negar que há países nos quais o voto e o alistamento são facultativos: o silêncio eloqüente do cidadão demonstra já a insatisfação com o *status quo*. A função pública aí é exercida de conformidade com as tradições e a cultura de cada povo. Portanto, no direito positivo brasileiro o alistamento é poder-dever, ou seja, função pública.²²⁸

Essa exigência, pouco discutida pela doutrina e na jurisprudência, mostra-se plenamente justificável na medida em que visa preservar a legitimidade do processo eleitoral e a igualdade do voto.

Ora, a principal finalidade do alistamento eleitoral é propiciar à Justiça Eleitoral (enquanto órgão estatal responsável pela administração das eleições em todo país) o efetivo controle de todo o eleitorado, bem como promover a correta divisão das circunscrições eleitorais, de modo a possibilitar que as eleições locais ocorram com normalidade.

Em outras palavras, a inexistência de alistamento eleitoral possibilitaria, em tese, que um cidadão residente em Curitiba votasse em um candidato a deputado de

²²⁸ COSTA, Adriano Soares da. Op. cit. p. 133-135.

Santa Catarina, ou, ainda, eventualmente, que uma mesma pessoa votasse mais de uma vez.

É o alistamento eleitoral, portanto, que permite a exata quantificação e classificação do corpo eleitoral de uma determinada circunscrição, fazendo com que os candidatos eleitos em uma determinada localidade tenham, efetivamente, sido votados por eleitores inscritos naquela região.

Nas palavras de José Afonso da Silva:

O sistema brasileiro adota a base circunscricional, nos termos do art. 86 do Código Eleitoral, segundo o qual, nas eleições presidenciais, a circunscrição será o país; nas eleições federais e estaduais, o Estado; nas municipais, o respectivo Município. Com isso, os eleitores ficam vinculados a votar nos candidatos indicados para a correspondente circunscrição eleitoral, já que a Constituição acolheu o sistema proporcional puro...²²⁹

E a falta de alistamento equipara-se a hipótese de cancelamento do título eleitoral, conforme se infere do seguinte julgado:

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL ELEITORAL. PREQUESTIONAMENTO. AUSÊNCIA. DISSÍDIO PRETORIANO. NÃO DEMONSTRAÇÃO. CANDIDATO. TÍTULO CANCELADO. REGISTRO. INDEFERIMENTO.

1. Ressente-se o recurso especial eleitoral do necessário prequestionamento se as matérias referentes aos dispositivos tidos por violados não foram decididas pelo acórdão recorrido.

2. O dissídio jurisprudencial exige, para a sua correta demonstração, diante das normas legais regentes da matéria (art. 541, parágrafo único, do CPC), de confronto, que não se satisfaz com a simples transcrição de ementas, entre excertos do acórdão recorrido e trechos dos julgados apontados como dissidentes, mencionando-se as circunstâncias que identifiquem ou assemelhem os casos confrontados. Ausente a demonstração analítica do dissenso, há flagrante deficiência nas razões recursais, com incidência do verbete sumular nº 284/STF.

3. O indeferimento de registro pela existência de título cancelado, sem prévia manifestação do candidato, não importa cerceamento de defesa se, como no caso concreto, ausente impugnação de quem quer que seja e a informação é certificada pelo próprio cartório eleitoral Máxime porque não compareceu o cidadão à revisão eleitoral.

4. As condições para o registro de candidatura devem ser implementadas na data do pedido. Candidato com título cancelado não pode votar e nem ser votado (art. 14, § 3º, inciso III da CF/88). Indeferimento de registro que se impõe.

5. Agravo regimental desprovido.

(Agravo Regimental em Recurso Especial Eleitoral nº 31038, Acórdão de 26/11/2008, Relator(a) Min. FERNANDO GONÇALVES, Publicação: PSESS - Publicado em Sessão, Data 26/11/2008)

Trata-se de requisito formal que deve estar cumprido no momento do requerimento do registro, sob pena de indeferimento:

²²⁹ SILVA, José Afonso da. *Curso...* p. 368.

Registro. Vereador. Decisões. Instâncias ordinárias. Indeferimento. Recurso especial. Ausência. Alistamento eleitoral. Não-atendimento. Exigência. Art. 14, § 3º, III, da Constituição Federal, c.c. o art. 11, § 1º, da Res.-TSE nº 22.717/2008.

1. Não merece reforma a decisão regional, que confirmou o indeferimento do pedido de registro do candidato, por não ter ele cumprido a exigência atinente ao alistamento eleitoral.

2. Conforme jurisprudência desta Corte Superior, as inelegibilidades e as condições de elegibilidade são aferidas ao tempo do registro de candidatura.

Agravo regimental a que se nega provimento.

(Agravo Regimental em Recurso Especial Eleitoral nº 29604, Acórdão de 23/09/2008, Relator(a) Min. CARLOS EDUARDO CAPUTO BASTOS, Publicação: PSESS - Publicado em Sessão, Data 23/09/2008)

Em suma, o alistamento é o mecanismo encontrado pela Justiça Eleitoral para conferir maior transparência e legitimidade ao processo de escolha dos candidatos, bem como para que os votos tenham sempre valor igual para todos. Logo, sua exigência mostra-se constitucionalmente justificada e razoável.

Outra condição de elegibilidade imposta pela Constituição Federal diz respeito ao domicílio eleitoral.

O artigo 42, parágrafo único, do Código Eleitoral, traz que "Para efeito de inscrição, é domicílio eleitoral o lugar de residência ou moradia do requerente, e, verificado ter o alistando mais de uma, considerar-se-á domicílio qualquer delas."

Já o artigo 55, inciso III, do Código Eleitoral, dispõe que é requisito, para a transferência do domicílio eleitoral, a "residência mínima de 3 (três) meses no novo domicílio, atestada pela autoridade policial ou provada por outros meios convincentes."

O objetivo da norma, sem dúvida, é garantir que o pleiteante ao cargo público guarde vínculo com o local onde deseja exercer o cargo público.

A exigência de domicílio eleitoral na circunscrição do pleito se justifica por razões que se assemelham às expostas em relação ao alistamento eleitoral.

Se o sistema eleitoral brasileiro adota o conceito de circunscrição para a realização de eleições, de modo que cada candidato disputa o pleito relativo à localidade que pretende representar, nada há de excessivo em se exigir que o candidato mantenha algum tipo de vínculo na localidade que irá disputar a eleição.

Como destacado, as condições de elegibilidade previstas na Constituição de 88 são escolhas do constituinte e pouco há que se questionar em relação à constitucionalidade delas. O que gera, à luz do objeto do presente estudo, eventuais inconstitucionalidades são as interpretações que os Tribunais eleitorais conferem a

essas exigências, não sendo admissível que se interpretem ampliativamente as restrições sem que haja a devida justificativa constitucional para tanto.

Vejam-se dois precedentes do Tribunal Superior Eleitoral:

Registro. Domicílio eleitoral. Conforme entendimento desta Casa, o prazo mínimo de um ano de domicílio eleitoral na circunscrição conta-se do requerimento da transferência, mesmo que o deferimento ocorra posteriormente. Agravo regimental a que se nega provimento. (Agravo Regimental em Recurso Especial Eleitoral nº 34800, Acórdão de 27/11/2008, Relator(a) Min. ARNALDO VERSIANI LEITE SOARES, Publicação: PSESS - Publicado em Sessão, Data 27/11/2008).

REGISTRO DE CANDIDATO. ELEICAO MUNICIPAL. DOMICILIO ELEITORAL. PRAZO - EXIGINDO A CONSTITUICAO FEDERAL, EM SEU ART. 14, PARAG. 3, IV, COMO CONDICAO DE ELEGIBILIDADE, APENAS DOMICILIO ELEITORAL NA CIRCUNSCRICAO, SEM FIXAR PRAZO MINIMO, E SEM OUTRO DIPLOMA LEGAL QUE O FIXE PARA O PLEITO DE 15.11.89, E DE SE TER COMO ATENDIDO ESSE REQUISITO QUANDO O CANDIDATO COMPROVA O SEU DOMICILIO NA CIRCUNSCRICAO, AINDA QUE A MENOS DE UM ANO DO PLEITO. RECURSO ESPECIAL PROVIDO. (RECURSO ESPECIAL ELEITORAL nº 8612, Acórdão nº 10954 de 12/10/1989, Relator(a) Min. MIGUEL JERONYMO FERRANTE, Publicação: BEL - Boletim Eleitoral, Volume 466, Página 666)

Portanto, o que se constata é que o tratamento que o Tribunal Superior Eleitoral tem conferido ao tema tem sido justamente no sentido de prestigiar a elegibilidade, admitindo a regularidade do domicílio eleitoral em situações controversas. Portanto, na possível colisão entre a facilitação do controle das eleições, para que este processo seja hígido, e a elegibilidade, esta última, como direito fundamental, tem prevalência.

Cumpra agora discorrer acerca da filiação partidária, outra condição de elegibilidade prevista no texto constitucional.

A filiação, nas palavras de José Jairo Gomes, “estabelece um vínculo entre o cidadão e a entidade partidária”²³⁰.

No sistema eleitoral brasileiro são vedadas as candidaturas avulsas, sendo exigido de todos os concorrentes a filiação a uma agremiação partidária.

Tal exigência se justifica a partir da compreensão de que, no Brasil, os Partidos Políticos possuem a missão constitucional de intermediar a relação entre a população e os mandatários. Mais do que isso, os Partidos Políticos são veículos pelo meio do qual o povo governa.

Sobre os Partidos Políticos, Dalmo de Abreu Dallari leciona que:

²³⁰ GOMES, José Jairo. Op. cit. p. 132.

Tendo-se afirmado no início do século XIX como instrumentos eficazes da opinião pública, dando condições para que as tendências preponderantes no Estado influam sobre o governo, os partidos políticos se impuseram como veículo natural de representação política.²³¹

Outrossim, não se pode olvidar que na forma como se organiza o sistema proporcional brasileiro, o voto em parlamentares é conferido primeiramente ao partido político, para somente depois ser computado à pessoa do candidato (sistema de lista aberta, ou lista fechada “não bloqueada”).

Ou seja, somente após o cálculo do número de cadeiras obtidas pela legenda é que as vagas serão distribuídas aos candidatos melhor votados daquela agremiação. Caso o partido não atinja o quociente eleitoral, ainda que o candidato tenha obtido expressiva votação esse não será eleito.

Não por outra razão foi que o Supremo Tribunal Federal, no julgamento dos mandados de segurança n.º 26.602, 26.603 e 26.604 reconheceu que, em casos de desfiliação, a vaga decorrente do mandato eletivo deve ser preservada pelo partido, sendo chamado a assumir sua titularidade o primeiro suplente da agremiação.

Portanto, a missão constitucional delegada aos partidos políticos, bem como a estrutura do sistema eleitoral brasileiro justificam a exigência de filiação partidária como condição de elegibilidade no Brasil.

As regras atinentes aos partidos políticos e à filiação estão previstas na Lei nº 9.096/95, que dispõe, entre outras coisas, acerca das formalidades essenciais para se considerar válida a filiação partidária, estabelecendo a necessidade de comunicação, por parte dos partidos, de todos os seus filiados para registro perante a Justiça Eleitoral.

Apesar da rigidez legal no que respeita aos procedimentos de filiação partidária, a jurisprudência tem se mostrado mais flexível, em virtude da magnitude do direito fundamental que pode vir a ser restrito pela falta de filiação partidária.

Assim anota Rodrigo López Zílio,

Inobstante a rigorosa interpretação do TSE acerca da norma prevista no art. 22 da Lei dos Partidos Políticos, evidente que os meios de prova de filiação partidária tem maior amplitude do que sugere a norma legal, reconhecendo-a como meio de prova da filiação a certidão cartorária de filiação ao novo partido, comunicação escrita do eleitor ou anotações nos registros do cartório.²³²

²³¹ DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado*. 24 ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 163.

²³² ZILIO, Rodrigo Lopez. Op. cit. p.156.

A exigência de filiação partidária prévia poderia ser empecilho ao direito de sufrágio passivo daqueles que são impedidos por lei de exercer atividades político-partidárias, como os magistrados, os membros do Ministério Público e do Tribunal de Contas. Para estes casos a jurisprudência, em aplicação proporcional da norma, definiu que o prazo de filiação partidária que se deve observar é aquele previsto para desincompatibilização, quando então estes agentes estarão liberados para a filiação.

Nesses casos, considerando a relevância das funções desenvolvidas, bem como a necessidade de afastamento das atividades político-partidárias a fim de externar plena autonomia e independência no exercício profissional, bem como a fim de preservar hígido o direito fundamental à elegibilidade, chegou-se ao entendimento de que a filiação partidária deveria ser comprovada apenas no prazo de desincompatibilização previsto em lei.

Acerca do tema o Supremo Tribunal Federal já teve oportunidade de se manifestar, conferindo interpretação conforme a constituição:

EMENTA: - Ação direta de inconstitucionalidade. 2. Artigo 80 e a expressão "ressalvada a filiação", constante do inciso V, do art. 237, da Lei Complementar nº 75, de 25 de maio de 1993. 3. Dispositivos que permitem a filiação de membros do Ministério Público a partido político. 4. Alegação de incompatibilidade das normas aludidas, quanto à filiação partidária, com o art. 128, § 5º, inciso II, letra e, da Constituição. 5. Ação julgada procedente, em parte, para, sem redução de texto, **dar a) ao art. 237, inciso V, da Lei Complementar federal nº 75/93, de 20/5/93, interpretação conforme a Constituição, no sentido de que a filiação partidária de membro do Ministério Público da União somente pode efetivar-se nas hipóteses de afastamento de suas funções institucionais, mediante licença, nos termos da lei, e b) ao art. 80 da Lei Complementar federal nº 75/93, interpretação conforme à Constituição, para fixar como única exegese constitucionalmente possível aquela que apenas admite a filiação partidária, se o membro do Ministério Público estiver afastado de suas funções institucionais, devendo cancelar sua filiação partidária, antes de reassumir essas funções**, não podendo, ainda, desempenhar funções pertinentes ao Ministério Público Eleitoral senão dois anos após o cancelamento da filiação político-partidária (STF - ADI 1371, Relator(a): Min. NÉRI DA SILVEIRA, Tribunal Pleno, julgado em 03/06/1998, DJ 03-10-2003 PP-00009 EMENT VOL-02126-01 PP-00026)

No mesmo sentido se manifestou o TSE:

(...) II – Os membros do Ministério Público da União se submetem à vedação constitucional de filiação partidária, dispensados, porém, de cumprir o prazo de filiação partidária fixado em lei ordinária, a exemplo dos magistrados, devendo satisfazer tal condição de elegibilidade até seis meses antes das eleições, de acordo com o art. 1º, inciso II, alínea j, da LC n. 64/90, sendo certo que o prazo de desincompatibilização dependerá do cargo para o qual o candidato concorrer.

(...)

(TSE – Res. N. 22.095, Consulta nº 1.154 – DJ 24/10/2005, p. 89)

No que se refere aos militares, o entendimento prevalecente é que eles sequer precisam se filiar no período de desincompatibilização. Basta solicitarem o registro de candidatura, com o aval de uma agremiação política, que o requisito é tido por atendido.

Outra importante manifestação jurisprudencial acerca do tema é do Tribunal Regional Eleitoral do Paraná, que julgando representações por duplicidade de filiação entendeu por considerar válida a última filiação, a fim de proteger o direito das partes a concorrer ao pleito.

REGISTRO DE CANDIDATURA - INDEFERIMENTO EM PRIMEIRO GRAU - DUPLICIDADE DE FILIAÇÕES - AUSÊNCIA DE PROCESSO ANTERIOR EM QUE TENHA SIDO FACULTADA AMPLA DEFESA - **PREVALÊNCIA DA FILIAÇÃO MAIS RECENTE** - ARTIGOS 14, § 3º, V, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL E 9º DA LEI Nº 9.504/97 - RECURSO PROVIDO.

(RECURSO ELEITORAL nº 5564, Acórdão nº 34.422 de 06/09/2008, Relator JESUS SARRÃO, Publicação: PSESS - Publicado em Sessão, Data 9/9/2008)

Nesse caso, a Corte Eleitoral paranaense entendeu que a sanção imposta pelo artigo 22, parágrafo único, da Lei nº 9096/95, consistente no cancelamento das duas filiações nos casos de duplicidade, seria desproporcional ao bem jurídico protegido. No âmbito de um processo também oriundo do Tribunal Regional Eleitoral do Paraná, o Procurador-Regional Eleitoral, Doutor Néviton de Oliveira Batista Guedes, apresentou posicionamento bastante adequado acerca da dupla filiação, deixando patente que não se pode restringir direito fundamental por equívocos decorrentes da filiação partidária:

Isso porque, referida norma trata de questão meramente procedimental, no que se refere ao desligamento e nova filiação partidária. Logo, não se mostraria adequado, sob a ótica do princípio da proporcionalidade, apenar-se com o cancelamento das duas filiações – e, via de consequência, suprimindo do pretense candidato uma das condições de elegibilidade - alguém que não tenha procedido as comunicações de desfiliação da forma como preconizado em lei.

Adotando-se a teoria proposta por Canotilho, o cancelamento de ambas filiações nos casos de duplicidade se revelaria inconstitucional uma vez que, em detrimento do direito fundamental à elegibilidade, estar-se-ia buscando proteção a bem jurídico que não detém status constitucional e que se revela de ordem puramente burocrática e procedimental.

Nesse sentido, vale transcrever trecho do parecer exarado pelo constitucionalista Néviton de Oliveira Batista Guedes, na condição de Procurador Regional Eleitoral do Tribunal Regional Eleitoral do Paraná:

Assim agindo, verifica-se a existência de dupla filiação, sendo que, numa interpretação literal

da legislação, ambas as filiações deveriam ser declaradas nulas. Contudo, como dessa decisão resultará efeito não previsto nem desejado pelo legislado, essa não é a melhor solução constitucional e legal para o caso.

(...)

A Constituição Federal de 1988 assegura ao cidadão, como direito fundamental de natureza política, o pleno exercício da **capacidade eleitoral passiva (direito de ser votado)**, desde que atenda a determinadas exigências legais que, uma vez satisfeitas conferem-lhe a condição de elegível. Entre as condutas que conformam o âmbito de proteção desse direito fundamental, certamente, inclui-se o direito de lançar-se candidato, ou seja, candidatar-se ao processo eleitoral.

Dessa forma, para que o cidadão possa candidatar-se a um cargo eletivo, a Constituição Federal de 1988 estabelece, como **condição de elegibilidade**, dentre outras, a **filiação partidária...**

(...)

Esclareça-se que enquanto a filiação partidária é **condição de elegibilidade** (pressuposto positivo do exercício do direito político passivo), de seu turno, qualquer impedimento à participação no processo eleitoral, como pressuposto negativo do exercício do direito político passivo, caracteriza-se como autêntica **inelegibilidade**. No caso concreto, pois, filiar-se ao partido é condição de elegibilidade; impedir o requerente de concorrer à próxima eleição, dê-se o nome que se queira dar, corresponde à autêntica inelegibilidade.

Seja dito que a Constituição, diversamente do que ocorre com as inelegibilidades, não autoriza em nenhum lugar sejam estabelecidas por lei (reserva de lei) outras condições de elegibilidade. Assim, é questionável qualquer outra condição que, mediante lei ordinária, se imponha ao cidadão como condição de elegibilidade. No caso concreto, a limitação temporal de filiação partidária de pelo menos um ano é condição imposta por lei (art. 18, da L. 9.096/95 e art. 9º, da Lei 9.504/97) e, como tal, apenas se justificaria se a considerarmos como restrição que se mostra compatível com o texto constitucional, pelo que, entre outros limites, deve respeitar o princípio da proporcionalidade. Por peculiaridades do caso concreto, entretanto, ante a grave conseqüência (não previsto em lei) de não poder o interessado concorrer às próximas eleições, a anulação pura simples de ambas as filiações é medida que se mostra, além de inadequada, desnecessária, e como tal desproporcional.

Como se vê, em nenhum sentido o cancelamento da filiação partidária, no atual ou no regime anterior, poderia criar hipótese de impedimento ao exercício do direito político passivo (inelegibilidade), porquanto inelegibilidades admitidas são apenas aquelas decorrentes do próprio texto constitucional ou de lei complementar federal.

Conforme já registramos em outros quadrantes, da análise de toda teoria dos direitos fundamentais, extrai-se a conclusão de que os direitos fundamentais de que direitos, liberdades, poderes e garantias são sempre passíveis de limitações ou restrições. Contudo, não se pode perder de vista que tais restrições estão, por sua vez, sempre submetidas a limitações. Não é por outra razão que a doutrina e a jurisprudência alemã, ao cuidar de restrições a direitos fundamentais, empresta especial relevo aos chamados **limites dos limites** (*Schranken-Schranken*) que estão sempre a restringir a ação dos poderes públicos quando impõem limites aos direitos fundamentais.

Entre outras restrições que se impõem aos poderes públicos, destacam-se a necessidade de proteger o **núcleo essencial do direito** e a obrigação de observar o **princípio da proporcionalidade**. Bem observados os fatos aqui sob consideração, seguramente nenhum desses limites terá sido respeitado se, pela simples razão da anulação de ambas as filiações, impedir-se o cidadão de exercer o seu direito fundamental a candidatar-se ao próximo pleito.

(...)

Conforme já registramos em outros quadrantes, da análise de toda teoria dos direitos fundamentais, extrai-se a conclusão de que os direitos fundamentais de que direitos, liberdades, poderes e garantias são sempre passíveis de limitações ou restrições. Contudo, não se pode perder de vista que tais restrições estão, por sua vez, sempre submetidas a limitações. Não é por outra razão que a doutrina e a jurisprudência alemã, ao cuidar de restrições a direitos fundamentais, empresta especial relevo aos chamados **limites dos limites** (*Schranken-Schranken*) que estão sempre a restringir a ação dos poderes públicos quando impõem limites aos direitos fundamentais².

Entre outras restrições que se impõem aos poderes públicos, destacam-se a necessidade de proteger o **núcleo essencial do direito** e a obrigação de observar o **princípio da proporcionalidade**. Bem observados os fatos aqui sob consideração, seguramente nenhum desses limites terá sido respeitado se, pela simples razão da anulação de ambas as filiações, impedir-se o cidadão de exercer o seu direito fundamental a candidatar-se ao próximo pleito.

(...)

Portanto, é fora de questão que, em nosso país, excetuados os casos previstos na própria Constituição, nenhum impedimento direto ou indireto (inelegibilidade) pode resultar de simples lei ordinária, como é o caso da Lei Orgânica dos Partidos Políticos, L. 9.096/95, sob pena de inconstitucionalidade.

Com efeito, a impossibilidade de concorrer às próximas eleições representa conseqüência jamais visada pelo legislador. Com efeito, no art. 22, em seu parágrafo único, o legislador tão somente pretendeu estatuir norma prática de conformação dos serviços do cartório eleitoral (não visando, como não poderia visar, nenhum caso de inelegibilidade). Na prática, contudo, o cancelamento de ambas as filiações, como determinado pelo Juízo Eleitoral, de forma a impedir a filiação do interessado depois de superado o termo limite do dia 05.10.2007, a um só tempo, violou **(a)** conteúdo essencial **do direito fundamental à participação política daqueles que, encontrando-se em tal situação, almejassem disputar as próximas eleições (b)** também menospreza a **liberdade de manifestação política** (a qual corresponde ao direito fundamental dos candidatos, consistente no direito de fazer conhecer suas propostas e idéias) e, por fim, **(c)** desrespeitaria a **igualdade de chances entre os cidadãos que queiram fazer parte do processo político-eleitoral** (com efeito, se de um lado aqueles que tivessem suas filiações canceladas tempestivamente pela Justiça Eleitoral poderiam filiar-se novamente ao partido de sua predileção e concorrer ao pleito, de outra banda, aqueles que, na mesma condição dos anteriores, tivessem suas filiações canceladas em momento muito próximo ou após o dia 05.10.2007, por essa única razão de ordem temporal, não poderiam concorrer ao mesmo pleito).

(...)

Outro limite ao poder de restringir direitos fundamentais, abertamente, violado pela decisão aqui enfrentada é sensivelmente o **princípio da proporcionalidade**.

Como se sabe, mesmo o legislador quando autorizado a impor limites a direitos fundamentais não está livre para, sem mais, impor qualquer limite, ou em qualquer extensão. A doutrina e jurisprudência constitucional têm enfatizado que, em se tratando de restrições a direitos fundamentais, deve-se indagar não apenas sobre a admissibilidade constitucional da restrição eventualmente fixada (reserva legal), *mas também sobre a compatibilidade das restrições estabelecidas com o princípio da proporcionalidade*⁶. Essa orientação, segundo Gilmar Ferreira Mendes, converteu o princípio da reserva legal em *reserva legal proporcional*⁷.

Por outro lado, também as decisões tomadas pela Justiça com base na lei aprovada pelo parlamento submetem-se ao controle de proporcionalidade. É esse o ensinamento da melhor doutrina e jurisprudência constitucionais da atualidade. Com efeito, segundo ainda o olhar atento de Gilmar Ferreira Mendes, qualquer decisão concreta, seja da Administração, seja do Judiciário, há de revelar compatibilidade com o princípio da proporcionalidade (cito)⁸:

Significa dizer que qualquer medida concreta que afete os direitos fundamentais há de mostrar-se compatível com o princípio da proporcionalidade.

Em outras palavras, ninguém, nem mesmo o legislador ou o juiz, quando autorizados constitucionalmente, podem impor restrições a direitos fundamentais que se mostrem desproporcionais.

Como demonstra Robert Alexy, uma medida só será considerada proporcional se preencher a um só tempo as três máximas parciais da proporcionalidade (cito): **da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em estrito sentido**⁹.

(...)

Com efeito, no caso concreto, o cancelamento da primeira filiação já seria medida suficiente (necessária) para eliminar o fenômeno da dupla filiação. Aliás, estou convencido de que a resposta dada pela legislação anterior (cancelamento apenas de uma das filiações simultaneamente havidas) era a medida adequada e necessária (suficiente) para eliminar o problema da dupla filiação.

(...)

Por tudo o que se acaba de expor, **logicamente, que a única resposta plausível que se apresenta ao caso sob discussão é a anulação tão somente da filiação demonstrada como indesejada pelo próprio interessado, isto é, a primeira filiação.**

Como a matéria aqui sob comento mostra-se inegavelmente impregnada do mais relevante interesse público (**matéria de ordem pública**) e, por outro lado, da mesma maneira que pôde o magistrado eleitoral declarar de ofício o cancelamento de ambas as filiações, não remanesce qualquer dúvida de que pode e mesmo deve o Eg. Tribunal Regional Eleitoral – ainda que de ofício – tomar os fundamentos constitucionais e legais acima sugeridos e reformar-lhe a decisão para, como sugerido, se assim entender correto, mantendo o cancelamento apenas da primeira filiação, declarar válida para todos os efeitos a última filiação aqui comprovada.

A solução mais adequada ao caso, em atenção à salvaguarda do direito fundamental à elegibilidade, foi aquela empregada pelo Tribunal paranaense: cancela-se a filiação antiga, e considera-se hígida a mais recente, de modo a possibilitar ao candidato disputar o pleito de forma regular, sem suprimir seu direito fundamental à elegibilidade, ante o desatendimento de determinada formalidade. A interpretação, portanto, não pode ser a literal. Aliás, não é próprio da ciência jurídica a interpretação literal dos dispositivos legais.

Prosseguindo com os demais requisitos do texto constitucional, verifica-se que a idade mínima constitucionalmente estabelecida pretende selecionar para a condução dos cargos públicos de maior relevo pessoas mais experientes, buscando a boa condução da função pública.

Neste sentido, “é evidente a preocupação em se exigir maior grau de consciência, experiência e maturidade dos candidatos de acordo com a importância e a complexidade das funções inerentes ao cargo.”²³³ Trata-se, novamente, de uma condição de elegibilidade que aponta para uma preocupação constitucional com a qualificação dos pretensos candidatos.

A fim de compatibilizar o critério cronológico estabelecido pela Constituição com a máxima realização do direito político fundamental, a jurisprudência assentou entendimento que a idade mínima, ao contrário das outras condições de elegibilidade, deve estar implementada até a data da posse.

²³³ GOMES, José Jairo. Op. cit. p. 135.

Eleições 2006. Registro de candidato. Deputado estadual. Condição de elegibilidade. Art. 14, § 3º, VI, da Constituição Federal. Idade mínima. Ausência. Decisão regional. Indeferimento. Recurso ordinário. Recebimento. Recurso especial. Pressupostos específicos de admissibilidade. Não-atendimento. Pedido de reconsideração. Exame. Agravo regimental. Art. 36, § 8º, do Regimento Interno do Tribunal. 1. Manifestado inconformismo pela parte, por meio de pedido de reconsideração, com relação à decisão monocrática proferida pelo relator, não é possível a interposição de sucessivos recursos contra o mesmo decisum, em face da preclusão consumativa. 2. Nos termos do art. 36, § 8º, do Regimento Interno do Tribunal Superior Eleitoral, da decisão do relator cabe agravo regimental. 3. A ausência de indicação de ofensa a dispositivo de lei ou da Constituição Federal, ou mesmo divergência jurisprudencial impede o conhecimento de recurso especial, em face do não-atendimento dos pressupostos específicos de admissibilidade. **4. Indeferese pedido de registro de candidato que não possui, na data da posse, a idade mínima para o cargo que pretende disputar, por ausência da condição de elegibilidade prevista no art. 14, § 3º, VI, da Constituição Federal.** Agravo regimental improvido. (AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ORDINÁRIO nº 911, Acórdão de 29/08/2006, Relator(a) Min. MARCELO HENRIQUES RIBEIRO DE OLIVEIRA, Publicação: PSESS - Publicado em Sessão, Data 29/08/2006)

Eleições 2004. Recursos Especiais. Registro de candidatura. Cargo de prefeito. Impugnação. Parentesco. Inelegibilidade. Violações e dissídio jurisprudencial caracterizados. Configura-se a inelegibilidade prevista no § 7º do art. 14 da Constituição Federal do ex-cônjuge de prefeito reeleito, cuja separação de fato ocorreu durante o primeiro mandato, reconhecida na sentença de divórcio, homologado na vigência do segundo mandato. Provimento do Recurso Especial da Procuradoria Regional Eleitoral. Prejudicados os recursos da Coligação e de Levi Carvalho Ramos. Recurso Especial de Francisco da Silva Ribeiro. Impugnação. Cargo de vice-prefeito. Rejeição de contas (art. 1º, I, g, LC nº 64/90). As inelegibilidades e as condições de elegibilidade são aferidas ao tempo do registro da candidatura. Precedentes do TSE. **Diversa é a situação da condição de idade mínima, que se verifica na data prevista da posse, por expressa previsão legal (§ 2º do art. 11 da Lei nº 9.504/97).** Recurso especial desprovido. (RECURSO ESPECIAL ELEITORAL nº 22900, Acórdão nº 22900 de 20/09/2004, Relator(a) Min. LUIZ CARLOS LOPES MADEIRA, Publicação: PSESS - Publicado em Sessão, Data 20/09/2004 RJTSE - Revista de Jurisprudência do TSE, Volume 16, Tomo 1, Página 235)

CONSULTA. VEREADOR. IDADE MINIMA. LEI N. 9.504/97, ART. 11, PAR. 2. 1. A IDADE MINIMA DE 18 ANOS PARA CONCORRER AO CARGO DE VEREADOR TEM COMO REFERENCIA A DATA DA POSSE (LEI 9.504/97, ART. 11, PAR. 2). (CONSULTA nº 554, Resolução nº 20527 de 09/12/1999, Relator(a) Min. EDSON CARVALHO VIDIGAL, Publicação: DJ - Diário de Justiça, Data 10/02/2000, Página 15).

Rodrigo López Zilio leciona acerca do tema que:

No entanto, revela-se sedutora a possibilidade de implementação da idade mínima para exercício do mandato eletivo apenas por ocasião do momento da posse, até mesmo porque o preenchimento da idade mínima visa a possibilitar o acesso de um cidadão aos poderes de mandatário e representante de uma determinada comunidade. Possibilita-se, com isso, o exercício de um direito fundamental, que é o direito de elegibilidade, por conseguinte, razoável seja permitida a implementação da idade mínima por ocasião da posse.²³⁴

²³⁴ ZÍLIO, Rodrigo López. Op. cit. p. 165.

Trata-se, como se viu, de decisão do legislador que permite o maior acesso aos cargos públicos, compatibilizando a restrição imposta com a garantia constitucional do direito ao sufrágio passivo.

A compreensão da razão pela qual somente essa condição de elegibilidade é verificada na data da posse – e não no momento do pedido de registro de candidatura, como as demais – é simples: somente a idade pode ser verificada previamente e projetada para a data da posse dos eleitos.

Em relação a todas as demais, a condição exigida pela constituição deve estar presente no exato momento do pedido de registro, a fim de que esse possa vir a ser decidido pela Justiça Eleitoral sem que haja a dependência da ocorrência de eventos futuros e incertos (filiação partidária, domicílio eleitoral, restabelecimento de direitos políticos etc).

Portanto, também aqui a interpretação conferida atualmente pelo Tribunal Superior Eleitoral se mostra adequada aos fins constitucionais pretendidos pelo constituinte e à exigência da mais ampla proteção ao direito fundamental à elegibilidade.

Analisadas todas as condições constitucionais de elegibilidade, passa-se a enfrentar as inelegibilidades constitucionais.

4.3 AS CAUSAS DE INELEGIBILIDADE CONSTITUCIONAIS

Limitaremos neste estudo a analisar, sob o mesmo prisma utilizado até o momento, as causas de inelegibilidade constitucionais.

Consoante já destacado no presente estudo, as inelegibilidades possuem um fundamento ético diretamente arraigado com a efetivação do conteúdo material da democracia, com a efetivação dos princípios constitucionais da moralidade, probidade, normalidade e legitimidade das eleições.

Na Constituição Federal, as normas sobre inelegibilidade estão previstas no artigo 14, §§4º a 7º, e são dotadas de eficácia plena e aplicabilidade imediata, independentemente, portanto, do disposto na Lei Complementar a que se refere o §9º do mesmo diploma.

A primeira causa de inelegibilidade constitucional a ser enfrentada no presente estudo diz respeito ao requisito da alfabetização, previsto no § 4º do artigo 14 da Constituição Federal.

Sem dúvida, trata-se de um dos temas mais controvertidos do direito eleitoral moderno, tanto porque se trata de requisito de difícil definição como porque causa grandes polêmicas, como a atual envolvendo o palhaço “Tiririca”, eleito deputado com o maior número de votos em São Paulo no pleito de 2010.

O primeiro dos problemas que se apresentam quanto ao analfabetismo é a própria definição da palavra.

Joel José Cândido pondera que

De modo geral, pode-se dizer que analfabeto é quem não domina um sistema escrito de linguagem, carecendo dos conhecimentos necessários para ler e escrever. Assim, a noção de analfabetismo prende-se ao domínio da escrita e da compreensão de textos, ainda que singelos. Por outro lado, o domínio de tal sistema em algum grau justifica o *status* de alfabetizado – ou, pelo menos, de semi-alfabetizado.²³⁵

Já Adriano Soares da Costa nos traz uma visão um pouco diversa, afirmando que

Não existe um conceito unívoco de analfabetismo, de modo a seguramente ser aplicado no Direito Eleitoral. Há gradações de analfabetismo, desde aquele que implica a impossibilidade de realização de mínima leitura, até aquele que implica a impossibilidade mínima de escrita. Ler e escrever são potenciais que comportam gradações: há os que soletram com dificuldade; há os que lêem razoavelmente, embora com limites de compreensão do texto lido; e há aqueles que lêem e entendem a extensão e sentido do que foi lido. Doutra banda, há aqueles que escrevem o nome apenas; os que escrevem mal e com dificuldade gramatical; e os que escrevem bem, atendendo às regras ortográficas e reduzindo com clareza suas idéias por escrito. E dentro desses casos, há ainda outras tantas gradações, que ocorrem na riqueza da vida e trazem implicações no cotidiano do período eleitoral.

É alfabetizado quem sabe ler e escrever, razoavelmente. Escrever com sentido e concatenação das idéias, ainda que com embaraços de gramática; ler com compreensão do texto, do seu sentido, ainda que de modo obnubilado e turvo. É analfabeto, ao revés, aquele que não sabe ler ou escrever com um mínimo de sentido, ou com total impossibilidade de externar seus pensamentos.²³⁶

Pedro Roberto Decomain, por sua vez, traz um conceito ainda mais amplo do alfabetizado, sustentando que

Por não alfabetizados devem ser havidos aqueles que nada sabem ler, nem escrever. Os que, todavia, possuem condições de escrita e leitura, ainda que rudimentares, devem ser

²³⁵ CÂNDIDO, Joel José. *Direito Eleitoral brasileiro*. 11ª ed. rev. e atual. Bauru: Edipro, 2004, p. 134.

²³⁶ COSTA, Adriano Soares da. Op. cit. p. 161

considerados alfabetizados, para o fim de lhes ser permitida a candidatura a mandato eletivo.²³⁷

Justamente no sentido do entendimento explanado por Decomain, a jurisprudência tem se inclinado a adotar um conceito restrito de analfabeto para fins de verificação da condição de elegibilidade. Vejamos como exemplo decisão do Tribunal Regional Eleitoral de São Paulo.

REGISTRO DE CANDIDATURA. INDEFERIMENTO. SUSPEIÇÃO DO MAGISTRADO NÃO COMPROVADA. ANALFABETISMO NÃO CARACTERIZADO. PROVIMENTO DO RECURSO.

1. NÃO COMPROVADOS OS MOTIVOS ENSEJADORES DA SUSPEIÇÃO DO MAGISTRADO "A QUO". NÃO OBSERVÂNCIA DO INSTRUMENTO LEGAL CABÍVEL PARA A ARGUIÇÃO, QUAL SEJA, A EXCEÇÃO DE SUSPEIÇÃO.

2. TENDO RESTADO COMPROVADO NOS AUTOS QUE O CANDIDATO POSSUI A MÍNIMA CAPACIDADE DE LER E ESCREVER UM PEQUENO TEXTO SIMPLES, É DE SER CONSIDERADO COMO ALFABETIZADO.

3. COMPROVADO, AINDA, POR DOCUMENTOS, QUE POSSUI NOÇÕES DE LEITURA E ESCRITA, NO EXERCÍCIO DE CARGOS QUE EXIGEM CONHECIMENTO DE LÍNGUA PÁTRIA, NÃO PODE SER CONSIDERADO ANALFABETO O CANDIDATO, NÃO INCORRENDO ASSIM NA INELEGIBILIDADE PREVISTA NA ONSTITUIÇÃO FEDERAL, ARTIGO 14, § 4º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL E NO ARTIGO 1º, I, "A", DA LEI COMPLEMENTAR Nº 64/90.

(RECURSO CIVEL nº 20401, Acórdão nº 148973 de 23/08/2004, Relator(a) SUZANA DE CAMARGO GOMES, Publicação: PSESS - Publicado em Sessão, Data 23/08/2004)

Neste caso, a Juíza Suzana de Camargo Gomes tece algumas considerações acerca do assunto, bem como dá interpretação restritiva ao conceito de analfabetismo:

Ademais, verifica-se que o recorrente juntou aos autos alvará expedido pela Prefeitura Municipal de Praia Grande/SP, de fls. 41, onde se comprova que ao recorrente foi concedido permissão para comercializar bebidas, salgados e lanches e, assim, como comerciante, possui as mínimas condições de inteligência e não pode ser considerado como analfabeto. (...)

Ora, observa-se do exame levado a efeito, que o candidato, muito embora não tenha obtido pleno êxito na prova que foi submetido, apresenta-se como alfabetizado, visto que, ainda que de forma primária e rudimentar, conseguiu demonstrar o exercício da leitura e escrita.

Ademais, o recorrente conseguiu desenvolver a prova de inteligência ou interpretação de texto, de fls. 23, pois, se não soubesse ler e escrever, entregaria as questões em branco, o que não ocorreu, pelo que, no caso, caracterizado está, no mínimo, sua condição de semi-alfabetizado.

Outrossim, o requisito de alfabetização deve ser sopesado dentro de critérios mais flexíveis, isto é, desde que o candidato saiba ler e escrever com razoabilidade, cumprindo o dispositivo constitucional.

Isto porque, analfabeto é aquele que não tem qualquer domínio das letras, não sendo de se exigir significativo grau de instrução ou, ainda, considerável nível de compreensão na leitura em vernáculo. (...)

²³⁷ DECOMAIN, Pedro Roberto. *Elegibilidade e Inelegibilidades*. 2ª edição. São Paulo: Dialética, 2004. p. 54

Ademais, nos termos conceituados pelo dicionário Aurélio, analfabeto e quem não conhece o alfabeto, que não conhece as letras no seu mínimo. **E para efeito de inelegibilidade, este conceito não pode ser ampliado.**

Assim, não há como entender que o recorrente esteja entre aqueles que possam ser tidos como analfabetos.

É que, analfabetos são aqueles que não conseguem se expressar pela forma escrita (escrever), razoavelmente, através da língua Portuguesa, o idioma oficial de nosso país. Também são considerados analfabetos aqueles que não conseguem compreender pela leitura a língua Portuguesa, o que não é o caso dos autos.

Maior dificuldade do que definir o conceito de analfabetismo, no entanto, traz a missão de avaliar, diante do caso concreto, quem pode ser considerado alfabetizado. Na ausência de comprovante de escolaridade fixou-se o entendimento de que é suficiente para demonstrar a alfabetização uma declaração de próprio punho do pretense candidato, podendo o juiz, caso não se convença da condição de alfabetizado, realizar as diligências que entender pertinentes.

Assim, tem-se admitido a realização de provas para aferir a condição de alfabetizado. Joel José Cândido demonstra sua preocupação com os referidos testes, afirmando que

Bem é ver que a aplicação de provas por parte de juízes eleitorais não resolve o problema. Conquanto a intenção seja louvável, a verdade é que esses profissionais não são formados para isso. Ademais, a falta de uniformidade dos exames poderia fustigar o princípio constitucional da isonomia, porquanto candidatos considerados analfabetos em uma zona eleitoral poderiam não o ser em outra, tudo a depender do rigor do exame e do subjetivismo do avaliador.²³⁸

Adriano Soares da Costa, por sua vez, aponta para o fato de que tais provas podem adotar critérios desiguais para a aferição da condição de alfabetizado, mostrando-se inclusive favorável a isto em determinados casos:

Outrossim, sou de opinião que as gradações de analfabetismo devem ser analisadas perante a importância do cargo em disputa. (...) De modo que não endossamos a zelosa preocupação de Pedro Henrique Niess²³⁹ diferentes critérios, quando vergasta o fato da aplicação de diferentes critérios e provas para aferir o grau de analfabetismo dos candidatos nas diferentes zonas eleitorais. Tal diversidade é necessária, justamente pelas dissimilaridades da vida, das comunidades e de seu desenvolvimento (...).

O juiz eleitoral deverá ter a justa compreensão da realidade social de sua comunidade, de modo a aplicar o preceito constitucional dentro da zona de penumbra do conceito de alfabetismo e analfabetismo, com vistas a adequação da norma à comunidade concreta, com suas necessidades e mazelas. Assim, a um só tempo fará justiça e contribuirá para a democracia de seu país²⁴⁰.

²³⁸ CÂNDIDO, Joel José. Op. cit. p. 134.

²³⁹ *Direitos políticos – Condições de Elegibilidade, Inelegibilidades e Ações Eleitorais*, 2ª ed. Bauru: Edipro, 2000.

²⁴⁰ COSTA, Adriano Soares da. Op. cit. p. 162-163

Diante da complexidade e riqueza do tema nos cabe fazer um breve apanhado histórico da jurisprudência da Corte Superior Eleitoral.

Nas eleições de 1992 a matéria ganhou relevo no TSE, sendo que o conceito e o meio de aferição do analfabetismo ainda era controvertido:

RECURSO ELEITORAL. O SEMI-ALFABETIZADO, QUE ASSINA E LE SEU NOME, JA ESTANDO EXERCENDO MANDATO DE VEREADOR, TEM DIREITO AO REGISTRO DE CANDIDATURA PARA SUA REELEICAO. RECURSO PROVIDO.

(RECURSO ESPECIAL ELEITORAL nº 10318, Acórdão nº 12582 de 18/09/1992, Relator(a) Min. JOSÉ CÂNDIDO DE CARVALHO FILHO, Publicação: RJTSE - Revista de Jurisprudência do TSE, Volume 4, Tomo 4, Página 344 PSESS - Publicado em Sessão, Data 18/09/1992)

Neste caso, destaque-se o voto do Ministro José Cândido:

Senhor Presidente, o recorrente trouxe aos autos atestado e conclusão da 4ª série, no Grupo Escolar "Dr. Francisco de Araújo Mascarenhas", da Secretaria de Estado de Educação.

No ditado escolar, a que se submeteu a mando do Juiz Eleitoral, perante pessoa não especializada, o recorrente escreveu o trecho indicado, extraído da Constituição, de maneira legível. (...)

Há que se levar em conta que o recorrente já exerceu o mandato de Vereador, e não se argüiu ineficiência em desempenho político, em decorrência das poucas letras.

E ainda:

ELEICOES MUNICIPAIS. REGISTRO DE CANDIDATURA. ANALFABETISMO. INELEGIBILIDADE: ART. 14, PARAGRAFO 4, CF E LEI COMPLEMENTAR N. 64/90, ART. 1, I, "A". NAO DEMONSTRADA AFRONTA A TEXTO DE LEI OU DIVERGENCIA JURISPRUDENCIAL. - MATERIA DE FATO, NAO PODE SER DISCUTIDA EM SEDE DE RECURSO ESPECIAL (ACORDAO N. 12.625/92). SEGUNDO DECISAO DESTA CORTE E LEGITIMA A DILIGENCIA JUDICIAL PARA APURAR A CONDICAO DE ALFABETIZADO DO CANDIDATO, NO PROCESSO DE REGISTRO DE SUA CANDIDATURA. DEMONSTRADO O ANALFABETISMO DO CANDIDATO, TORNA-SE EVIDENTE A SUA INELEGIBILIDADE. RECURSO NAO CONHECIDO.

(RECURSO ESPECIAL ELEITORAL nº 10356, Acórdão nº 12908 de 30/09/1992, Relator(a) Min. AMÉRICO LUZ, Publicação: PSESS - Publicado em Sessão, Data 30/09/1992, Página 1)

RECURSO ESPECIAL. ANALFABETO. ART. 14, PARAGRAFO 4, DA CF. CANDIDATO, QUE SE MOSTRA INCAPAZ DE ESBOCAR UM MINIMO DE SINAIS GRAFICOS COMPREENSIVEIS, NAO PODE SER TIDO COMO ALFABETIZADO. RECURSO DE QUE NAO SE CONHECE.

(RECURSO ESPECIAL ELEITORAL nº 10499, Acórdão nº 12804 de 25/09/1992, Relator(a) Min. JOSÉ CÂNDIDO DE CARVALHO FILHO, Publicação: PSESS - Publicado em Sessão, Data 25/09/1992, Página 1)

RECURSO ESPECIAL. TRE/SE. DECISAO QUE NEGOU PROVIMENTO AO RECURSO. REGISTRO DE CANDIDATO A VEREADOR. ANALFABETO. INELEGIBILIDADE. CONSIDERA-SE ALFABETIZADO AQUELE QUE NAO APENAS ASSINA SEU NOME, MAS QUE TAMBEM DEMONSTRA APTIDAO PARA A LEITURA. RECURSO NAO

CONHECIDO, PARA TORNAR INELEGIVEL O CANDIDATO JOSE DAS NEVES. CONHECIDO E PROVIDO EM RELACAO AOS DEMAIS CANDIDATOS. (RECURSO ESPECIAL ELEITORAL nº 10182, Acórdão nº 12749 de 24/09/1992, Relator(a) Min. CARLOS MÁRIO DA SILVA VELLOSO, Publicação: RJTSE - Revista de Jurisprudência do TSE, Volume 5, Tomo 1, Página 244 PSESS - Publicado em Sessão, Data 24/09/1992)

Nos anos seguintes a preocupação maior girou em torno dos meios de comprovação da condição de alfabetizado e da legalidade na realização dos testes de alfabetização:

REGISTRO DE CANDIDATURA. ALFABETIZACAO. O PROCEDIMENTO ESTABELECIDO NO ART. 77 DO CODIGO ELEITORAL, ATINENTE A EXCLUSAO DE ELEITOR, NAO SE PRESTA A AFERIR ALFABETIZACAO DE CANDIDATO A CARGO ELETIVO. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.

(RECURSO ESPECIAL ELEITORAL nº 13484, Acórdão nº 13484 de 05/08/1997, Relator(a) Min. PAULO ROBERTO SARAIVA DA COSTA LEITE, Publicação: DJ - Diário de Justiça, Data 22/08/1997, Página 38865 RJTSE - Revista de Jurisprudência do TSE, Volume 9, Tomo 3, Página 88)

RECURSO ESPECIAL. INDEFERIMENTO DE REGISTRO DE CANDIDATO. INELEGIBILIDADE. ANALFABETISMO. ART. 14, PARAGRAFO 4, DA CONSTITUICAO.

CANDIDATO QUE, SUBMETIDO A TESTE DE ALFABETIZACAO, NAO DEMONSTROU POSSUIR HABILIDADES MINIMAS PARA SER CONSIDERADO ALFABETIZADO, ENSEJANDO O INDEFERIMENTO DE SEU PEDIDO DE REGISTRO. QUESTAO INSUSCETIVEL DE SER DESLINDADA SEM AMPLO REEXAME DE ELEMENTOS PROBATORIOS, PROVIDENCIA DESCABIDA EM RECURSO DA ESPECIE (SUMULA 279 - STF). RECURSO NAO CONHECIDO.

(RECURSO ESPECIAL ELEITORAL nº 13180, Acórdão nº 13180 de 23/09/1996, Relator(a) Min. ILMAR NASCIMENTO GALVÃO, Publicação: PSESS - Publicado em Sessão, Data 23/09/1996)

INELEGIBILIDADE. ANALFABETISMO. "CANDIDATO QUE NAO DEMONSTRA AS HABILIDADES MINIMAS PARA SER CONSIDERADO ALFABETIZADO, NAO HA QUE TER SEU PEDIDO DE REGISTRO DEFERIDO". SUMULAS 279/STF E 7/STJ. RECURSO NAO CONHECIDO.

(RECURSO ESPECIAL ELEITORAL nº 13048, Acórdão nº 13048 de 18/09/1996, Relator(a) Min. NILSON VITAL NAVES, Publicação: PSESS - Publicado em Sessão, Data 18/09/1996)

Registro de candidatura. Analfabetismo. Hipótese em que o candidato, submetido a teste elementar, na presença do Juiz, mostrou estar suficientemente alfabetizado. Agravo regimental provido.

(AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL ELEITORAL nº 17140, Acórdão nº 17140 de 27/09/2000, Relator(a) Min. JACY GARCIA VIEIRA, Publicação: PSESS - Publicado em Sessão, Data 27/09/2000)

Passou-se, então, a discutir acerca da constitucionalidade na realização do testes de alfabetização coletivos, frente ao princípio da dignidade da pessoa humana.

REGISTRO. Eleições de 2004. Analfabetismo. Teste. Declaração de próprio punho. Possibilidade. Recurso provido em parte. A Constituição Federal não admite que o candidato a cargo eletivo seja exposto a teste que lhe agrida a dignidade. Submeter o suposto analfabeto a teste público e solene para apurar-lhe o trato com as letras é agredir a dignidade humana (CF, art. 1º, III). Em tendo dúvida sobre a alfabetização do candidato, o juiz poderá submetê-lo a teste reservado. Não é lícito, contudo, a montagem de espetáculo coletivo que nada apura e só produz constrangimento.

(RECURSO ESPECIAL ELEITORAL nº 21707, Acórdão nº 21707 de 17/08/2004, Relator(a) Min. HUMBERTO GOMES DE BARROS, Publicação: PSESS - Publicado em Sessão, Data 17/08/2004 RJTSE - Revista de Jurisprudência do TSE, Volume 16, Tomo 2, Página 263)

Este último julgado foi o paradigma no qual se fixou que a realização de testes coletivos para a aferição do analfabetismo fere a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CF). Além disso, aqui também sobressai a preocupação em interpretar restritivamente a norma do artigo 14, §4º, de modo a preservar o núcleo essencial do direito fundamental à elegibilidade. Veja-se:

Ficando nesse permissivo [aferição por “outros meios”], a juíza submeteu o Recorrente a um “teste de alfabetização”. Na prova, a juíza ditou um texto que deveria ser reduzido a escrito pelo examinado. O exame foi ministrado em cerimônia coletiva, cercado de pompa e circunstância, e na presença de autoridades (fls. 21-22). Finalmente, conferiu-se ao Recorrente, de público, odioso **diploma de analfabetismo. A norma constitucional do art. 14, § 4º, restritiva de direitos (ao limitar o pleno exercício da cidadania), merece interpretação estrita de modo a impedir o alargamento de seu preceito.** Assim, se, para os padrões brasileiros, analfabeto é aquele que não sabe ler nem escrever, apenas tal situação deve ser perscrutada. Em localidades humildes, como o município em que vive o recorrente, o conceito de analfabeto é ainda mais estreito. **Diante disso, meu entendimento é de que, caso o requerente possua conhecimentos, mesmo que rudimentares, de escrita e de leitura, tal circunstância é suficiente para credenciá-lo ao registro, afastando-se, então, a consideração de iletrado para fins eleitorais.** Incabível, em razão disso, à magistrada eleitoral quantificar ou qualificar o nível de alfabetização do ora recorrente. O art. 14, § 4º, da Constituição Federal não admite que o suposto analfabeto se submeta a testes agressivos a sua dignidade. A Constituição Federal erige como fundamento da democracia brasileira a dignidade humana (art. 1º, III). O postulante trouxe aos autos declaração de próprio punho, dando conta de ser alfabetizado. Se houver dúvida quanto à declaração, o juiz poderá, em diligência reservada e orientada por um experto, apurar o teor de alfabetização. **Não é lícita, contudo, a montagem de espetáculo coletivo que nada apura e só produz constrangimento.**

No mesmo sentido o seguinte julgado:

AGRAVO REGIMENTAL. REGISTRO DE CANDIDATO. ANALFABETISMO. Quando o teste de alfabetização, apesar de não ser coletivo, traz constrangimento ao candidato, não pode ser considerado legítimo. Agravo Regimental a que se nega provimento.

(AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL ELEITORAL nº 24343, Acórdão nº 24343 de 11/10/2004, Relator(a) Min. GILMAR FERREIRA MENDES, Publicação: Publicado em Sessão, Data 11/10/2004 RJTSE - Revista de Jurisprudência do TSE, Volume 15, Tomo 4, Página 310)

Aqui, o Ministro Gilmar Mendes reconheceu que, mesmo não sendo um teste coletivo, a mera presença da parte impugnante (dirigente da coligação

adversária) e de seu advogado já agridem a dignidade do candidato que se submete ao mesmo. Vejamos:

O exame que seria aplicado pelo juiz eleitoral, ao qual o Candidato não compareceu, não teria caráter coletivo. Entretanto, traria o mesmo constrangimento que esta Corte quer tanto evitar.

Afinal consta da ata de audiência que estiveram presentes, além do juiz, da promotora, do oficial de justiça e do chefe de cartório, a parte impugnante e seu advogado (fls. 58-59).

Ora, a parte impugnante é, no caso, o dirigente da coligação adversária, oponente político do Candidato. É inegável que a sua presença não apenas incomodaria, mas também poderia mesmo influenciar o resultado da prova. Tal situação é absolutamente repudiada por esta Corte.

Acerca da interpretação do mencionado dispositivo legal pelos tribunais pátrios, merece destaque, também, sua análise sob a ótica da restrição ao direito à elegibilidade:

Registro. Inelegibilidade. Analfabetismo. Teste de alfabetização.

1. O rigor da aferição no que tange à alfabetização do candidato não pode cercear o direito atinente à elegibilidade.

2. Se o candidato, em um teste de grau elevado, acerta algumas questões, não há como se assentar ser ele analfabeto. Agravo regimental provido.

(Agravo Regimental em Recurso Especial Eleitoral nº 30071, Acórdão de 14/10/2008, Relator(a) Min. ARNALDO VERSIANI LEITE SOARES, Publicação: PSESS - Publicado em Sessão, Data 14/10/2008 RJTSE - Revista de jurisprudência do TSE, Volume 19, Tomo 4, Página 222)

ELEIÇÕES 2008. Agravo regimental. Recurso especial. Registro de candidatura. Analfabetismo. Art. 29, IV, § 2º, da Res.-TSE nº 22.717. Declaração de próprio punho. Presença do juiz eleitoral ou de serventuário da Justiça Eleitoral. Exigência. Teste. Rigor excessivo. Precedente. Outros meios de aferição. Observância do fim constitucional. Agravo provido.

1. Na falta do comprovante de escolaridade, é imprescindível que o candidato firme declaração de próprio punho em cartório, na presença do juiz ou de serventuário da Justiça Eleitoral, a fim de que o magistrado possa formar sua convicção acerca da condição de alfabetizado do candidato.

2. "O rigor da aferição no que tange à alfabetização do candidato não pode configurar um cerceio ao direito atinente à inelegibilidade" (Acórdão nº 30.071, de 14.10.2008, rel. min. Arnaldo Versiani).

3. A norma inscrita no art. 14, § 4º, da Constituição Federal impõe apenas que o candidato saiba ler e escrever. Para este efeito, o teste de alfabetização deve consistir em declaração, firmada no cartório eleitoral, na qual o candidato informa que é alfabetizado, procedendo em seguida à leitura do documento.

(Agravo Regimental em Recurso Especial Eleitoral nº 30682, Acórdão de 27/10/2008, Relator(a) Min. JOAQUIM BENEDITO BARBOSA GOMES, Publicação: PSESS - Publicado em Sessão, Data 27/10/2008)

Deste último julgado extraímos os seguintes trechos:

Ao contrário do que sustenta o agravante, a declaração de próprio punho pode ser questionada pelo juiz, se não for firmada em sua presença. Essa declaração, por possuir finalidade específica, não deve ser simplesmente entregue junto com o resto da documentação exigida pelo art. 29 da Res.-TSE nº 22.717. A expressão é clara:

"declaração de próprio punho", ou seja, firmada pelo verdadeiro declarante. O juiz só poderá aferir se aquela declaração foi mesmo escrita pelo candidato se este a fizer na presença do magistrado ou na de um serventuário da Justiça Eleitoral.

Há uma decisão monocrática recente, proferida pelo e. ministro Eros Grau, que, a contrario sensu, afirma que "não há previsão legal para exigir-se que a declaração seja assinada perante servidor do cartório eleitoral ou autoridade judiciária" (REspe nO30.091, de 24.09.2008).

Dirijo desse posicionamento. **Não é necessária previsão legal para se concluir que o intuito da Resolução é permitir que o juiz possa se convencer, efetivamente, da existência, ou não, da condição de alfabetizado do candidato, quando ausente o devido comprovante de escolaridade, documento exigido pelo art. 29.**

Na falta desse comprovante de escolaridade, a Resolução oferece, primeiro, o direito de se apresentar uma declaração de próprio punho e, depois, na falta desta, a realização de aferição por outros meios.

Uma declaração que não seja firmada em cartório não colabora para a formação da convicção do juiz. É razoável que assim se proceda, pois, do contrário, perdura a dúvida - justamente o que a Resolução busca sanar com a previsão do S 2º do art. 29.

Foi o que ocorreu no caso dos presentes autos. Como a declaração apenas foi juntada com o resto da documentação exigida no procedimento de registro, não havendo sido firmada em cartório, o juiz permaneceu na dúvida quanto à condição de alfabetizado do candidato, determinando, por isso, a realização de teste. (...)

O equívoco, porém, reside, na forma como foi realizado o teste.

Este é um daqueles casos do Estado de Alagoas em que se aplicou teste de alfabetização conforme determinado na Res.-TRE nº. 14.700. São verdadeiros vestibulares, como já bem definiu o min. Arnaldo Versiani, no julgamento do Acórdão nº. 30.071, em 14.10.2008, de sua relatoria. No referido precedente, esta Corte assentou que **"o rigor da aferição no que tange à alfabetização do candidato não pode configurar um cerceio ao direito atinente à elegibilidade"**. E mais: entendeu que **"se o candidato, em um teste de grau elevado, acerta algumas questões, não há como se assentar ser ele analfabeto"**. (...)

Gostaria apenas de consignar, para os procedimentos relativos às eleições futuras, que devem-se observar os fins eleitorais na elaboração desses testes de alfabetização.

Ora, para fins eleitorais, o que o juiz busca saber é se o candidato consegue ler e escrever, e não se ele possui alto grau de escolaridade.

A Constituição Federal é clara ao impedir os analfabetos de serem eleitos, e não aqueles que possuem pouca instrução. Repito: o candidato deve provar apenas que sabe ler e escrever. É essa a única condição constitucional.

Note-se que o 9 2º do referido art. 29 da Res.-TSE nO22.717 não dispõe expressamente sobre a realização de teste, e sim, sobre a utilização de "outros meios [de aferição], desde que individual e reservadamente".

Penso ser suficiente, para verificação da capacidade de escrita e leitura do candidato, que o juiz o notifique para comparecer ao cartório a fim de firmar declaração de que é alfabetizado, com posterior leitura do documento. Ou, ainda, pode-se notificá-lo para se submeter a breve ditado, elaborado com bom senso. **O essencial é que se busque o fim constitucional, qual seja, a condição de alfabetizado do requerente do registro, possua ele parca ou significativa instrução.** (Grifo Nosso)

Nesse contexto, a jurisprudência atual acabou evoluindo para pacificar o entendimento de que pode haver a comprovação da alfabetização por outros meios, privilegiando tanto quanto possível o direito fundamental à elegibilidade:

ELEIÇÕES 2008. Agravo regimental. Recurso especial. Registro de candidatura. Analfabetismo. Art. 29, IV, § 2º, da Res.-TSE nº 22.717. Declaração de próprio punho. Presença do juiz eleitoral ou de serventuário da Justiça Eleitoral. Exigência. Precedente. Agravo improvido.

I - Na falta do comprovante de escolaridade, é imprescindível que o candidato firme declaração de próprio punho em cartório, na presença do juiz ou de serventuário da Justiça

Eleitoral, a fim de que o magistrado possa formar sua convicção acerca da condição de alfabetizado do candidato.

II - Agravo regimental improvido.

(Agravo Regimental em Recurso Especial Eleitoral nº 31937, Acórdão de 05/05/2009, Relator(a) Min. ENRIQUE RICARDO LEWANDOWSKI, Publicação: DJE - Diário da Justiça Eletrônico, Data 02/06/2009, Página 36)

Neste caso, conforme entendimento do Ministro Lewandowski, o juiz pode, por outros meios, aferir a alfabetização do candidato caso este não apresente o devido comprovante de escolaridade, resolvendo a dúvida perante cada caso concreto.

Reitero que é remansosa a jurisprudência desta Corte no sentido de ser possível o juiz aferir, por outros meios, a condição de alfabetizado do candidato quando não está presente, nos autos, o devido comprovante de escolaridade, como ocorre no caso deste feito.

É evidente que "o rigor da aferição no que tange à alfabetização do candidato não pode configurar um cerceio ao direito atinente à inelegibilidade" (Acórdão nº 30.071, de 14/10/2008, Rei. Min. Arnaldo Versiani).

Porém, neste caso, o juiz afirmou que a avaliação consistiria apenas em solicitar ao pré-candidato que firmasse, em cartório, "declaração de próprio punho, de modo individual e reservado" (fl. 106).

A conduta do juiz se amolda perfeitamente ao entendimento firmado por este Tribunal. Por ocasião do julgamento do Acórdão nº 30.682, de 27/10/2008, de relatoria do Min. Joaquim Barbosa, esta Corte concluiu:

"[...]

1. Na falta do comprovante de escolaridade, é imprescindível que o candidato firme declaração de próprio punho em cartório, na presença do juiz ou de serventuário da Justiça Eleitoral, a fim de que o magistrado possa formar sua convicção acerca da condição de alfabetizado do candidato. [...]"

AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ORDINÁRIO. REGISTRO DE CANDIDATURA. ELEIÇÕES 2010. DEPUTADO ESTADUAL. ALFABETIZAÇÃO. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO. NÃO PROVIMENTO.

1. Na ausência de comprovante de escolaridade, é facultado ao candidato firmar declaração de próprio punho na presença do Juiz Eleitoral ou de servidor do Cartório Eleitoral. Precedentes.

2. Na espécie, todavia, o agravante apresentou declaração digitada e, posteriormente, anexou às razões do recurso ordinário nova declaração firmada sem a presença do Juiz Eleitoral ou de serventuário do Cartório Eleitoral.

3. Agravo regimental não provido.

(Agravo Regimental em Recurso Ordinário nº 431763, Acórdão de 29/09/2010, Relator(a) Min. ALDIR GUIMARÃES PASSARINHO JUNIOR, Publicação: PSESS - Publicado em Sessão, Data 29/09/2010)

Destaque-se de seu inteiro teor:

Como destacado na decisão agravada, à fl. 12 dos autos, há uma "declaração de escolaridade" digitada, na qual o candidato afirma ser alfabetizado. Todavia, esse documento não comprova a alfabetização do recorrente, uma vez que não há comprovação de que ele próprio tenha digitado a declaração.

Ademais, na ausência de comprovante de escolaridade, é facultado ao candidato firmar declaração de próprio punho **na presença do Juiz Eleitoral ou de servidor do Cartório**

Eleitoral para demonstrar a condição de alfabetizado, o que não ocorreu no caso dos autos. Na espécie, o candidato apresentou declaração digitada e, posteriormente, anexou às razões do recurso ordinário nova declaração redigida sem a presença do Juiz Eleitoral ou de serventuário do Cartório Eleitoral. Assim, a manutenção do indeferimento do registro é medida que se impõe. (Grifo Nosso)

Sobre o tema, importa destacar a inviabilidade de se admitirem exames regionais e diferenciados a fim de se aferir a alfabetização dos pretensos candidatos. A diferença de tratamento quando da aferição da alfabetização revela verdadeira afronta ao princípio da igualdade de oportunidades entre os disputantes do pleito, sobretudo porque realizado sem qualquer amparo em norma legal.

Nesse caso, caberia ao Tribunal Superior Eleitoral fixar as diretrizes para que as Cortes Regionais e os Magistrados de 1º grau aferissem a alfabetização dos candidatos, estabelecendo padrões gerais de avaliação.

Analisando-se a realidade atual, a conclusão a que se chega é que a exigência constitucional da alfabetização deve, assim como vem sendo adotada pela maioria dos Tribunais, limitar-se à aferição da presença de condições mínimas de escrita e compreensão por parte dos pretensos candidatos.

Ainda que possam surgir muitas críticas em relação a esse tema – sendo certo que não são poucos os que defendem a fixação de regras de avaliação mais severas, sobretudo considerando os diferentes cargos em disputa – a verdade é que a Constituição Federal limitou-se a exigir a alfabetização, não tecendo qualquer consideração que permita ao intérprete elastecer esse conceito de acordo com suas convicções.

Como destacado reiteradamente, os bens jurídicos protegidos pelas regras de inelegibilidade são notadamente aqueles afetos à moralidade e probidade para o exercício do mandato, legitimidade e normalidade das eleições.

Por outro lado, à margem da questão moral, a exigência de alfabetização tem a finalidade única de evitar que pessoas sem o mínimo de discernimento assumam funções político-administrativas importantes. Essa foi a vontade do constituinte e, justamente por isso, a Constituição Federal de 88 não fixou nenhuma exigência específica além da simples alfabetização.

Assim, exatamente de acordo com a idéia central do presente trabalho, em que os direitos fundamentais, dentre eles os direitos políticos, devem sofrer restrições somente em hipóteses excepcionais, caso esteja demonstrado o mínimo

discernimento para a escrita e leitura, não há que se falar em restrição à elegibilidade.

Logo, ausente qualquer justificativa constitucional que autorize ao intérprete conferir interpretação ampliativa à norma do §4º do artigo 14, da C.F., de modo a suprimir da disputa eleitoral pessoa que tenha demonstrado, por qualquer modo e ainda que minimamente, sua condição de alfabetizado.

A segunda causa de inelegibilidade constitucional que se apresenta é aquela prevista no § 5º do art. 14 do texto da Constituição, que limita a reeleição para um único período subsequente.²⁴¹ Desde a edição desta emenda constitucional que permitiu a reeleição, algumas questões que poderiam resultar em dúvidas a respeito da limitação contida no § 5º, do art. 14 da Constituição Federal, foram objeto de grande controvérsia nos tribunais

A principal dúvida pode resultar na interpretação do trecho “substituído no curso do mandato”, contido no referido dispositivo constitucional. Aquele que se torna vice em uma chapa vencedora ao Poder Executivo em qualquer dos entes estatais, União, Estados e Municípios se tornará um agente político que, segundo Celso Antônio Bandeira de Mello “são os titulares dos cargos estruturais à organização política do País, ou seja, ocupantes dos que integram o arcabouço constitucional do Estado, o esquema fundamental do Poder”.²⁴²

Pertence o vice à estrutura estatal, onde exercerá a função política de chefe do Poder Executivo toda vez que este não puder fazê-lo. Nestes casos, todas as decisões tomadas serão legítimas, uma vez que haverá o exercício pleno do cargo. Terá o vice todas as atribuições que são peculiares ao Chefe do Executivo, já que estará substituindo-o e exercendo a função política inerente ao cargo, que Maria Sylvia Zanella Di Pietro afirma ser “aquela que traça as grandes diretrizes, que dirige, que comanda, que elabora os planos de governo nas suas várias áreas de atuação...”²⁴³

Nesse contexto, consoante afirmado acima, coube à jurisprudência adequar a aplicação desse dispositivo constitucional, tendo o Tribunal Superior Eleitoral

²⁴¹ § 5º O Presidente da República, os Governadores de Estado e do Distrito Federal, os Prefeitos e quem os houver sucedido, ou substituído no curso dos mandatos poderão ser reeleitos para um único período subsequente.

²⁴² MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 17 ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 229.

²⁴³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 14 ed. São Paulo: Atlas, 2002. p. 58.

enfrentado a questão em algumas oportunidades. Exemplo é o julgamento do Recurso Especial Eleitoral nº 34.642:

RECURSO ESPECIAL. ELEIÇÕES 2008. REGISTRO DE CANDIDATURA. PREFEITO. EXERCÍCIO DA PREFEITURA NOS SEIS MESES ANTERIORES AO PLEITO DE 2004. REELEIÇÃO EM 2008. IMPOSSIBILIDADE. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.

Vale ressaltar que do inteiro teor do acórdão é possível extrair trechos que demonstram a interpretação dada pelo Tribunal Superior Eleitoral àquele dispositivo constitucional ora em exame:

O voto condutor do acórdão, da lavra da Dra. Nelma Sarney, consigna haver o recorrido nos últimos seis meses do ano de 2004, ainda que por 60 dias, substituído o titular afastado por motivo de saúde, sendo, então, eleito prefeito para o mandato de 2005/2008.

De acordo com o acórdão regional, poderia ele concorrer às eleições de 2008, porquanto não configurada a reeleição, na disputa do pleito de 2004, partindo-se da premissa de que o exercício do cargo não se deu em caráter definitivo naquele período de 60 dias.

Ressalto que a informação concernente ao período da substituição - de 1º de agosto a 30 de setembro - foi extraída do voto vencido, que não se contrapõe aos fatos descritos no voto vencedor.

O acórdão recorrido, como se vê, trilha caminho diverso da orientação do Tribunal Superior Eleitoral no sentido de que:

O vice-prefeito que substituiu o titular nos seis meses anteriores ao pleito e foi eleito no período subsequente não poderá concorrer à reeleição, uma vez que se interpreta o acesso anterior ao cargo do titular como se derivasse de eleição específica.

(Cta nº 1.481/DF, rei. Min. Ari Pargendler, DJ de 29.4.2008);

Os vices que substituíram os titulares, seja em um primeiro mandato ou já reeleitos, poderão se candidatar à titularidade do cargo do Poder Executivo, desde que a substituição não tenha ocorrido nos seis meses anteriores ao pleito. Havendo o vice - reeleito ou não - sucedido o titular, poderá se candidatar à reeleição, como titular, por um único mandato subsequente. (Cta nº 71 O/DF, rei. Min. Fernando Neves, DJ de 21.6.2002)

Idem AgRg no Respe 29792 - Tocantins - Rei. o Min. FELIX FISCHER (29.09.2008).

Na real verdade, o entendimento pretoriano, acompanhado pela doutrina, é no sentido da falta de adequação constitucional relativamente ao terceiro mandato, sob pena de maltrato à letra do § 5º do art. 14 da Constituição Federal.

No caso de substituição, que se dê no semestre anterior ao pleito, o substituto pode concorrer ao mesmo cargo do titular por um único período subsequente (LC 64/90 - art. 1º, § 2º).

Assim sendo, conheço do recurso especial eleitoral e lhe dou provimento para cassar o registro de candidatura de DOMÍCIO GONÇALVES DA SILVA ao cargo de Prefeito do Município de Centro Novo do Maranhão.

No caso em apreço o Tribunal Superior Eleitoral decidiu que a restrição ao direito à elegibilidade (inelegibilidade) alcança os casos em que a substituição não ocorre em caráter definitivo, desde que a interinidade tenha ocorrido nos seis meses que antecedem o pleito. Por outro lado, tratando-se de assunção temporária e fora do período de seis meses antes do pleito, não é considerado o “exercício do mandato” por parte do substituto. Veja-se o decidido no Recurso Especial Eleitoral nº 34.560:

ELEIÇÕES 2008. Agravo regimental no recurso especial. Registro de candidatura ao cargo de prefeito. Inelegibilidade. Art. 14, § 5º, da Constituição Federal. Terceiro mandato. Não-configuração. Ascensão ao cargo por força de decisão judicial, revogada três dias depois. Caráter temporário. Precedentes. Agravos regimentais desprovidos, mantendo-se o deferimento do registro.

Trecho do voto do relator demonstra que neste caso a interpretação buscou outro caminho na interpretação à restrição constitucional (inelegibilidade), prevista no § 5º do texto constitucional:

O agravado candidatou-se ao cargo de prefeito nas eleições de 2000, ficando em segundo lugar, e, nas de 2004, alcançou a primeira colocação, exercendo o mandato atualmente (2005-2008).

Porém, chegou a assumir o cargo no exercício anterior (2001-2004), precisamente por três dias do mês de maio de 2004.

(...)

Observe-se que o referido exercício se deu em caráter provisório. O juiz, ao proferir decisão em ação de impugnação de mandato eletivo, cassou o mandato do então prefeito e convocou o segundo colocado no pleito de 2000 para assumir o cargo - na ocasião, o ora agravado.

(...)

Portanto, Antonio Roque Portela de Araújo ascendeu ao cargo por força de decisão judicial que cassara o diploma do prefeito eleito em 2000.

Como ficara em segunda colocação no pleito, foi convocado para assumir a chefia do Executivo.

Consoante já demonstrado na decisão agravada, há julgados análogos desta Corte, em que candidatos foram alçados à chefia do Executivo por força de decisão judicial, permanecendo por poucos dias no mandato devido à posterior invalidação dessa mesma decisão.

Concluiu este Tribunal que, quando o mandato é exercido em caráter temporário, não incide o impedimento previsto no art. 14, § 5o, da Constituição Federal.

Nesse sentido, os Acórdãos nos 31.043, de 02.10.2008, rei. min. Marcelo Ribeiro, e 32.831, de 11.10.2008, rei. min. Fernando Gonçalves. (Sem grifo no original).

Conforme se infere do trecho destacado, neste julgamento o Tribunal Superior Eleitoral entendeu que os casos de substituição temporária do mandato não atraem a inelegibilidade prevista no § 5º do art. 14 da Constituição. Esta parece ser a solução mais razoável e proporcional, em absoluta consonância com a tese apresentada neste trabalho.

Isso porque, conforma a classificação utilizada nesta dissertação, oriunda da obra de Canotilho, a restrição a direitos fundamentais deve ter previsão constitucional, o que ocorre com a hipótese em exame, mas a sua interpretação deve ser razoável, o suficiente para salvaguardar a finalidade constitucional que fundamenta a existência da restrição.

A restrição do candidato que, anteriormente, tenha ocupado o cargo de vice na estrutura do Poder Executivo em algum ente federativo, não encontra respaldo na “finalidade” constitucional da vedação possibilidade de apenas uma reeleição ao cargo do Poder Executivo nos entes federativos, na medida em que o exercício provisório não se subsume à hipótese de proibição constitucional, posto que a interpretação adequada ao vocábulo “substituído” deve ser proporcional, conforme lição de Juarez de Freitas:

Proporcionalidade significa, sobretudo, sacrificar o mínimo para preservar o máximo de direitos fundamentais. Esta parece ser uma fórmula suficientemente esclarecedora para o preceito, vendo-o como algo mais do que a simples vedação de excessos. Em nenhuma circunstância um direito de estatura constitucional deve suprimir, por inteiro, outro direito de mesma estatura²⁴⁴

Assim, a restrição ao direito fundamental à elegibilidade prevista no § 5º do art. 14 da Magna Carta deve ocorrer de forma a privilegiar, o máximo possível, os direitos políticos, sem sacrificar a elegibilidade de alguém que tenha assumido, provisoriamente, um cargo político, tendo em vista que o direito conferido pela Constituição dá a noção do exercício consecutivo da assunção definitiva do mandato. De igual modo, a igualdade entre os disputantes do pleito, valor constitucional de igual valor em matéria de direitos políticos, resta assegurada na medida em que a assunção do mandato nos seis meses que antecedem o pleito é considerada, para fins de obstar um terceiro mandato consecutivo, um efetivo exercício de mandato.

Nesse passo, o vice-prefeito (ou presidente da câmara de vereadores) que assume a chefia do executivo nos seis meses que antecedem ao pleito, ainda que em caráter provisório, só podem disputar uma única eleição à titularidade do executivo. Tal entendimento prestigia a normalidade e legitimidade do pleito, a proteção aos abusos eleitorais, bem como a igualdade de oportunidade entre os disputantes do pleito, ao conferir ao substituto que assumiu a chefia do executivo às vésperas do pleito a condição de titular de mandato para fins de reeleição.

Ademais, cumpre destacar que a restrição à elegibilidade em casos de reeleição não pode alcançar situações com restrições absolutas, sobretudo porque, repita-se, a elegibilidade é inerente aos direitos políticos que, por sua vez, formam o

²⁴⁴ FREITAS, Juarez. *A interpretação sistemática do Direito*. 3ª ed., rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 194.

núcleo dos direitos fundamentais, não comportando exageros na interpretação das normas que os restringem.

Ainda acerca do §5º do artigo 14 da Constituição Federal, cumpre destacar que o Tribunal Superior Eleitoral, modificando a jurisprudência até então consolidada, passou recentemente a adotar postura bastante restritiva em relação à reeleição. Em recentes julgamentos, decidiu-se pela proibição da candidatura ao mesmo cargo de Chefe do Poder Executivo, mas em outro ente federativo, após o exercício do segundo mandato consecutivo:

RECURSO ESPECIAL. ELEIÇÕES 2008. REGISTRO CANDIDATURA. PREFEITO. CANDIDATO À REELEIÇÃO. TRANSFERÊNCIA DE DOMICÍLIO PARA OUTRO MUNICÍPIO. FRAUDE CONFIGURADA. VIOLAÇÃO DO DISPOSTO NO § 5º DO ART. 14 DA CB. IMPROVIMENTO.

1. Fraude consumada mediante o desvirtuamento da faculdade de transferir-se domicílio eleitoral de um para outro Município, de modo a ilidir-se a incidência do preceito legal disposto no § 5º do artigo 14 da CB.

2. Evidente desvio da finalidade do direito à fixação do domicílio eleitoral.

3. Recurso a que se nega provimento.

(Recurso Especial Eleitoral nº 32507, Acórdão de 17/12/2008, Relator(a) Min. EROS ROBERTO GRAU, Publicação: PSESS - Publicado em Sessão, Data 17/12/2008)

Do inteiro teor é possível extrair:

A conclusão é irrepreensível. A fraude é evidente. A incidência do preceito constitucional resulta frustrada. E fraudar é precisamente frustrar.

(...)

A fraude à lei importa, fundamentalmente, *frustração da lei*. Mais grave se é à Constituição, *frustração da Constituição*.

(...)

Cumpre-nos o afastamento do erro. A fraude é aqui consumada mediante o desvirtuamento da faculdade de transferir-se domicílio eleitoral de um para outro Município, de modo a ilidir-se a incidência do preceito.

Valho-me, a esta altura, de percucientes observações do Professor Marcos Bernardes de Mello, em parecer que me veio às mãos pela OAB, parecer no qual o eminente professor considera não apenas o preceito constitucional, mas também a Lei Complementar n. 64:

"(a) Não há necessidade de um grande esforço de hermenêutica para se concluir que a norma do citado 3 1º do art. 10 da LC n.64/1990, constitui um detalhamento, uma tradução, do princípio constitucional da proibição de perpetuidade no exercício de mandatos de Chefia dos Poderes Executivos. O permissivo constitucional da reeleição para mais um mandato consecutivo é, em verdade, a única exceção a esse princípio. Com efeito, basta uma leitura atenta daquela norma da Lei de Inelegibilidades para se

constatar que aos Chefes dos Executivos da União, dos Estados, Distrito Federal e Municípios somente lhes é permitido concorrerem a mandatos relativos a cargos diferentes daqueles que estiverem ocupando, nunca a cargos iguais.

Em verdade, ao prescrever que um Chefe de Executivo, em qualquer dos âmbitos da Federação, pode renunciar 6 (seis) meses antes da eleição para concorrer a outros cargos, institui uma exceção à regra da inelegibilidade, que, por isso mesmo, deve ser interpretada restritamente, não sendo possível tomá-la em sentido extensivo. A expressão concorrer a outros cargos deixa claro que não lhes é possível concorrer a iguais cargos, mesmo que em outra unidade da Federação. Assim, os ocupantes de cargos de Presidente da República, Governador de Estado e do Distrito Federal, bem assim de Prefeito, podem candidatar-se, de modo geral, a mandatos legislativos, bem como, particularizadamente, um Governador pode candidatar-se à Presidência da República, ou o Presidente da

República ao cargo de Governador, ou o Prefeito aos cargos de Governador e Presidente da República, mas nunca a cargos executivos iguais àqueles aos quais renunciaram, se para eles eram inelegíveis por já os estarem exercendo por dois mandatos consecutivos. No entanto, o Governador de um Estado não pode candidatar-se ao mesmo cargo em outro Estado, como ao Prefeito de um Município é vedado fazê-lo em outro Município.

Portanto, pode-se afirmar que a inelegibilidade para um terceiro mandato de Chefia de Executivo em todos os níveis da Federação, não se limita ao cargo que está sendo exercido, mas, estende-se a iguais cargos em outras unidades federativas.

(b) Considerando essa vedação, os atos praticados com a finalidade de dar suporte para possibilitar a candidatura, constitui ato em fraude da lei, uma vez que passa a integrar todo o complexo de atos jurídicos tendentes a obter a violação da lei com aparência de licitude. Neste caso, a transferência de domicílio do Prefeito de um Município para possibilitar a sua candidatura em outro Município, configura um *in fraudem legis agere*, precisamente porque, em última análise, tem a exclusiva finalidade de burlar a lei.

Embora a intencionalidade não possa ser considerada uma exigência para que se configure a fraude à lei, é evidente que constitui um dado importante para que se possa identificar a fraude. No caso presente, a intenção de cometer a violação da lei indiretamente, vale dizer, dando-lhe aspecto de licitude, é manifesta. A transferência do domicílio tem a única e exclusiva finalidade [de] permitir a obtenção do resultado proibido pelo direito expresso.

Por conseqüência, é nulo, por fraudar a lei, o ato de transferência do domicílio de Prefeito para 'possibilitar' sua candidatura em outro Município. Por se tratar de ato nulo, jamais convalesce.

É preciso ressaltar, ainda, que a fraude existente na transferência de domicílio pelo Prefeito fica mais evidente se considerarmos a circunstância de que, o ter domicílio eleitoral no Município, constitui uma condição para o exercício do cargo de Prefeito, não apenas para ser eleito. Se somente pode pleitear mandato eletivo quem seja domiciliado, eleitoralmente, na unidade da Federação, é evidente que o exercício do mandato obtido impõe a manutenção desse domicílio enquanto durar o mandato. Portanto, nem o Governador, nem o Prefeito podem ter domicílio eleitoral fora da unidade da Federação onde exercem seus mandatos. Ao deixar de ser domiciliado, eleitoralmente, no Estado ou no Município, o Governador ou o Prefeito deixam de atender ao requisito legal, e, a nosso ver devem perder o mandato".

A situação nos autos é de exemplar desvirtuamento da finalidade do direito à fixação do domicílio eleitoral. Leio no acórdão recorrido: lia vice [Vice-Prefeita] que assumiu o mandato e permanece no município ser [é] a sua esposa". A pretensão de frustração de incidência do preceito constitucional é inocultável.

Nego provimento ao recurso.

Nesse caso, entende-se que tal restrição se mostra desproporcional e, portanto, inconstitucional. Seguindo a lógica da elegibilidade como algo inerente a direito fundamental, sua restrição é a exceção, não a regra. Por esse motivo, está claro que essa interpretação não está respeitando o princípio da proibição do excesso, posto que a restrição imposta por via de interpretação jurisprudencial ultrapassa a necessidade de se resguardar a finalidade constitucional que exige a limitação da reeleição, qual seja: o princípio republicano, do qual é inerente a proibição de perpetuação no poder.

A candidatura em ente federativo diverso, ainda que por candidato já reeleito, não parece afrontar o princípio republicano, cujos contornos devem ser considerados a partir da circunscrição em que o titular do mandato exerce sua função pública.

Logo, a interpretação conferida pelo Tribunal Superior Eleitoral nessa hipótese é desproporcional ao valor protegido (princípio republicano), eis que ofende o sub-princípio da adequação.

O entendimento explanado parece guardar relação com a teoria interna da restrição aos direitos fundamentais, uma vez que o Tribunal Superior Eleitoral se limitou a interpretar o princípio da proibição da perpetuidade no poder como uma regra, de modo que todas as hipóteses de proibições seriam inerentes ao texto do dispositivo. Nesse passo, considerando que o texto constitucional menciona que o Chefe do Poder Executivo só pode se candidatar ao mesmo cargo por um único período subsequente, a Corte Eleitoral simplesmente ignorou que a circunscrição das candidaturas dos chamados prefeitos itinerantes é distinta daquela em que já ocorreu o exercício de dois mandatos eletivos.

De certo modo, esse posicionamento chega a confundir a federação, na medida em que equipara cargos que sequer possuem alguma comunicação. Isso porque na federação, forma de Estado que vige no Brasil, existe um governo central, que é a União, ao mesmo tempo em que existem as demais unidades autônomas entre si, os estados e municípios, que podem fixar os assuntos de seu próprio interesse.²⁴⁵ O Brasil possui diversos níveis de poder político, resultando em diversos entes que possuem estrutura administrativa própria, sendo absolutamente independentes entre si.²⁴⁶ Nesse contexto, segundo sustenta Odete Medauar: “Em cada *Município* – ente político – há uma estrutura administrativa própria, por menor que seja – a Administração Municipal.”²⁴⁷

Considerando que são unidades absolutamente autônomas, por óbvio que o cargo em disputa não é o mesmo, porquanto cada ente político tem o seu próprio Chefe do Poder Executivo. Assim sendo, as questões eleitorais também são autônomas, não se comunicando. Por esse motivo, qualquer equiparação entre a perpetuação no poder – algo repellido com veemência pela Constituição, em homenagem ao princípio republicano – e a disputa do mesmo cargo em uma unidade da federação distinta, parece equivocada e inconstitucional.

Inclusive, as decisões que estão a restringir o direito à elegibilidade de prefeitos que exercem dois mandatos em determinado município e, depois, buscam

²⁴⁵ DALLARI, Dalmo de Abreu. Op. cit. 259.

²⁴⁶ MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. 14 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 52.

²⁴⁷ *Ibidem*. p. 53.

mandatos ao mesmo cargo em município diverso, não são unânimes. Cabe demonstrar o posicionamento do Ministro Marco Aurélio de Mello:

Senhor Presidente, colho a regra do § 5º do artigo 14 da Constituição Federal e a observo tal como se revela no cenário jurídico-constitucional:

Art. 14. [...]

§ 5º O Presidente da República, os Governadores de Estado e do Distrito Federal, os Prefeitos e quem os houver sucedido, ou substituído no curso dos mandatos poderão ser reeleitos para um único período subsequente.

O dispositivo refere-se a cargo específico: "[...] poderão ser reeleitos para um único período subsequente". É possível interpretar-se norma que acaba por afastar direito inerente à cidadania de forma elástica, inserindo nessa norma o que não está previsto? A resposta para mim é desenganadamente negativa. O que ocorreu na espécie? O agravante foi prefeito de determinado município e, considerada a cláusula final do § 5º, candidatou-se à reeleição nesse município; não poderia, evidentemente, apresentar-se para um terceiro mandato, para ocupar por mais quatro anos o mesmo cargo que ocupara por oito anos. Poderia candidatar-se a qualquer cargo, inclusive, ao cargo de Presidente da República, mas, observada a legislação própria, os pressupostos próprios para a candidatura, candidatou-se em município diverso e teve o nome sufragado pelos eleitores. Foi eleito à primeira vez, exerceu o mandato durante quatro anos, que foi outorgado pelo povo, pelos municípios e logrado mediante diplomação formalizada pela Justiça Eleitoral.

Agora, apresentou-se nas últimas eleições municipais de 2008, conforme previsto na cláusula final do § 5º do artigo 14, porque não estaria concorrendo àquele cargo primitivo do município anterior para a reeleição. Haveria óbice a essa reeleição, a essa recondução, que seria a primeira no cargo que ocupara durante quatro anos? Não, a menos que aditemos o que está previsto no § 5º do artigo 14. E não possuímos o poder normativo, muito menos o poder normativo constitucional, que é dos representantes do povo brasileiro, os deputados federais, e dos representantes dos estados, os senadores.

Em síntese, o prefeito não se apresentou para concorrer ao que seria o quarto mandato. No primeiro mandato no município Tefé (AM), buscou o registro da candidatura para a reeleição, contemplada no § 5º do artigo 14 da Constituição Federal.

E o sistema de reeleição, praticamente sem limites, não é estranho ao nosso ordenamento jurídico constitucional. Ele ocorre quanto às eleições proporcionais e quanto às eleições majoritárias para o Senado. Mas o que me impressiona neste caso é essa peculiaridade: buscou o agravante a reeleição autorizada - a meu ver, autorizada com todas as letras - porque o cargo se mostrou específico no Município de Tefé, conforme o § 5º do artigo 14 da Constituição Federal.

De lege ferenda, eu poderia, substituindo-me ao legislador de emenda à Constituição, até cogitar do óbice, no campo de uma política normativa constitucional, a essa mudança de domicílio e candidatura em outro Município ou em outro Estado, porque o que estamos aqui a aferir, quanto à eleição para prefeito, para guardar coerência...

Prevalendo o entendimento da sempre ilustrada maioria, teremos que transportar também para os governos estaduais, mas *de lege lata* não. *De lege lata*, é o que há no § 5º do artigo 14, em termos de obstáculo, ou seja, um terceiro mandato, considerado o mesmo cargo. Não um primeiro mandato ou um segundo mandato, presente cargo diverso, como é o cargo de prefeito de município estranho àquele em relação ao qual o cidadão exerceu dois mandatos.

Peço vênias aos colegas para proferir o regimental, com a palavra final do guarda maior da Carta, o Supremo Tribunal Federal.

(Agravo Regimental em Recurso Especial Eleitoral nº 35888, Acórdão de 25/11/2010, Relator(a) Min. MARCELO HENRIQUES RIBEIRO DE OLIVEIRA, Publicação: DJE - Diário da Justiça Eletrônico, Tomo 239, Data 15/12/2010, Página 44)

Ora, em circunscrição diversa daquela em que já ocorreu o exercício dos dois mandatos consecutivos, a restrição à elegibilidade perde completamente o

sentido, já que não haverá ofensa ao princípio republicano que proíbe a perpetuação no poder. Não é demais lembrar que tese principal sustentada no presente trabalho é que as restrições aos direitos fundamentais devem ser vistas de forma restritiva, não elástica, como fez o Tribunal Superior Eleitoral neste caso. A esse respeito, vale citar a lição de Juarez de Freitas:

O próximo preceito ilustrativo de exegese sistemática constitucional orienta: os direitos fundamentais não devem ser apreendidos separada ou localizadamente, como se estivessem todos encartados no art. 5º, da Constituição Federal (no caso brasileiro). De outra parte, devem ser interpretadas restritivamente as limitações, havendo, a rigor, regime unitário dos direitos fundamentais das várias gerações, donde segue que, no âmago, todos os direitos têm eficácia direta e imediata, reclamando crescente acatamento, notadamente tendo em vista os direitos sociais, encontrando-se peremptoriamente vedados os retrocessos.

Com efeito, uma vez reconhecido qualquer direito fundamental, a sua ablação e a sua inviabilização de exercício mostram-se inconstitucionais. (...) nessa ordem de considerações, todo aplicador precisa assumir, especialmente ao lidar com os direitos fundamentais, que a exegese deve servir como energético anteparo contra o descumprimento de preceito fundamental, razão pela qual deve ser evitado qualquer resultado interpretativo que reduza ou debilite, sem justo motivo, a máxima eficácia possível dos direitos fundamentais²⁴⁸

Em suma, não se pode interpretar o § 5º do art. 14 do texto constitucional como dispositivo único e apartado do sistema. Daí porque a necessidade de ponderação, no caso concreto, entre o princípio republicano que, reitera-se, não restou ofendido, e o direito fundamental à elegibilidade, devendo prevalecer a máxima eficácia do direito fundamental, não de sua restrição, como fez o a interpretação do Tribunal Superior Eleitoral.

Ante o exposto, analisando a situação a partir da classificação para verificar a legitimidade de restrição a direito fundamental, já referida diversas vezes, de José Joaquim Gomes Canotilho, percebe-se que apesar de haver previsão constitucional para restringir a elegibilidade reiterada para o mesmo cargo, a interpretação dessa limitação deve ser restritiva. Ou seja, a interpretação deve ser aquela adequada, necessária e proporcional para salvaguardar o princípio republicano, garantindo o núcleo essencial do direito fundamental ao sufrágio passivo.

Noutro caso concreto, o Tribunal Superior Eleitoral repeliu o excesso em sua interpretação. Trata-se de caso em que o candidato ao Governo do Estado do Tocantins era candidato à reeleição. Entretanto, assumiu o mandato interinamente, em virtude de ocupar o cargo de Presidente da Assembléia, porquanto o Governador

²⁴⁸ FREITAS, Juarez. Op. cit. p. 206-207.

e Vice foram cassados. Assim, após a assunção provisória, realizou-se eleição indireta para o qual fora eleito. Os impugnantes de seu registro sustentaram que o exercício interino seria um mandato e que a eleição indireta fez caracterizar um segundo mandato, motivo pelo qual sua recandidatura seria, em tese, um terceiro mandato:

Registro. Art. 14, § 5º, da Constituição Federal. Mandato tampão.

1. O partido político coligado não tem legitimidade para ajuizar impugnação ao pedido de registro de candidatura, conforme art. 6º, § 4º, da Lei nº 9.504/97, acrescentado pela Lei nº 12.034/2009, e pacífica jurisprudência do Tribunal.

2. Ainda que coligações e candidato não tenham impugnado o pedido de registro, tais sujeitos do processo eleitoral podem recorrer contra decisão que deferiu pedido de registro, se a questão envolve matéria constitucional, nos termos da ressalva da Súmula TSE nº 11.

3. O Tribunal Superior Eleitoral já firmou entendimento no sentido de que o exercício do cargo de forma interina e, sucessivamente, em razão de mandato tampão não constitui dois mandatos sucessivos, mas sim frações de um mesmo período de mandato. Precedentes: Consulta nº 1.505, relator Ministro José Delgado; Recurso Especial Eleitoral nº 18.260, relator Ministro Nelson Jobim.

Agravo regimental não conhecido em relação ao Partido da Social Democracia Brasileira, dada sua ilegitimidade ativa, e não provido em relação aos demais agravantes.

(Agravo Regimental em Recurso Especial Eleitoral nº 62796, Acórdão de 07/10/2010, Relator(a) Min. ARNALDO VERSIANI LEITE SOARES, Publicação: PSESS - Publicado em Sessão, Data 07/10/2010)

Vale destacar trecho elucidativo do voto, para demonstrar com maior clareza a posição do Tribunal Superior Eleitoral:

Os agravantes insistem no argumento de que o agravado estaria concorrendo a terceiro mandato de governador do Estado do Tocantins, o que configuraria violação ao art. 14, § 5º, da Constituição Federal.

Alegam que, em face da cassação por esta Corte Superior do governador e do vice eleitos em 2006, nos autos do Recurso contra Expedição de Diploma no 698, ocorreu o afastamento deles dos respectivos cargos majoritários, em 9.9.2009. Dada a dupla vacância, assumiu, então, o candidato, à época Presidente da Assembléia Legislativa, que tomou posse e exerceu o mandato até 8.10.2009.

Por sua vez, defendem que, realizada a eleição indireta no Poder Legislativo local, o candidato logrou êxito e estaria exercendo, segundo os agravantes, segundo mandato, agora de 8.10.2009 até o fim de 2010.

Em que pese as alegações dos agravantes, não houve o exercício de dois mandatos sucessivos, diante da situação fática narrada.

Há, no caso em tela, duas frações de um único mandato, primeiramente de forma interina e, em seguida, em razão de eleição indireta.

Anoto que a Consulta nº 1.505, relator Ministro José Delgado, julgada em 14.2.2008, indagava sobre idêntica situação discutida nos autos.

Conforme apontou o relator, "o questionamento resume-se em saber se o período no qual o Presidente da Câmara Municipal exerceu interinamente o cargo de Prefeito e o período em que ele ocupou este cargo em decorrência de eleição complementar, configuram impedimento para um novo mandato, à luz do art. 14, § 5º, da Constituição Federal".

Este Tribunal reafirmou o entendimento já assentado no julgamento do Recurso Especial nº 18.260, relator Ministro Nelson Jobim, de 21.11.2000, de que o exercício do mandato, em caráter provisório, e posteriormente, em mandato tampão, constitui frações de um só mandato.

Os agravantes argumentam, ainda, que esse entendimento estaria ultrapassado em razão do pronunciamento do Tribunal na Consulta n° 1.538, de relatoria do Ministro Ricardo Lewandowski, julgada em 5.9.2009.

A invocada consulta foi formulada nos seguintes termos:

'a) A assunção de mandato eletivo, por força de decisão Judicial em AIME (Ação de Impugnação de Mandato Eletivo), de Representação Eleitoral, ou mesmo em Ação de Improbidade Administrativa, serve para o instituto da reeleição?

b) Se o Gestor assumir a Chefia do Executivo no curso do mandato eletivo por força de decisão judicial, sendo eleito para o segundo mandato, essa eleição serve para efeitos de reeleição?

c) A inelegibilidade por parentesco (descendentes, ascendentes ou afins) em relação ao gestor cassado (afastado), vige para o caso dessa eleição?'

O Min. Lewandowski adotou o parecer da Assessoria Especial da Presidência, respondendo os questionamentos da seguinte forma:

'Questão n° 1: resposta positiva, pois, seja qual for a circunstância que conduz à assunção da titularidade do Poder Executivo, ou por qualquer lapso temporal que ocorra, configura o exercício de mandato. Em havendo eleição subsequente para este cargo será caracterizada como reeleição.

Questão n° 2: resposta positiva, ou seja, configura reeleição pelas mesmas razões anteriormente expostas.

Questão n° 3: pelo não-conhecimento, à conta da ausência de delimitação da hipótese'

Na espécie, os questionamentos formulados na Consulta no 1.538, e via de consequência as respostas dadas pelo Tribunal, não tratam da peculiaridade do caso concreto, em que houve o exercício interino do cargo e, posteriormente, a assunção em eleição indireta no mesmo mandato, razão pela qual não cabe efetuar o raciocínio utilizado pelos agravantes para extrair a conclusão de ofensa à regra do art. 14, § 50, da Constituição Federal.

Reafirmo que descabe tratar essas situações como mandatos distintos, de modo que incida a regra do § 5º do art. 14 da Constituição Federal.

Nesse caso, e em estrita observância ao postulado da proporcionalidade em matéria de restrição a direitos fundamentais, limitou-se o Tribunal Superior Eleitoral a consignar que ao longo de um mesmo período de mandato (4 anos), não é possível compreender o exercício de dois mandatos por uma mesma pessoa. A interinidade e a posterior titularidade durante uma mesma legislatura representa um único mandato, sendo, portanto, permitida uma reeleição.

Outro caso interessante que pode suscitar o dispositivo constitucional em análise é a restrição ao direito de candidatura daqueles cassados durante a disputa à reeleição, mas que assumem o mandato temporariamente, na pendência de decisão definitiva cassando-lhe o registro de candidatura, diploma ou mandato. Em resposta à consulta n° 1.446, o Tribunal Superior Eleitoral respondeu negativamente tal possibilidade:

CONSULTA. ELEIÇÕES 2008. CHEFE DO PODER EXECUTIVO. REELEIÇÃO. CASSAÇÃO NO CURSO DO SEGUNDO MANDATO. CANDIDATAR-SE AO MESMO CARGO NO MESMO MUNICÍPIO. IMPOSSIBILIDADE. TERCEIRO MANDATO. CONFIGURAÇÃO.

1. Prefeito reeleito em 2004, que teve seu mandato cassado no curso deste segundo mandato, fica impedido de se candidatar para o mesmo cargo e no mesmo município, no pleito de 2008, uma vez que tal hipótese configura um terceiro mandato consecutivo, vedado pelo § 5º do art. 14 da CF. Precedentes.

Não só nesta oportunidade a Corte Superior Eleitoral impediu candidaturas nestas situações. Em outros julgamentos e até mesmo em outras consultas o TSE já havia pacificado a impossibilidade de candidatura de Chefe do Poder Executivo cassado na reeleição que, eventualmente, tenha exercido parte do mandato:

ELEIÇÕES 2008. Agravo regimental no recurso especial. Inelegibilidade. Art. 14, 5º, da Constituição Federal. Prefeito reeleito. Cassação no segundo quadriênio. Sentença anterior à diplomação. Irrelevância. Exercício do cargo pelo período de 89 dias, por força de liminar. Terceiro mandato. Impossibilidade. Entendimento consignado na Res.-TSE nº 22.774/2008. Caso que não versa sobre substituição ou sucessão, que pressupõem o chamamento de terceiro para ocupar o cargo de prefeito. Não-incidência dos Acórdãos nos 31.043, de 02.10.2008, Rel. Min. Marcelo Ribeiro; e 32.831, de 11.10.2008, Rel. Min. Fernando Gonçalves. Agravo regimental desprovido. Prefeito eleito em 2000 e reeleito em 2004 não pode ser candidato à chefia do Executivo municipal em 2008, sob pena de ferir o art. 14, § 5º, da Constituição Federal, ainda que tenha exercido o mandato no segundo quadriênio precariamente, por força de liminar concedida em sede de recurso eleitoral por ele interposto.

(Agravo Regimental em Recurso Especial Eleitoral nº 34037, Acórdão de 19/12/2008, Relator(a) Min. ENRIQUE RICARDO LEWANDOWSKI, Publicação: DJE - Diário da Justiça Eletrônico, Data 06/03/2009, Página 53)

Consulta. Prefeito eleito em 2000. Reeleito em 2004. Cassado no segundo mandato. Candidatura em 2008.

- Prefeito reeleito é inelegível para um terceiro período consecutivo, não importando o tempo de exercício no segundo mandato. Vedação do art. 14, § 5º, da Constituição Federal.
- Respondida negativamente.

(CONSULTA nº 1436, Resolução nº 22774 de 24/04/2008, Relator(a) Min. MARCELO HENRIQUES RIBEIRO DE OLIVEIRA, Publicação: DJ - Diário da Justiça, Data 09/05/2008, Página 13 DJE - Diário da Justiça Eletrônico, Data 09/05/2008, Página 17)

Aqui, tendo havido o efetivo exercício de um segundo mandato, ainda que por reduzido espaço de tempo, deve-se impedir uma nova candidatura, sob pena de cair-se em subjetivismos relacionados ao tempo ou modo do exercício do mandato. Se o candidato restou eleito por um segundo período para um cargo do executivo, e chegou a exercê-lo por qualquer período, não há dúvidas de que uma nova disputa à chefia do executivo manifestaria uma tentativa de terceiro mandato. Nesse sentido:

Consulta. Poder Executivo. Titular. Reeleito. Desincompatibilização. Mandato subsequente. Candidatura. Impossibilidade.

Não pode o titular de cargo do Poder Executivo reeleito para um segundo mandato, mesmo se desincompatibilizando, concorrer novamente, uma vez que resultará no exercício do cargo por três períodos consecutivos (§ 5º do art. 14 da Constituição Federal).

(CONSULTA nº 898, Resolução nº 21431 de 05/08/2003, Relator(a) Min. LUIZ CARLOS LOPES MADEIRA, Publicação: DJ - Diário de Justiça, Volume 1, Data 19/09/2003, Página 112)

Tal entendimento, portanto, se justifica em homenagem ao princípio republicano, de sorte a promover a alternância no poder nos cargos do executivo. Aqui, sim, a restrição mostra-se adequada ao fim pretendido pelo constituinte.

Outra causa de inelegibilidade constitucional vem prevista no artigo 14, §6º da Constituição Federal que dispõe:

Art. 14. A soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos, e, nos termos da lei, mediante:

(...)

§ 6º - Para concorrerem a outros cargos, o Presidente da República, os Governadores de Estado e do Distrito Federal e os Prefeitos devem renunciar aos respectivos mandatos até seis meses antes do pleito.

A fundamentação constitucional de referida norma restritiva parece clara: evitar a influência do abuso do poder político e econômico e preservar a normalidade do pleito. Com isso, evita-se a utilização da máquina pública por parte do titular do executivo que deseja disputar cargo diverso. Segundo José Afonso da Silva:

Desincompatibilização é a obrigatoriedade do afastamento de determinadas funções, cargos ou emprego, na administração pública, direta ou indireta, visando a disputa eleitoral. O objetivo dessa norma negativa de direito eleitoral é impedir que o agente público, no uso desse cargo, função ou emprego, utilize da própria administração pública em proveito pessoal.²⁴⁹

Vejam-se precedente sobre o tema:

CONSULTA. PREFEITO REELEITO NAS ELEIÇÕES DE 2000. CANDIDATURA AO CARGO DE VEREADOR, NO MESMO MUNICÍPIO, NO PLEITO DE 2004. POSSIBILIDADE, EM FACE DA OBSERVÂNCIA DO PRAZO DE SEIS MESES PARA A DESINCOMPATIBILIZAÇÃO.

- O prefeito reeleito nas eleições de 2000 pode candidatar-se para o cargo de vereador do mesmo município, no pleito de 2004, desde que se afaste da chefia do Poder Executivo local em período que preceder os seis meses anteriores ao certame.

(CONSULTA nº 893, Resolução nº 21442 de 12/08/2003, Relator(a) Min. RAPHAEL DE BARROS MONTEIRO FILHO, Publicação: DJ - Diário de Justiça, Volume 1, Data 29/9/2003, Página 893)

Pois bem, denota-se a partir da simples leitura da ementa do julgado, que a obrigatoriedade para a desincompatibilização alcança todos os casos em que o titular de um cargo no Poder Executivo almeje candidatura a outro cargo eletivo. No exemplo trazido, o Prefeito para concorrer ao cargo de vereador, terá que se desincompatibilizar seis meses antes do pleito.

²⁴⁹ SILVA, José Afonso da. Op. cit. p. 343.

As críticas em relação a tal dispositivo dizem respeito à sua incoerência em face da regra de reeleição instituída pela emenda constitucional n.º 16 no já citado §5º do artigo 16 da Constituição Federal. Nenhuma lógica constitucional, sobretudo a que informa e justifica a presente restrição, que é a preservação da normalidade e legitimidade do pleito, justifica a possibilidade do titular do mandato concorrer à reeleição sem se desincompatibilizar, ao passo que, se pretender concorrer a outro cargo, sua desincompatibilização é obrigatória.

No mais, para aqueles que exercem cargo no Poder Legislativo e pretendem se candidatar a outro cargo ou ao mesmo cargo, não há necessidade de desincompatibilização para a disputa de uma nova eleição. Em consulta, o Tribunal Superior Eleitoral assim se manifestou:

CONSULTA. PRESIDENTE DE CÂMARA MUNICIPAL. VEREADOR. CARGO DE PREFEITO E VICE-PREFEITO. DESINCOMPATIBILIZAÇÃO. DESNECESSIDADE. RESPOSTA AFIRMATIVA.

1. Inexistência, tanto na CF de 1988, quanto na Lei das Inelegibilidades (LC nº 64/90), de restrição à plena elegibilidade dos titulares de cargos legislativos (Cta. nº 117-DF, Rel. Min. Walter Medeiros, DJ de 17.5.1996).

2. Vereador, candidato a cargo de prefeito, não precisa se desincompatibilizar do cargo, salvo se se tratar de município desmembrado e se o parlamentar for presidente da Câmara Municipal e tiver substituído o titular do Executivo nos seis meses anteriores ao pleito (Cta. nº 896-DF, Rel. Min. Fernando Neves, DJ de 19.9.2003).

3. Presidente de Câmara Municipal que exerce interinamente cargo de prefeito não precisa se desincompatibilizar para se candidatar a este cargo, a um único período subsequente (Cta. nº 1187-MG, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, DJ de 16.12.2005).

4. Consulta conhecida e respondida afirmativamente.

(CONSULTA nº 1449, Resolução nº 22724 de 04/03/2008, Relator(a) Min. JOSÉ AUGUSTO DELGADO, Publicação: DJ - Diário de justiça, Data 25/03/2008, Página 16 RJTSE - Revista de jurisprudência do TSE, Volume 19, Tomo 2, Página 183)

Optou o legislador constitucional em permitir que os ocupantes dos cargos legislativos pudessem disputar eleições sem desincompatibilização. De todo modo, se a finalidade de tal exigência é manter o processo eleitoral a salvo de influência da máquina pública, não se pode deixar de notar que os legisladores também podem se utilizar dos seus cargos para a realização da campanha eleitoral.

Ainda, vale lembrar que, não raro, as casas legislativas brasileiras, a começar pelo Congresso Nacional, destinam verbas que os legisladores podem utilizar nas campanhas eleitorais. Não bastasse isso, a fiscalização dos gastos dessas quantias é mais difícil que a fiscalização das verbas administradas pelo Poder Executivo.

Portanto, dentro da lógica esboçada anteriormente, oriunda da obra de Canotilho, um dos aspectos que legitima uma norma que restringe direito fundamental é a sua validade indistintamente. É preciso destacar, igualmente, que embora a norma que não obrigue a desincompatibilização seja geral e abstrata para todos que se enquadram nas situações nela descrita, isso, por si só, não garante a sua constitucionalidade.

Em sua obra clássica acerca do conteúdo jurídico do princípio da igualdade, Celso Antônio Bandeira de Mello delimita três fatores que devem ser perquiridos para a verificação da constitucionalidade da norma. Explica o destacado mestre que após a identificação daquilo que serve como fator da quebra do princípio da isonomia – obrigação de desincompatibilização apenas para alguns cargos – deve-se analisar se há justificativa racional e razoável para tanto. Por último, prossegue o autor: “impende analisar se a correlação ou fundamento racional abstratamente existente é, *in concreto*, afinado com os valores prestigiados no sistema normativo constitucional.”²⁵⁰

Assim, se a finalidade constitucional da obrigatoriedade da desincompatibilização é evitar a utilização da máquina pública nas campanhas eleitorais, tal restrição deveria valer a todos os cargos políticos indistintamente, ou tal exigência não deveria ser para nenhum cargo. Caso contrário, recairá na situação de inexistência de racionalidade na justificativa para se exigir a desincompatibilização apenas de alguns cargos.

Se o titular da Chefia do Poder Executivo, por exemplo, pode concorrer ao mesmo cargo sem a sua desincompatibilização, mas precisa se desincompatibilizar para a disputa a outro cargo, não parece que a finalidade constitucional seja atendida dessa forma. Na conclusão da já referida obra clássica sobre o princípio da igualdade, Celso Antônio leciona que:

Há ofensa ao preceito constitucional da isonomia quando:

(...)

III – A norma atribui tratamentos jurídicos diferentes em atenção a fator de *discrímen* adotado que, entretanto, não guarda pertinência lógica com a disparidade de regimes outorgados.

IV – A norma supõe relação de pertinência lógica existente em abstrato, mas o *discrímen* estabelecido conduz a efeitos contrapostos ou de qualquer modo dissonantes dos interesses prestigiados constitucionalmente.²⁵¹

²⁵⁰ MELLO, Celso Antônio Bandeira. *Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade*. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 21-22.

²⁵¹ *Ibidem*. p. 47-48.

Ao buscar enquadramento da situação criada pelo legislador na lição exposta acima, vê-se que a ofensa ao princípio constitucional da isonomia é clara, porquanto simplesmente inexistente pertinência lógica em se adotar regimes diametralmente opostos – obrigatoriedade ou não de desincompatibilização – para situações que mereceriam tratamento tanto mais isonômico. De resto, evidentemente que os efeitos de tal situação são absolutamente dissonantes aos interesses prestigiados constitucionalmente, posto que desequilibra o pleito em favor daqueles que podem concorrer ao mesmo cargo sem a desincompatibilização. Trata-se, sem embargo, de evidente contradição do texto constitucional.

Finalmente, cumpre discorrer acerca da inelegibilidade prevista no artigo 14, §7º da Constituição Federal.

Após o advento da Emenda Constitucional nº 16, que modificou o § 5º do art. 14 da Constituição Federal e instituiu a reeleição, houve dúvidas acerca da interpretação do § 7º, do mesmo artigo constitucional. Este dispositivo trata das inelegibilidades dos parentes daquele que ocupa o cargo de mandatário no Executivo da sua respectiva circunscrição. Tal dispositivo constitucional que restringe o direito fundamental à elegibilidade é oriundo do texto original da Constituição, enquanto que, conforme já afirmado, o § 5º sofreu modificação com a Emenda nº 16, para permitir a reeleição para os cargos no âmbito do Poder Executivo.

Verifica-se, então, com bastante facilidade, que o advento da reeleição gerou certa celeuma na interpretação do § 7º do art. 14 da Constituição, na medida em que torna inelegível parentes do Chefe do Poder Executivo na mesma circunscrição deste, enquanto que o § 5º do mesmo artigo permite a sua recandidatura. Está claro, portanto, que a aparente antinomia existente entre ambos os dispositivos constitucionais resulta em diversos casos que estão a merecer interpretação temperada das normas constitucionais, adequando a solução desses casos à realidade política atual, que permite, expressamente, a reeleição. Afinal, parece contraditório permitir a recandidatura do titular e proibir a candidatura de algum parente nas mesmas circunstâncias.

Provocado em um caso concreto, o Tribunal Superior Eleitoral, no Recurso Especial Eleitoral nº 19.442, permitiu a candidatura do cônjuge, num caso em que o marido da candidata já havia renunciado:

ELEGIBILIDADE. CÔNJUGE. CHEFE DO PODER EXECUTIVO. ART. 14, § 7º, DA CONSTITUIÇÃO.

O cônjuge do chefe do Poder Executivo é elegível para o mesmo cargo do titular, quando este for reelegível e tiver renunciado até seis meses antes do pleito. Recursos não conhecidos.

Essa interpretação, além de lógica, é proporcional e razoável, deixando de aplicar restrição absoluta para casos que não comportam tal possibilidade. Ou seja, conforme afirmado acima, a interpretação do dispositivo constitucional merece temperamento, garantindo, na medida do possível, o direito fundamental à elegibilidade. Sobretudo porque, cabe lembrar, o mandatário titular pode se recandidatar, de modo que a interpretação da norma em questão deve guardar compatibilidade com o instituto da reeleição, conforme se extrai do voto da relatora do mencionado recurso especial eleitoral:

Sr. Presidente, discute-se a repercussão, ou não, da Emenda Constitucional nº 16/97, que tratou da reeleição, em relação ao dispositivo constitucional que veda a eleição dos parentes e do cônjuge do titular do Poder Executivo, CF. art. 14, § 7º2.

A matéria foi recentemente decidida por esta Corte, no Recurso Especial nº 17.199/Espírito Santo (22a Zona - Itapemirim), de 26.9.00. Naquela oportunidade, o Tribunal Superior Eleitoral fixou entendimento no sentido de que os parentes e o cônjuge do titular do Poder Executivo são inelegíveis, mesmo que este tenha renunciado ao cargo ou falecido em data anterior aos seis meses da realização do pleito. Julgados anteriores, rememorados por ocasião daquele julgamento, chegaram a admitir, com relação ao cônjuge, a suspensão da vedação, sob o argumento de que a morte faz desaparecer o vínculo do casamento (Acórdão nº 14.385, de 29.10.96, rei. Min. Eduardo Ribeiro³).

A decisão no mencionado REspe nº 17.199/ES, todavia, não foi unânime. O relator, Ministro Nelson Jobim, vencido em seu voto, sustentava que a leitura isolada do texto do § 7º leva à inelegibilidade absoluta dos parentes e cônjuge do titular do Executivo, ainda quando ele próprio esteja intitulado à reeleição, o que constitui verdadeiro contra-senso.

Referiu S. Exa. ao temperamento que foi dado por este TSE ao § 7º, do art. 14, quando o Tribunal decidiu pela elegibilidade de cônjuge e parentes dos chefes do Executivo para outros cargos, desde que o titular tivesse renunciado até seis meses antes do pleito. Entendeu S. Exa., com rigor de lógica, que a inspiração para este tempero o Tribunal buscou, sem dúvida, no § 6º, pois, se a renúncia viabiliza a candidatura a outro cargo, do próprio titular, essa mesma renúncia deveria viabilizar a candidatura dos seus parentes.

O argumento principal para a solução da presente controvérsia, porém, emerge, de fato, da alteração das normas de inelegibilidade, introduzida pela EC nº 16/97, a qual, ao alterar a redação dada ao § 5º, do mesmo art. 14, permitiu a reeleição dos chefes do Poder Executivo por um único período subsequente. A interpretação sistêmica da nova realidade constitucional leva à necessária compatibilização desse dispositivo com aquele constante do § 7º do mesmo artigo.

Subjacentes a todo o conjunto dessas normas constitucionais, estiveram sempre duas ordens de preocupação: (1) a de Impedir o "continuismo", seja pelo mesmo ocupante do cargo, seja por uma mesma família, ao vedar a eleição subsequente de parentes próximos, e (2) a de impedir o uso da máquina administrativa em tais campanhas, com evidente desvantagem para os demais competidores e para a lisura do processo de escolha democrática.

Ora, inobstante a alteração introduzida pela EC nº 16/97, a primeira preocupação permanece atendida pela limitação que se pôs à possibilidade de reeleição. Diz o § 5º do art. 14 que *"o Presidente da República, os Governadores de Estado e do Distrito Federal, os*

Prefeitos e quem os houver sucedido ou substituído no curso dos mandatos poderão ser reeleitos para um único período subsequente".

Já a preocupação com o mau uso da máquina pública para finalidades eleitoreiras fica resguardada pelo afastamento daquele que, eventualmente, poderia desviar, em benefício de seu parente ou cônjuge, serviços ou recursos públicos. A regra de licenciamento, anterior a pelo menos seis meses do pleito, resguarda, como o quis o constituinte, a lisura das campanhas.

O caso presente presta-se sobremaneira a demonstrar o acerto da tese. Em 3.10.96, Marcus Antônio Vicente foi eleito prefeito do Município de Ibiráçu. Diplomado, tomou posse em 1M.97 (fl. 115). Treze dias mais tarde (f. 113), renunciou a esse cargo para assumir a cadeira de deputado federal. O restante do mandato foi, portanto, exercido por seu vice-prefeito. Às novas eleições para a prefeitura (período 2001/2004)

registrou-se a esposa do agora Deputado Federal, Marcus Antônio Vicente, Sra. Naciene Luzia Modenesi Vicente, resultando vencedora no pleito. Só então deu-se a manifestação de inconformidade da coligação ora recorrente.

Afastar a prefeita do exercício do mandato, como pretendem os recursos, corresponde a desconsiderar a vontade do eleitorado, quando o mandato anterior foi quase integralmente exercido pelo vice-prefeito.

Portanto, o autor da alegada inelegibilidade da atual prefeita em nada poderia influir sobre o uso da máquina pública. Por outro lado, seria ignorar que, ao próprio esposo da prefeita, nenhuma regra vedaria a candidatura.

Ou seja, o autor da inelegibilidade não sofreria idêntica vedação. Uma interpretação literal do § 7º, como se vê, gera situação paradoxal, à medida que impede a eleição dos parentes e do cônjuge para o cargo do titular, quando ele mesmo, por sua vez, pode candidatar-se para este mesmo cargo.

Daí concluir que a única solução razoável é a que conjuga os ditames dos §§ 5º e 7º e lhes dá leitura condizente com os princípios que informaram a redação das normas constitucionais, sem desconsiderar a nova realidade, introduzida pela EC nº 16. A interpretação dada pelo Tribunal Regional Eleitoral atende à finalidade da norma, que é evitar o uso da máquina administrativa pelo titular, por seu sucessor ou por seu substituto em benefício de seus familiares. Por isso deve ser mantida.

Por essas razões, não conheço dos recursos.

Outro caso idêntico e que gerou bastante repercussão, julgado pelo Tribunal Superior Eleitoral, é o precedente do ex-governador Garotinho e sua esposa Rosinha Matheus:

ELEGIBILIDADE. CÔNJUGE E PARENTES. GOVERNADOR. ART. 14, § 7º, DA CONSTITUIÇÃO.

O cônjuge e os parentes de governador são elegíveis para sua sucessão, desde que o titular tenha sido eleito para o primeiro mandato e renunciado até seis meses antes do pleito (Res./TSE 21.099/2002).

Recurso improvido.

(RECURSO ESPECIAL ELEITORAL nº 20239, Acórdão nº 20239 de 01/10/2002, Relator(a) Min. JOSÉ PAULO SEPÚLVEDA PERTENCE, Publicação: PSESS - Publicado em Sessão, Data 01/10/2002 RJTSE - Revista de Jurisprudência do TSE, Volume 14, Tomo 1, Página 348)

Consoante se verifica, o Tribunal Superior Eleitoral adotou entendimento que compatibiliza tanto o direito à elegibilidade como, também, a finalidade precípua da norma contida no referido § 7º: *a impossibilidade de perpetuação de pessoas da mesma família no poder*, evitando-se, inclusive, situações absolutamente paradoxais, onde o próprio mandatário concorre ainda no exercício do mandato, sem

a necessidade de desincompatibilização, mas um parente seu não poderia sucedê-lo, por exemplo. Cabe referência à lição do Ministro Eros Roberto Grau, acerca da interpretação da Constituição: “Não se interpreta a Constituição em tiras, aos pedaços.”²⁵² Somente essa interpretação é capaz de adequar o texto produzido pelo constituinte originário, com a reforma que instituiu a reeleição.

Inaceitável, portanto, pensar-se no instituto da reeleição e, ao mesmo tempo, obstar a candidatura de parentes de candidatos reelegíveis. Por esse motivo é que a jurisprudência do Tribunal Superior Eleitoral conformou-se para admitir que, havendo a renúncia do titular, ainda no primeiro mandato, nos seis que antecedem o pleito, seus parentes são elegíveis para um mandato, de tal modo que uma mesma família pode permanecer no poder ao longo de dois mandatos consecutivos.

Vale ressaltar, também, que apesar dessa interpretação compatibilizar a realidade política da reeleição com a inelegibilidade dos parentes do titular do Chefe Poder Executivo, a ressalva quanto à necessidade de renúncia do titular nos seis meses antes do pleito para que seus parentes possam concorrer, em tese, é decorrência da necessidade de conferir maior proteção ao pleito, garantindo com maior efetividade os ditames constitucionais da moralidade e legitimidade das eleições. No entanto, a desnecessidade de desincompatibilização do titular de mandato eletivo que pretende concorrer à reeleição torna ilógica a interpretação emprestada pelo Tribunal Superior Eleitoral ao dispositivo em comento.

Tal fato gera verdadeiro absurdo no plano fático, de modo que um chefe do executivo que pretende se reeleger ao mesmo cargo pode permanecer no mandato, ao passo que, se pretender disputar um cargo do legislativo, ou indicar um parente para concorrer ao executivo em seu lugar, a renúncia torna-se obrigatória.

Nesse contexto, o texto constitucional e a jurisprudência da Justiça Eleitoral devem evoluir para igualar essas situações. Se há proporcionalidade na exigência de desincompatibilização do titular do mandato de Chefe do Poder Executivo para não beneficiar a eleição de algum parente, deveria ser ainda mais proporcional a exigência de afastamento do cargo daquele que disputa a reeleição.

Contudo, o ordenamento jurídico brasileiro não faz tal exigência, sequer implícita. Nesse contexto, considerando que também não há essa exigência para casos de parentes – sendo que a exigência decorre de interpretação conferida pelo

²⁵² GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica Na Constituição de 1988*. 14 ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 164.

Tribunal Superior Eleitoral ao artigo 14, §7º da Constituição Federal -, deveria a Justiça Eleitoral adotar posicionamento uniforme para ambas as hipóteses, tendo em vista que a interpretação atual tem produzido desrespeito ao princípio da isonomia, já que o Judiciário tem extraído da norma “distinções, discrimens, desequiparações que não foram professadamente assumidos por ela de modo claro, ainda que por via implícita.”²⁵³

Obrigar que o titular renuncie à parte de seu mandato para que um parente seja elegível, não parece ser a interpretação mais adequada do texto constitucional, na medida em que, vale lembrar, a elegibilidade é inerente aos direitos fundamentais, comportando somente restrições que sejam adequadas e necessárias a resguardar alguma outra finalidade constitucional.

Não se questiona o valor do bem jurídico a ser protegido: *a higidez do processo eleitoral*. Mas existem leis específicas para evitar e/ou punir os abusos cometidos durante o processo eleitoral.

Assim, a restrição em exame ultrapassa a necessidade, adequação e proporcionalidade em sentido estrito para resguardar o bem jurídico protegido. Aliás, este só será salvaguardado com atuação mais efetiva da Justiça Eleitoral no caso concreto, fiscalizando os ilícitos, não com a simples restrição ao direito à elegibilidade.

Outra polêmica gerada a partir da interpretação do § 7º, do art. 14 da Constituição, refere-se ao fato de que mesmo permitindo que o cônjuge – ou algum outro parente – possa suceder o titular do mandato, desde que este não esteja no exercício do mandato nos últimos seis meses anteriores ao pleito, o Tribunal Superior Eleitoral não tem permitido que o parente sucessor seja candidato para um mandato subsequente. Em caso concreto, a Corte Eleitoral assim se posicionou:

ELEIÇÕES 2008. Agravo regimental no recurso especial. Registro de candidatura. Prefeito. Parentesco. Inteligência do art. 14, §§ 5º e 7º, da Constituição Federal. Prefeito que exerceu mandato no quadriênio 2001/2004. Cônjuge deste que se elegeu em eleição suplementar em 2007, está no exercício do mandato e pretende a reeleição. Terceiro mandato pela mesma família no mesmo cargo do Poder Executivo caracterizado. Precedentes. Agravo a que se nega provimento.

Cônjuge de prefeito que exerceu mandato entre 2001 e 2004, eleita prefeita em eleição suplementar, em 2007, não poderá ser reeleita, sob pena de se caracterizar o terceiro mandato no mesmo grupo familiar.

O mandato, nos termos do art. 29, I, da Constituição Federal, é o período de 4 (quatro) anos entre uma e outra eleição regulares, sendo a eleição suplementar, ocorrida no seu curso, mera complementação desse período total.

²⁵³ MELLO, Celso Antônio Bandeira. *O Conteúdo Jurídico...* p. 48.

A renovação do pleito, por incidência do art. 224 do Código Eleitoral, não inaugura novo mandato, conforme inteligência do art. 81, § 2º, da Constituição Federal. (Agravo Regimental em Recurso Especial Eleitoral nº 31765, Acórdão de 12/02/2009, Relator(a) Min. JOAQUIM BENEDITO BARBOSA GOMES, Publicação: DJE - Diário da Justiça Eletrônico, Data 16/03/2009, Página 33)

Vale destacar trecho elucidativo do voto:

Senhor Presidente, extrai-se dos autos que o cônjuge da recorrida, ora agravante, exerceu a chefia do Poder Executivo de 2001 a 2004, e que esta exerce atualmente a chefia do Poder Executivo, em razão de eleição suplementar ocorrida em 2007.

A controvérsia cinge-se em saber se a ascensão ao cargo de prefeito, por força da eleição suplementar citada, caracterizaria um mandato autônomo, desvinculado daquele nascido nas eleições regulares, ou se seria mera continuação deste.

(...)

Pois bem, mantenho a decisão agravada pelos seus próprios fundamentos. Isso porque, do contrário, estaria caracterizado o terceiro mandato no mesmo grupo familiar, ainda que tenha existido um lapso temporal entre a saída do cônjuge da agravante e a sua ascensão ao cargo de prefeito.

Ora, esse lapso temporal não afasta o impedimento, visto que ele ocorreu dentro do período de quatro anos estabelecido pela Constituição (art. 29, I) entre uma e outra eleição regulares.

Há vários precedentes desta Corte no sentido de que a eleição suplementar não inaugura novo mandato.

A restrição em exame advém do próprio texto constitucional, vale lembrar. Entretanto, apesar de atender a um fim constitucional, só há que se falar na aplicação dessa restrição nos casos em que o sucessor assuma, no mínimo, com o *animus* de exercer definitivamente o seu mandato. Isto é, ao mesmo tempo em que se deve proibir o exercício do terceiro mandato pela mesma família, não se deve restringir o direito ao sufrágio passivo em casos de mandatos provisórios, como ocorreu no caso ressaltado acima, sob pena de esvaziamento do núcleo essencial do direito fundamental tratado no presente trabalho. Ou seja, situações provisórias não podem ensejar a inelegibilidade reflexa prevista no § 7º, do art. 14 da Constituição Federal, como entendeu o Tribunal Superior Eleitoral no seguinte caso:

AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL ELEITORAL. INELEGIBILIDADE. ART. 14, § 7º, DA CR/88. EXERCÍCIO DO CARGO DE PREFEITO. INTERINIDADE. CONFIGURAÇÃO. NÃO PROVIMENTO.

1. A interinidade na chefia do Poder Executivo não afasta a inelegibilidade de que trata o art. 14, § 7º, da Constituição da República de 1988. Precedente.

2. Agravo regimental não provido.

(Agravo Regimental em Recurso Especial Eleitoral nº 958277772, Acórdão de 26/08/2010, Relator(a) Min. ALDIR GUIMARÃES PASSARINHO JUNIOR, Publicação: DJE - Diário da Justiça Eletrônico, Data 28/09/2010, Página 13)

Vale destacar trecho do acórdão, para demonstrar com clareza o exagero na interpretação do TSE:

Senhor Presidente, trata-se de agravo regimental (fls. 230-244) interposto por Iolanda Maria Mesquita Araújo, eleita vereadora no Município de Canindé/CE no pleito de 2008, contra decisão (fls. 225-228) que negou seguimento a recurso especial manejado com fundamento no art. 276, 1, a, e b, do Código Eleitoral.

No agravo regimental, reiteram-se as alegações do recurso especial.

A agravante afirma que o exercício do cargo de prefeito pelo seu irmão, nos seis meses que antecederam ao pleito, somente ocorreu por força de decisão liminar em ação civil pública. Assim, sendo a investidura meramente precária e transitória, não haveria falar em inelegibilidade reflexa.

Acrescenta que o precedente citado pela decisão agravada não se amolda ao caso concreto, porque somente aplicável na hipótese de substituição.

Ao fim, requer a reconsideração da decisão ora agravada ou a submissão ao Plenário do c. Tribunal Superior Eleitoral.

É o relatório.

Senhor Presidente, trata-se de recurso contra expedição de diploma interposto pela Coligação Canindé de Todos em desfavor de Iolanda Maria Mesquita Araújo, eleita vereadora no Município de Canindé/CE no pleito de 2008, pela suposta configuração da inelegibilidade de que trata o art. 14, § 7º, da CR188.

A decisão agravada foi proferida sob os seguintes fundamentos (fls. 226-228):

"O recurso especial não merece provimento.

Trata-se de recurso contra expedição de diploma interposto pela Coligação Canindé de Todos em desfavor de Iolanda Maria Mesquita Araújo, pela suposta configuração da inelegibilidade prevista no art. 14, § 7º, da CR 88, que assim dispõe:

Art. 14- (...)

§ 7º - São inelegíveis, no território de jurisdição do titular, o cônjuge e os parentes consanguíneos ou afins, até o segundo grau ou por adoção, do Presidente da República, de Governador de Estado ou Território, do Distrito Federal, de Prefeito ou de quem os haja substituído dentro dos seis meses anteriores ao pleito, salvo se já titular de mandato eletivo e candidato à reeleição.'

Extrai-se do v. acórdão regional que o irmão da recorrente ocupou o cargo de prefeito municipal de Canindé/CE nos seis meses que antecederam ao pleito de 2008, circunstância que implicou a inelegibilidade da recorrente. Concluiu o e. TRE/CE que o exercício interino do cargo pelo irmão da recorrente não afasta a inelegibilidade de que trata o art. 14, § 7º, da CR-188 (fls. 150-151):

'A questão que se apresenta neste Recurso Contra Expedição de Diploma é a seguinte: é inelegível o parente consanguíneo do Vice-Prefeito que exerce o cargo de Prefeito Municipal, no período de seis meses anteriores ao pleito, em virtude do afastamento do titular?

(«.)

Efetivamente, o Sr. Higino Luis Barros de Mesquita, irmão da recorrida, exerceu o cargo de Prefeito Municipal de Canindé, substituindo o titular afastado por decisão judicial, nos seis meses anteriores ao pleito.

*A respeito deste fato, não há como prevalecer o argumento da recorrida no sentido de que tal investidura deu-se por decisão judicial, de forma interina e não definitiva, fatos que, no seu entendimento, importaria no fato de que **'em nenhum momento houve a investidura no mandato de titular'**, uma vez que, na qualidade de vice-prefeito, ocorrendo o impedimento, afastamento, licença ou vacância do cargo de*

Prefeito, haverá a posse do vice-prefeito como substituto, seja na qualidade de definitivo (vacância) ou provisória (afastamento por licença ou decisão judicial).'

Correto o arremate regional.

Ao contrário do que alega a recorrente, a interinidade na chefia do Poder Executivo não afasta a inelegibilidade de que trata o art. 14, § 7º, da CR188. Neste sentido, cito a jurisprudência do TSE:

'RECURSO ESPECIAL ELEITORAL. PEDIDO DE REGISTRO DE CANDIDATURA. ELEIÇÕES 2008. ART. 14, § 7º; DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. INELEGIBILIDADE. PARENTESCO CONSANGUÍNEO. CRITÉRIO OBJETIVO. CONFIGURAÇÃO DE TERCEIRO MANDATO CONSECUTIVO DA MESMA FAMÍLIA. DEFICIÊNCIA DO RECURSO. SÚMULA 284/STF, NÃO-PROVIMENTO.

1. São inelegíveis o cônjuge e os parentes consanguíneos ou afins, até o segundo grau ou por adoção, do Presidente da Câmara Municipal que tenha substituído o Chefe do Poder Executivo no semestre anterior ao pleito, conforme decorre da interpretação do art. 14, § 70, da Constituição Federal. In casu,

o recorrente é irmão do Presidente da Câmara que, interinamente, assumiu o cargo de prefeito nos seis meses anteriores ao pleito, sendo, pois, inelegível,

2. (...) **Não afasta a inelegibilidade do art. 14, § 71, da Constituição Federal o fato de o parente ter substituído o titular do Poder Executivo por curto período de tempo.**

(Precedente. REspe n° 21.8831PR, Rel. para acórdão Mm. Humberto Gomes de Barros, julgamento em 19.9.2004).'

(destaquei)

(REspe n° 34243/BA, Rei. Mm. **Felix Fischer**, PSESS de 19.11.2008)

A conclusão do v. acórdão recorrido não destoia da orientação jurisprudencial do TSE, atraindo a incidência da Súmula n° 83/STJ: 'não se conhece do recurso especial pela divergência, quando a orientação do Tribunal se firmou no mesmo sentido da decisão recorrida'.

Ante o exposto, **nego seguimento** ao recurso especial, nos termos do art. 36, § 61, do RI-TSE."

A decisão agravada deve ser mantida por seus próprios fundamentos, porquanto o fato de o irmão da agravante ter exercido o mandato de prefeito nos seis meses que antecederam ao pleito, por si só, objetivamente, atrai a inelegibilidade prevista no art. 14, § 70, da Constituição, sendo irrelevante a razão pela qual ascendeu ao cargo e o tempo que nele permaneceu, já que a norma constitucional não faz distinção alguma.

Ante o exposto, **nego provimento** ao agravo regimental.

Não parece correta tal interpretação, mesmo que a restrição imposta tenha a finalidade de resguardar a higidez do processo eleitoral. Lembre-se que se fosse o titular de cargo, poderia concorrer mesmo sem a sua desincompatibilização. No caso concreto, porém, o irmão da candidata ocupou provisoriamente a Prefeitura, tornando-a inelegível naquela circunscrição. A restrição imposta à candidata é absolutamente desproporcional e desnecessária, deixando de garantir o núcleo essencial do direito fundamental ao sufrágio passivo.

Em outro caso, também tratando sobre um parente ter ocupado, perto do período do pleito, a chefia do Poder Executivo, o filho do Prefeito interino teve seu registro indeferido, na medida em que o pai estava no cargo durante parte da campanha eleitoral. Apesar da manutenção da decisão de indeferimento, pelo Tribunal Superior Eleitoral, o Ministro Arnaldo Versiani, em voto divergente, demonstra a correta interpretação do § 7º do art. 14 da Constituição, privilegiando o direito à elegibilidade:

Quanto ao mérito em si, peço vênias ao relator para divergir. Eu indaguei a tese de Sua Excelência para saber se o prefeito seria candidato à reeleição, porque, se assim fosse, não há dúvida de que o filho não poderia ter sido candidato na eleição de 2008. Ou seja, se o prefeito, pai do recorrente, fosse eleito em 2004 e tivesse exercido a prefeitura de 2005 a 2008 e fosse candidato à reeleição em 2008, seu filho não poderia ser candidato em 2008, uma vez que seu pai era o titular.

Parece-me que o § 70 do artigo 14 da Constituição Federal diz exatamente isto:

Art. 14 [...]

[...]

§ 7º - São inelegíveis, no território de jurisdição do titular, o cônjuge e os parentes consanguíneos ou afins, até o segundo grau ou por adoção, do Presidente da República, de Governador de Estado ou Território, do Distrito Federal, de Prefeito ou de quem os haja substituído dentro dos seis meses anteriores ao pleito, salvo se já titular de mandato eletivo e candidato à reeleição.

O que houve na espécie? O candidato foi candidato pela primeira vez, ele não exercia o mandato anterior de prefeito; lançou-se candidato a prefeito e foi tido pela Justiça Eleitoral como inelegível. A eleição, em decorrência dessa inelegibilidade, foi anulada. Mas ele, a meu ver, não se encaixa nesse conceito de titular a que se refere o § 7º do artigo 14 da Constituição, porque a eleição fora desconstituída.

(...)

Ele se candidatou à eleição e concorreu por sua conta e risco, como sempre entendemos; foi eleito e teve seu registro *sub judice*, mas continuou durante toda a campanha e, inclusive, após a sua eleição, chegou à fase da diplomação - teria sido diplomado por força de liminar em cautelar - e desempenhou o mandato até essa decisão transitar em julgado, mas, no curso ainda, penso, e não numa condição de definitividade, que a conquista do mandato proporcionaria. Em outras palavras, ele não era propriamente o titular eleito; ele ganhou a eleição, mas teve o seu registro, afinal, indeferido.

(...)

Mas, mesmo que houvesse seis meses, parece-me que esse § 7º determina que, se houver o titular, e ele exercer o mandato, pouco importa quem ocupou o exercício da prefeitura nos seis meses anteriores. Se fosse filho dele, sendo ele titular, o filho seria ele inelegível, pouco importando que o titular se afastasse nos seis meses anteriores ao pleito. Também seria inelegível para o próximo pleito quem fosse parente daquele que houvesse substituído dentro dos seis meses.

Mas ao titular não: se o pai fosse o prefeito, o filho seria inelegível. Por isso, não me parece ser, com a devida vênia, hipótese de desincompatibilização. Diferentemente, no caso de que fui relator, Respe nº 35.796, entendi que deveríamos aferir as condições de elegibilidade e as de inelegibilidade num novo pleito, porque a hipótese era de candidato que concorreu às eleições de 2008, e ele era inelegível à data dessa eleição. O que aconteceu? A eleição foi anulada não por culpa dele, mas em razão do indeferimento de registro de outro candidato. Houve a superveniente nova eleição, e, à data dessa nova eleição, ele era elegível.

Daí o exemplo que citei em meu voto: como pode prevalecer alguém que era inelegível antes, mas se tornou elegível agora e, por exemplo, dar prevalência a quem era elegível antes, mas é inelegível agora? Também pelo exemplo lembrado pelo Ministro Marcelo Ribeiro: como posso entender que, em julho de 2008, alguém que fosse elegível chegasse a março de 2009 com os direitos políticos suspensos e, após nova eleição, a Justiça Eleitoral autorizasse que assumisse com os direitos políticos suspensos?

Logo, votei naquele caso entendendo que a inelegibilidade deveria ser aferida à data do novo pleito.

Mas aqui, ao contrário, parece-me que a única hipótese de o filho daquele que exerceu o mandato durante esse período de tempo - que poderia ser de cinco, nove meses ou até um dia, dependendo do raciocínio - ser considerado inelegível é se seu pai fosse candidato à reeleição.

Tenho que o § 70 exige haver a titularidade, em decorrência da eleição perfeita, acabada. Mas não me pareceu que isso tenha ocorrido no caso: o prefeito eleito teve o seu registro indeferido. Apenas na hipótese de que, se o prefeito fosse candidato à reeleição, o filho dele seria inelegível à data da eleição de 2008.

Por isso, pedindo vênia ao relator, Senhor Presidente, dou provimento ao recurso, para deferir o registro.

Agravo Regimental em Recurso Especial Eleitoral nº 36043, Acórdão de 18/05/2010, Relator(a) Min. MARCELO HENRIQUES RIBEIRO DE OLIVEIRA, Publicação: DJE - Diário da Justiça Eletrônico, Data 25/08/2010, Página 126/127)

Conforme se percebe da leitura do trecho do voto, adotando a mesma linha de raciocínio deste trabalho, o Ministro Arnaldo Versiani interpretou restritivamente o

§ 7º do art. 14 da Constituição, porquanto entendeu que somente se enquadra como titular aquele que exerce com o *animus* definitivo o mandato. Nesse contexto, como no caso concreto o Prefeito estava no cargo por força de liminar, não poderia ser considerado titular, deixando aberta a possibilidade para que seu filho concorresse. Contudo, não foi o entendimento que prevaleceu.

De todo modo, cabe reiterar que o entendimento do Ministro Versiani é compatível com o texto constitucional. Está clara, aí, a colisão entre um dos princípios políticos constitucionalmente conformadores – assim entendido aqueles princípios que demonstram as opções políticas fundamentais do legislador constitucional – qual seja: o princípio republicano; e um dos princípios-garantia – todos aqueles que conferem garantia aos cidadãos – que é o direito à elegibilidade.²⁵⁴ Ocorre que a interpretação da Constituição, para se chegar à solução do caso concreto, exige que todos os valores políticos devem ser levados em consideração.

Além disso, a interpretação do direito não é simplesmente tentar captar a vontade do legislador, pois o direito deve ser interpretado de acordo com a realidade do dado momento em que está a ocorrer o conflito em questão. A própria Constituição está umbilicalmente ligada à ideia de dinamismo, devendo as normas jurídicas passarem por constante adaptação para se coadunar com a realidade social.²⁵⁵ A esse respeito, vale transcrever a lição do Ministro Eros Roberto Grau:

A Constituição é um dinamismo.

É do presente, na vida real, que se tomam as forças que conferem vida ao direito – e à Constituição. Assim, o significado válido dos princípios é variável no tempo e no espaço, histórica e culturalmente.

Como a interpretação/aplicação se dá no quadro de uma situação determinada, expõe o enunciado semântico do texto no contexto histórico presente, não no contexto da redação do texto. Assim se opera também, em linhas gerais, a interpretação da Constituição. Compreendemos necessariamente, ao interpretá-la, além dos seus textos, a realidade.²⁵⁶

Se o direito e a própria Constituição devem se adaptar à realidade social de um dado momento, por óbvio que o § 7º, do art. 14 da Magna Carta, deve ser interpretado levando-se em consideração o § 5º do mesmo dispositivo constitucional, que autoriza a reeleição do Chefe do Poder Executivo, sem sequer exigir a sua desincompatibilização.

254. GRAU, Eros Roberto. Op. cit. p. 157.

²⁵⁵ Ibidem. p. 166.

²⁵⁶ Idem.

Assim sendo, a inelegibilidade por parentesco deve ser interpretada com bastante cautela, uma vez que a sua instituição ocorreu antes da promulgação da Emenda Constitucional que autorizou a reeleição. Ou seja, esta Emenda inaugurou uma nova realidade social que deve ser levada em conta. Aliás, destaca-se que a finalidade constitucional perseguida com a restrição à elegibilidade dos parentes de Chefes do Poder Executivo restou um tanto quanto esvaziada com a reeleição. Por isso, a inelegibilidade de parentes, em alguns casos, será desproporcional.

Em outro caso, interpretando o mesmo dispositivo, o Tribunal Superior Eleitoral decidiu, adequadamente, que o falecimento do mandatário faz cessar, imediatamente, a relação conjugal, permitindo a candidatura de uma viúva, no Recurso Especial Eleitoral nº 14.385. Vale destacar trecho do voto do acórdão:

Senhor Presidente, esta Corte tem reiteradamente entendido que a morte do titular do cargo faz cessar a inelegibilidade prevista no art. 14, § 7º da Constituição, em relação a sua viúva. (...)

Efetivamente, se a morte dissolve a sociedade conjugal, não há mais falar em cônjuge. E as normas pertinentes à matéria são de direito estrito, só podendo abranger as hipóteses nela contempladas e as que sejam juridicamente equiparadas.

Conforme pontuado no voto, as hipóteses previstas nas normas que restringem os direitos políticos devem ser interpretadas de forma restrita.

Além desses casos já expostos, inúmeros são os julgados em que o Tribunal Superior Eleitoral já enfrentou acerca da inelegibilidade por parentesco prevista no art. 14, § 7º da Constituição Federal:

AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. PEDIDO DE REGISTRO DE CANDIDATURA. IMPUGNAÇÃO. AGRAVO REGIMENTAL INTERPOSTO POR PROMOTOR ELEITORAL. ILEGITIMIDADE. INELEGIBILIDADE REFLEXA. RESSALVA. ART. 14, § 7º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. SUPLENTE. TITULAR DE MANDATO ELETIVO. DISTINÇÃO.

1. Quanto ao primeiro agravo regimental, interposto pelo Ministério Público Eleitoral, ainda que o Promotor Eleitoral seja membro do Ministério Público Eleitoral, não possui ele legitimidade para recorrer de decisão proferida pelo Tribunal Superior Eleitoral, pois, segundo o art. 66, § 1º, da Lei Complementar 75/93, a legitimidade para atuar nos Tribunais Superiores, relativamente ao Ministério Público Federal, é dos Subprocuradores-Gerais da República, no exercício do poder delegado pelo Procurador-Geral da República (STJ, RCL 713/SP, Rel. Min. Denise Arruda, DJ de 01.02.2005; STJ, AgRg no Resp 299.130/DF, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, DJ de 4.2.2002; TSE, RP 15.135/MT, Rel. Min. Diniz de Andrada, DJ de 18.5.1995).

2. No que se refere ao agravo regimental interposto pela Coligação A Volta do Progresso, registro que os suplentes, enquanto ostentarem esta condição, não são titulares de mandato eletivo e, por essa razão, não se lhes aplica a exceção prevista no § 7º do art. 14 da Constituição Federal (Cta nº 1.485/DF, Rel. Min. Marcelo Ribeiro, DJ de 15.5.2008; REspe nº 19.422/BA, Rel. Min. Fernando Neves, DJ de 19.4.2002; STF, RE 409.459/BA, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJ de 4.6.2004).

3. In casu, o suplente ora agravado assumiu o cargo apenas temporariamente, razão pela qual a ressalva final do § 7º do art. 14 da Carta Magna não lhe é aplicável, estando ele, pois, inelegível para o pleito de 2008.

4. Nego seguimento ao primeiro agravo regimental e dou provimento ao segundo agravo regimental para reconsiderar a decisão monocrática e negar provimento ao recurso especial eleitoral.

(Agravo Regimental em Recurso Especial Eleitoral nº 35154, Acórdão de 18/12/2008, Relator(a) Min. FELIX FISCHER, Publicação: DJE - Diário da Justiça Eletrônico, Data 10/02/2009, Página 52) (Sem grifo no original).

Vale salientar o seguinte trecho do acórdão:

Passo à análise do agravo regimental interposto pela Coligação A Volta do Progresso. Alega a agravante que, de acordo com precedente desta c. Corte, o suplente que tenha assumido temporariamente o mandato eletivo não se enquadra na ressalva do § 7º do art. 14 da Constituição Federal.

De fato, assiste razão à agravante.

Esta c. Corte firmou entendimento de que os suplentes, enquanto ostentarem esta condição, **não são titulares de mandato eletivo** e, por essa razão, não se lhes aplica a exceção prevista no § 7º do art. 14 da Constituição Federal.

(...)

Ressalto que, ainda que tenham temporariamente assumido o cargo, os suplentes não perdem tal condição, ou seja, não se tornam titulares de mandato eletivo para fins da aplicação da ressalva contida na parte final do art. 14, § 7º, da Constituição Federal.

Assim, a ressalva final do art. 14, § 7º da Constituição Federal aplica-se apenas aos suplentes que tenham assumido definitivamente o cargo, em razão de renúncia ou morte do titular.

(...)

Conforme se extrai do v. acórdão do e. TRE/MA o suplente ora agravado assumiu o cargo apenas temporariamente, tal qual se infere do seguinte trecho de referido *decisum* (fl. 103):

"Por outro lado, ressalto que situação diferente seria a do suplente que assume definitivamente o mandato, o que não ocorreu no presente caso.

Destarte, ao contrário do que afirma o recorrido, constata-se do exame da ata da Câmara Municipal que o titular do cargo apenas se afastou para exercer o cargo de Secretário de obras do Município, sendo a sua renúncia apenas para a Presidência da Câmara Legislativa." (g. n.)

Diante disso, e considerando que rever a posição do e. Tribunal a *quo* a respeito do efetivo afastamento do titular do mandato e da precariedade da posição do suplente ora agravado demandaria o reexame de fatos e provas dos autos, retifico a decisão agravada para considerar que a ressalva final do § 7º do art. 14 da Carta Magna não se aplica ao candidato ora agravado, estando ele, pois, inelegível para o pleito de 2008. (Grifo no original).

Por último, salienta-se outra situação que desperta interesse, ante a sua polêmica, acerca da interpretação do § 7º, do art. 14 da Constituição, em que o Tribunal Superior Eleitoral respondeu à consulta admitindo a possibilidade de candidatura de cônjuges, simultaneamente, para os cargos de Prefeito e Vice-Prefeito:

Consulta. Candidatura de cônjuges para os cargos de prefeito e vice-prefeito. Requisitos legais. Possibilidade. Precedente

(Consulta nº 1589, Resolução nº 23087 de 23/06/2009, Relator(a) Min. JOAQUIM BENEDITO BARBOSA GOMES, Publicação: DJE - Diário da Justiça Eletrônico, Data 01/09/2009, Página 48)

Vale destacar trecho do voto exarado pelo Ministro Carlos Ayres Britto, acompanhando o relator na resposta positiva, possibilitando que cônjuges cheguem ao poder simultaneamente:

Senhores Ministros, a Consulta nº 1.589, que tem a seguinte dicção:

"A" e "B" são cônjuges e nenhum deles exerce o cargo de prefeito de determinado município. Pergunta-se: "A" pode ser candidato a prefeito e "B" candidata *[sic]* a vice-prefeito?

Vossa Excelência respondeu que não há impedimento nenhum, no que foi seguido imediatamente pelo Ministro Marcelo Ribeiro, que fez justificativa de voto, e por toda Corte, a partir do voto do Ministro Ricardo Lewandowski.

Adiro ao entendimento de Vossa Excelência.

É curioso. Pelo art. 14, § 7º da Constituição, o cônjuge não pode se candidatar se o outro já detiver cargo de chefia do Poder Executivo, ou seja, um não pode chegar ao poder no plano da chefia do poder Executivo, imediatamente após o outro, mas os dois podem chegar ao mesmo tempo, numa mesma eleição. Essa foi a ênfase interpretativa que o Ministro Marcelo Ribeiro tentou colocar no § 7º do art. 14, e é a conclusão a que chego também.

O SENHOR MINISTRO MARCELO RIBEIRO: Como se trata de eleição, penso não se aplicar a súmula do nepotismo.

O SENHOR MINISTRO CARLOS AYRES BRITTO (presidente): Sim. Não é o caso, normativamente, de apoderamento de um município, de um eleitorado por um clã, por uma mesma família. Não há o que fazer. O direito constrói suas realidades Kelsen já dizia: o direito cria suas realidades.

Neste caso, assim como na maioria das hipóteses mencionadas durante este capítulo, percebe-se que o Tribunal Superior Eleitoral interpretou o § 7º, do art. 14 da Constituição Federal com a cautela necessária, deixando de aplicar qualquer tipo de restrição não trazida pela norma, mesmo que implicitamente. Afinal, a restrição à elegibilidade só recai nos casos em que o parente já é titular do cargo de Chefe do Poder Executivo, o que não é o caso.

Além disso, esta hipótese não ameaça ou desrespeita qualquer princípio constitucional, motivo pelo qual não há que se falar em restrição ao direito fundamental ao sufrágio passivo de ambos os cônjuges.

CONCLUSÃO

Ao longo do presente estudo procurou-se traçar um apanhado geral em relação aos direitos fundamentais, tecendo algumas considerações acerca de sua teoria geral, caracterização e classificação.

Ao tratar da questão relativa ao suporte fático dos direitos fundamentais, procurou-se estabelecer a distinção tradicional entre a teoria que admite um suporte fático amplo para os direitos fundamentais, em contraposição à que defende um suporte fático restrito.

A primeira, defende a idéia de que toda e qualquer situação fática que esteja abrangida pelo âmbito temático de um direito fundamental encontra-se em seu âmbito de proteção. Logo, toda e qualquer situação hipotética – por mais absurda que possa parecer à primeira vista – que possa ser enquadrada no âmbito de um direito deve assim ser considerada. Nesse caso, não existem exclusões à priori.

De outro vértice, verificou-se que a corrente que defende um suporte fático restrito promove uma delimitação prévia do conteúdo dos direitos fundamentais, deslocando a missão da fundamentação das restrições para uma fase prévia.

No capítulo II foram destacadas as principais teorias acerca das restrições aos direitos fundamentais, colocando-se em destaque as diferenças entre as teorias interna e externa de restrições. Enquanto aquela está afeta à idéia de suporte fático restrito dos direitos fundamentais (promovendo uma delimitação interna do conteúdo do direito, como se o instrumento legislativo donde se extrai o direito fundamental já trouxesse implícito as situações excluídas do núcleo de proteção do direito fundamental), essa está diretamente ligada à concepção de suporte fático amplo, e consiste na utilização do método da ponderação para se promover a correta delimitação do conteúdo de um direito fundamental em cada caso concreto.

No capítulo III tratou-se dos direitos políticos, sua concepção histórica, sua classificação enquanto direitos fundamentais, seu âmbito de proteção e discorreu-se acerca dos postulados constitucionais da liberdade, igualdade e universalidade do sufrágio.

Nesse ponto, foi destacada a importância dos direitos políticos no ordenamento jurídico-constitucional brasileiro, sobretudo considerando a centralidade que o princípio democrático assume na Constituição Federal de 1988.

Por fim, no tópico IV foram abordadas, uma a uma, todas as condições de elegibilidade e causas de inelegibilidade previstas no texto constitucional.

De início, apontou-se que as inelegibilidades, em linhas gerais, tem como fundamentação constitucional a proteção à normalidade e legitimidade das eleições e, em suma, visam prevenir o certame da influencia de abusos e corrupções.

De outro vértice, as condições de elegibilidade figuram como simples escolhas do legislador constituinte, possuindo natureza mais procedimental, visando estabelecer certas condições (algumas delas visando uma maior qualificação do pretense candidato) para que a candidatura venha a ser deferida. Em relação a elas, defendeu-se, não há como se estabelecer previamente um valor constitucional comum a se proteger.

Somente a partir da análise dos casos concretos, e sobretudo a partir da interpretação que o TSE confere a essas hipóteses, é que poder-se-á definir a constitucionalidade das restrições aplicadas, nos moldes da teoria externa das decisões, em que *a priori* todas as situações estão abrangidas pelo âmbito de proteção do direito fundamental ao sufrágio passivo. Por isso mesmo é que se defendeu, por diversas vezes ao longo do presente estudo, que tanto as inelegibilidades, quanto as condições de elegibilidade, figuram em nosso ordenamento como restrições ao direito fundamental à elegibilidade e, por isso, merecerem ser analisadas sempre sob a ótica do princípio da proporcionalidade.

Isto é, considerando a procedimentalização inerente à teoria externa das restrições aos direitos fundamentais – em que, repita-se, o âmbito de proteção ao direito é a mais ampla possível – somente poderá haver exclusão da situação concreta do núcleo de proteção do direito fundamental na análise do caso concreto. Para tanto, vislumbrando a hipótese de restrição à elegibilidade, caberá ao magistrado avaliar se a hipótese de restrição é positivada no ordenamento jurídico, para avaliar se tal previsão tem a finalidade de resguardar algum outro valor constitucional. Vencidos esses requisitos, aí sim caberá a análise da proporcionalidade – adequação, necessidade e proporcionalidade estrita – da situação, para aferir a constitucionalidade da restrição.

A partir da análise de casos concretos, discorreu-se acerca de todas as condições de elegibilidade e causas de inelegibilidade previstas no texto constitucional, com destaque para as questões da alfabetização e inelegibilidade de parentes de chefes do executivo.

Do presente estudo, pode-se concluir que a grande maioria das posições já consolidadas pelos tribunais eleitorais acerca das matérias de elegibilidade e inelegibilidade constitucionais, de fato, encontram-se de acordo com a máxima da proporcionalidade e, em linhas gerais, prestigiam a ampla elegibilidade em detrimento das restrições excessivas.

No mais, é preciso reconhecer, igualmente, que além de privilegiar o direito à elegibilidade, ante as suas possíveis restrições que visam resguardar a higidez do processo eleitoral e alternância no poder, a Justiça Eleitoral tem demonstrado bastante acerto na adequação de dispositivos constitucionais obsoletos com a realidade política atual que prevê, expressamente, a hipótese da reeleição.

Por outro lado, é possível, também, encontrar posições ainda bastante restritivas na jurisprudência do Tribunal Superior Eleitoral, como é o caso da exigência de desincompatibilização do titular nos casos da candidatura de algum parente. Tal restrição, inclusive, resulta no tratamento desigual a situações que não mereceriam essa disparidade. No entanto, é forçoso reconhecer que esses posicionamentos mais restritivos encontram respaldo constitucional – a higidez do processo eleitoral – e são minoria absoluta na jurisprudência da Justiça Eleitoral.

Portanto, tanto quanto o possível, a jurisprudência do Judiciário Eleitoral tem adotado posicionamento bastante adequado, reconhecendo a importância dos direitos políticos como direitos fundamentais, conferindo-lhes, no mais das vezes, a máxima eficácia, o que se coaduna com a tese defendida no presente estudo.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. *Colisão e ponderação como problema fundamental da dogmática dos direitos fundamentais*. Palestra proferida na Fundação Casa de Rui Barbosa, Rio de Janeiro, em 10/12/98. Trad. de Gilmar Ferreira Mendes.

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. Coimbra: Almedina, 1987.

ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Curso de direito constitucional*, 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BARBOSA, Ana Paula Costa. *A legitimação dos Princípios Constitucionais Fundamentais*. Rio de Janeiro-São Paulo: Renovar, 2002.

BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais*. Rio de Janeiro-São Paulo: Renovar, 2002.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2009.

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. 6ª edição revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Saraiva, 2008.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 8ª edição revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Malheiros, 1999.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 10. edição. São Paulo: Malheiros, 2000.

BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes de. *História Constitucional do Brasil*. 4 ed. Brasília: Editora OAB, 2004.

BRANDÃO, Rodrigo. Emendas Constitucionais e restrições a direitos fundamentais. *Revista Brasileira de Direito Público - RBDP*, Belo Horizonte, ano 5, n. 17, abr. 2007.

BRASIL. GABINETE DA PRESIDÊNCIA. *Constituição Política do Império do Brasil de 1824*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao24.htm> Acesso em: 04 ago. 2010.

BRASIL. GABINETE DA PRESIDÊNCIA. *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1891*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao91.htm> Acesso em: 04 ago. 2010.

BRASIL. GABINETE DA PRESIDÊNCIA. *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1934*. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao34.htm>
Acesso em: 04 ago. 2010.

BRASIL. GABINETE DA PRESIDÊNCIA. *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1937*. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao37.htm>
Acesso em: 04 ago. 2010.

BRASIL. GABINETE DA PRESIDÊNCIA. *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1946*. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao46.htm>
Acesso em: 04 ago. 2010.

BRASIL. GABINETE DA PRESIDÊNCIA. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1967*. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao67.htm>
Acesso em: 04 ago. 2010.

BRASIL. GABINETE DA PRESIDÊNCIA. *Constituição da República Federativa do Emenda Constitucional nº 1 de 17 de outubro de 1969*. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc01-69.htm> Acesso em: 04 ago. 2010.

BRASIL. GABINETE DA PRESIDÊNCIA. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em: 04 ago. 2010.

CÂNDIDO, Joel José. *Direito Eleitoral brasileiro*. 11ª ed. rev. e atual. Bauru: Edipro, 2004.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. Coimbra: Almedina, 1991.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª edição. Coimbra: Almedina, 2003.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Estudos sobre Direitos Fundamentais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. *Direito Constitucional. Teoria do Estado e da Constituição. Direitos Constitucional Positivo*. 15ª edição. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

COSTA, Adriano Soares da. *Instituições de Direito Eleitoral*. 6ª ed. rev. ampl. e atual. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado*. 24 ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

DECOMAIN, Pedro Roberto. *Elegibilidade e inelegibilidades*. 2ª ed. São Paulo: Dialética, 2004.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 14 ed. São Paulo: Atlas, 2002.

DIAS, Eduardo Rocha. Os Limites às restrições de Direitos Fundamentais na Constituição Brasileira de 1988. *Revista Escola da Magistratura da 5ª Região*. Recife, n.13, mar.2007.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. Teoria Geral dos Direitos Fundamentais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. SP: Saraiva, 34ª ed., 2008.

FREITAS, Juarez. *A interpretação sistemática do Direito*. 3ª ed., rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2002.

GABARDO, Emerson. *Interesse Público e Subsidiariedade*. Belo Horizonte: Forum, 2009.

GOMES, José Jairo. *Direito Eleitoral*. 2. ed., rev., atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

GOMES, José Jairo. *Direito Eleitoral*. 3. ed., rev., atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica Na Constituição de 1988*. 14 ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federativa da Alemanha*. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Fabris, 1998.

KELBERT, Fabiana Okchstein. *A necessária ponderação entre a teoria da reserva do possível e a proteção do núcleo essencial dos direitos fundamentais*. Disponível em: <http://www.pucrs.br/edipucrs/online/III mostra/Direito/61738%20-%20FABIANA%20OKCHSTEIN%20KELBERT.pdf>. Acesso em: 29 ago. 2010.

LEAL, Hamilton. *História das Instituições Políticas do Brasil*. Rio de Janeiro, 1962.

LEAL, Victor Nunes. *Coronelismo, Enxada e Voto*. 3ª edição. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1997.

MARMELSTEIN, George. *Curso de Direitos Fundamentais*. 2ª edição. São Paulo: Atlas, 2009.

MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. 14 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 52.

MELO, José Tarcízio de Almeida. *Direito Constitucional do Brasil*. Belo Horizonte: Del Rey: 2008.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 17 ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

MELLO, Celso Antônio Bandeira. *Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade*. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Eficácia das Normas Constitucionais e Direitos Sociais*. São Paulo: Malheiros, 2010.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007.

MENDONÇA, Valda de Souza. *Voto livre e espontâneo. Exercício de cidadania política consciente*. Florianópolis: OAB/SC Editora, 2004.

MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Coimbra: Coimbra, 1988.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 19ª edição. São Paulo: Atlas, 2006.

MORAES, Alexandre de. *Direitos humanos fundamentais: teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência*, 3. ed. São Paulo: Atlas, 2000.

NICOLAU, Jairo. *História do voto no Brasil*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2002.

OLSEN, Ana Carolina Lopes. *Direitos Fundamentais Sociais. Efetividade frente à reserva do possível*. Curitiba: Juruá, 2008.

SAMPAIO, José Adércio Leite (Coord). *Jurisdição Constitucional e Direitos Fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

SAMPAIO, Nelson de Souza. *O Poder de Reforma Constitucional*. 3 ed. Belo Horizonte: Nova Alvorada, 1995.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

SCHIER, Paulo Ricardo. *Fundamentação da Preservação do Núcleo Essencial na Constituição de 1988*. Disponível em: http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/bh/paulo_ricardo_schier.pdf Acesso em: 29 ago. 2010.

SILVA, José Afonso da. *Comentário Contextual à Constituição*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*, 26. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2006.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. São Paulo: Malheiros, 2009.

STEINMETZ, Wilson. *A vinculação dos particulares a direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2004.

VALE, André Rufino do. *Eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2004.

VIEIRA, Oscar Vilhena. *Direitos fundamentais: uma leitura da jurisprudência do STF*. São Paulo: Malheiros, 2006.

ZILIO, Rodrigo Lopez. *Direito Eleitoral*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2008.