

UNIVERSIDADE DO VALE DO RIO DOS SINOS - UNISINOS
UNIDADE ACADÊMICA DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
MESTRADO INTERINSTITUCIONAL-MINTER UNISINOS/FACID
NÍVEL MESTRADO

ALEXANDRE DE CASTRO NOGUEIRA

O USO INADEQUADO DA INTERPRETAÇÃO DA LEI DAS INELEGIBILIDADES NA
JUSTIÇA ELEITORAL:

Críticas à interpretação teleológica como recurso hermenêutico interpretativo tradicional

São Leopoldo

2014

Alexandre de Castro Nogueira

O USO INADEQUADO DA INTERPRETAÇÃO DA LEI DAS INELEGIBILIDADES NA
JUSTIÇA ELEITORAL:

Críticas à interpretação teleológica como recurso hermenêutico interpretativo tradicional

Dissertação apresentada como requisito parcial
à obtenção do título de Mestre em Direito, pela
turma especial de Mestrado Interinstitucional-
Minter UNISINOS/FACID do Programa de
Pós-Graduação em Direito da Universidade do
Vale do Rio dos Sinos - UNISINOS
Área de concentração: Direito Constitucional

Orientadora: Prof. Dra. Têmis Limberger

São Leopoldo

2014

N778u Nogueira, Alexandre de Castro
O uso inadequado da interpretação da lei das inelegibilidades na justiça eleitoral: críticas à interpretação teleológica como recurso hermenêutico interpretativo tradicional / Alexandre de Castro Nogueira. -- 2014.
182 f. ; 30cm.
Dissertação (mestrado em Direito) -- Universidade do Vale do Rio dos Sinos, Programa de Pós-Graduação em Direito, São Leopoldo, RS, 2014.
Orientadora: Prof^a. Dr^a. Têmis Limberger.

1. Direito eleitoral. 2. Justiça eleitoral. 3. Interpretação Teleológica. 4. Inelegibilidade - Direito eleitoral. 5. Hermenêutica filosófica. 6. Decisão judicial. I. Título. II. Limberger, Têmis.
CDU 342.8

UNIVERSIDADE DO VALE DO RIO DOS SINOS - UNISINOS
UNIDADE ACADÊMICA DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO – PPGD
NÍVEL MESTRADO

A dissertação intitulada: "O USO INADEQUADO DA INTERPRETAÇÃO DA LEI DAS INELEGIBILIDADES NA JUSTIÇA ELEITORAL: críticas à interpretação teleológica como recurso hermenêutico interpretativo tradicional", elaborada pelo mestrando **Alexandre de Castro Nogueira**, foi julgada adequada e aprovada por todos os membros da Banca Examinadora para a obtenção do título de MESTRE EM DIREITO.

São Leopoldo, 20 de agosto de 2014.



Prof. Dr. **Leonel Severo Rocha**

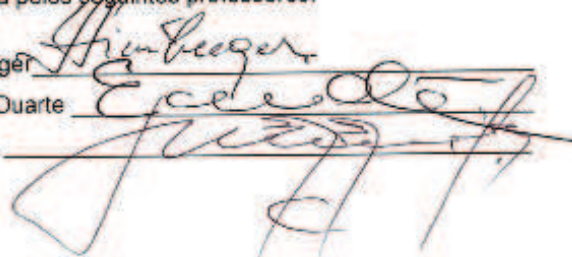
Coordenador do Programa de Pós-Graduação em Direito.

Apresentada à Banca integrada pelos seguintes professores:

Presidente: Dra. Têmis Limberger

Membro: Dr. Écio Oto Ramos Duarte

Membro: Dr. Lenio Luiz Streck



*Às duas grandes razões da minha vida:
Renata e Rafael, vocês são o significado
do amor incondicional. Juntos sempre!*

AGRADECIMENTOS

Aos amores da minha vida e razão maior do meu viver: Minha esposa Renata e meu filho Rafael. Por vocês, acordo, dia após dia, buscando melhorar enquanto pessoa, marido, pai e filho. Sem vocês nada disso teria sido possível.

Aos meus pais, Lina e Edmilson, e a lá, Maria da Cruz, por estarem sempre do meu lado, por sempre terem acreditado em mim e terem me permitido, ajudado, e incentivado a sonhar, além de me presentear com suas iluminadas presenças em minha vida.

Ao meu Sogro, Edvaldo, a minha Sogra, Ivone, a meu cunhado/irmão Raul, a minha cunhada Rafaela e a toda família Magalhães, pela grande força nos momentos difíceis dessa caminhada e por me mostrarem todos os dias que as expressões família e união podem sempre caminhar mais próximas uma da outra e gerar bons frutos, como o companheirismo, a alegria, a paz e o amor.

Aos meus colegas de escritório, por terem suportado e auxiliado em minhas ausências durante essa caminhada.

Aos amigos Diego, Malcon, Ítala e Francisca, pelas conversas construtivas ao longo dessa caminhada e pela grande força nesse trabalho.

A todos os Professores e funcionários do PPG em Direito da UNISINOS, por terem me revelado um mundo novo de conhecimento e me tornarem um novo profissional, uma nova pessoa.

Ao Amigo e Professor Lenio Streck, por desvelar um mundo que estava na minha frente, mudando minha visão sobre o Direito e pela amizade próxima e fraternal.

Aos colegas de Mestrado, pela construtiva troca de experiências e saudável convivência ao longo desses dois anos.

Aos colegas de caminhada espiritual, do Cajado de Luz e aos trabalhadores do Irmã Clara, pela força, auxílio e companheirismo na nossa caminhada.

À espiritualidade maior, pelo auxílio na busca do autoconhecimento que leva a elevação espiritual e por demonstrar diariamente a perfeição da Justiça Divina.

Enfim, muito, muitíssimo obrigado a todos que de alguma forma contribuíram para que este trabalho se tornasse uma realidade.

RESUMO

O presente estudo investiga a aplicação da Lei das Inelegibilidades (Lei Complementar nº 64/90) pelos Tribunais Eleitorais e o Supremo Tribunal Federal, que em sua atuação jurisdicional utilizam corriqueiramente do método intitulado de interpretação teleológica, que contraria a forma contemporânea de interpretar, mas encontra respaldo no art. 5º da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro, Decreto-lei nº 4.657/42. Com o objetivo de demonstrar que tal método interpretativo ofende o Estado Democrático de Direito aponta-se, através da análise de julgados, a existência de um padrão que deforma, sem qualquer justificativa, o sentido da norma levando a posicionamentos em desconformidade com a letra da lei e a Constituição Federal. O reconhecimento e a utilização da Hermenêutica contemporânea, calcada nos estudos de Heidegger e Gadamer, é identificada como correção à essa situação, vez que demonstra ser o sujeito não mais um mero observador do evento a ser interpretado, mas parte do próprio processo de compreensão. Surge então análise da importância do neoconstitucionalismo, que serviu para abalar somente o positivismo exegético, e não conseguiu superar a discricionariedade (im)posta pelo positivismo moderno, calcado nas teorias de Hart e Kelsen. Esse movimento incentivou o uso de princípios, confundindo valores com princípios, e normatividade de textos legais com vontade pessoal do intérprete. Na superação dessa cultura (anti-) hermenêutica, uma teoria da decisão judicial deve ser (re)apresentada, com fortes bases na hermenêutica filosófica e no reconhecimento de um direito fundamental à decisão judicial constitucionalmente adequada, como defende Lênio Streck em algumas de suas obras. Por isso se propõe um roteiro hermenêutico, como instrumento para inibir as soluções arbitrárias assentes na jurisprudência brasileira, firmada através de cinco critérios a serem observados na esteira de uma teoria da decisão judicial defendida por Streck, no processo de aplicação da lei, visando vincular o intérprete à Constituição, à Lei e aos fatos apresentados por meio do devido processo legal.

Palavras-chave: Justiça eleitoral. Interpretação teleológica. Lei das inelegibilidades. Subjetivismo. Hermenêutica filosófica. Teoria da decisão judicial.

ABSTRACT

This study investigates the application of the Law of ineligibility (Complementary Law No. 64/90) by the Electoral Courts and the Supreme Court, which in its jurisdictional action routinely use the method called teleological interpretation, which contradicts the contemporary form of interpreting, but finds support in the art. 5º of the Introductory Law to the rules of the Brazilian Law, Decree-Law No. 4.657 / 42. Aiming to demonstrate that such interpretative method offends the democratic state is pointed out, by analyzing judged, the existence of a pattern that deforms without any justification, the meaning of the rule leading to positions in violation of the letter of law and the Federal Constitution. The recognition and the use of contemporary hermeneutics, based on studies of Heidegger and Gadamer, is identified as a correction to this situation, it proves to be the subject no longer a mere observer of the event to be interpreted, but part of the process of understanding itself. Then comes analysis of the importance of neoconstitutionalism that only served to undermine the exegetical positivism, and could not overcome the discretion (im) posed by modern positivism, trampled on the theories of Hart and Kelsen. This movement encouraged the use of *pamprincípios*, confusing values with principles, and normativity of legal texts with personal will of the interpreter. In overcoming this culture (anti) hermeneutics, a theory of judicial decision must be (re) presented, with strong bases in hermeneutic philosophy and the recognition of a fundamental right to constitutionally adequate judicial decision, as advocated Lênio Streck in some of his works. Therefore we propose a hermeneutical script as a tool to inhibit arbitrary solutions based on Brazilian law, signed by five criteria to be followed in the wake of a theory of judicial decision defended by Streck, in the process of law enforcement, seeking to link the interpret the Constitution, the law and the facts presented by means of due process.

KEYWORDS: Electoral justice. Teleological interpretation. Law of ineligibility. Subjectivism. Philosophical hermeneutics. Theory of judicial decision.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	11
2 A CONSTRUÇÃO HISTÓRICA E JURÍDICA DA JUSTIÇA ELEITORAL NO BRASIL	21
2.1 Elementos socioculturais e políticos brasileiros:.....	22
O paternalismo ruralista como traço preponderante na formação da identidade brasileira.....	22
2.1.1 A construção sociocultural brasileira:.....	22
o fim da herança colonial e rural	22
2.1.2 O direito ao voto no Brasil até a criação da Justiça Eleitoral	34
2.1.3 A influência política na formação da Justiça Eleitoral e o papel de Joaquim Francisco de Assis Brasil.....	43
2.2 O avanço normativo:.....	46
do Código Eleitoral de 1932 à Lei da Ficha Limpa	46
2.2.1 A importância do Código Eleitoral de 1932.....	47
2.2.2 A Justiça Eleitoral nas Constituições Brasileiras, após o Código Eleitoral de 1932, e a recepção do Código Eleitoral de 1965 pela Constituição Federal de 1988.....	50
2.2.3 A Lei Complementar 64/90 (Lei das Inelegibilidades), as Leis Ordinárias 9.504/97, 9.840/99 e a mudança de paradigmas do Direito Eleitoral	57
3 A INTERPRETAÇÃO TELEOLÓGICA COMO RECURSO HERMENÊUTICO TRADICIONAL, A VIRAGEM ONTOLÓGICO-LINGUÍSTICA E A SUA NÃO (PERCEP/RECEP)ÇÃO PELO MODELO INTERPRETATIVO BRASILEIRO	66
3.1 A aplicação da Lei das Inelegibilidades, a Hermenêutica Filosófica e a <i>linguistic turn</i>:.....	68
De Heidegger a Gadamer.....	68
3.1.1 A Hermenêutica Filosófica e a interpretação:.....	71
primeira aproximação	71
3.1.2 A Hermenêutica Filosófica e a interpretação:.....	74
segunda aproximação	74
3.1.3 A Hermenêutica Filosófica e a interpretação:.....	78
Terceira e última aproximação	78
3.2 Estudo de casos em que a interpretação teleológica conduziu ao descumprimento do texto-norma interpretado	86

3.2.1 A categorização ou padronização da interpretação teleológica nos Tribunais Eleitorais e no STF.....	99
3.2.2 A Constituição Federal frente aos julgados criacionistas.....	104
4 A HERMENÊUTICA FILOSÓFICA COMO CONDIÇÃO DE POSSIBILIDADE PARA O DESVELAMENTO DO CASO FRENTE AO ORDENAMENTO JURÍDICO ELEITORAL BRASILEIRO.....	107
4.1 O descompasso constitucional da interpretação teleológica:	107
Uma crítica ao método de interpretação utilizado nas Cortes Eleitorais brasileiras.....	107
4.1.1 O art. 5º da LINDB, a interpretação teleológica e a Constituição Federal	108
4.1.2 Crítica ao método de interpretação finalístico/teleológico e sua inevitável discricionariedade.....	110
4.2 O ativismo judicial com brasilidade	111
4.3 A necessária defesa da ordem constitucional por meio da interpretação	121
5 A LEI DAS INELEGIBILIDADES, A HERMENÊUTICA FILOSÓFICA E A CRÍTICA HERMENÊUTICA DO DIREITO	130
5.1 O art. 23 da Lei das Inelegibilidades e a sua (in)constitucionalidade	130
5.2 O círculo hermenêutico na Justiça Eleitoral e as bases hermenêuticas da interpretação teleológica:.....	144
<i>A voluntas legis, o voluntas legislatoris e a sua inadequação à hermenêutica contemporânea.....</i>	144
5.3 O modelo hermenêutico contemporâneo de interpretar: a necessidade de adoção de um roteiro hermenêutico pelo intérprete das normas eleitorais e a sua compatibilidade com a Teoria da Decisão Judicial de Lênio Streck.....	148
6 CONCLUSÃO	165
REFERÊNCIAS.....	180

1 INTRODUÇÃO

Em pleno século XXI, em que a Justiça Eleitoral Brasileira tenta ser exemplo de eficiência para a sociedade, com suas urnas eletrônicas que franqueiam uma apuração rápida e dita segura, o intérprete usuário do Direito Eleitoral no Brasil se depara com o fato de que esse ramo especializado da Justiça pátria vem adotando a interpretação teleológica como padrão na solução das contendas que lhes são postas de uma maneira, bastante sólida e na visão deste trabalho, preocupante.

Quais seriam as razões para se fazer uso desse expediente? Seria uma ausência total de parâmetro interpretativo de todo o direito brasileiro ou uma acomodação daqueles que proferem decisões judiciais na Justiça Eleitoral, adotando outros parâmetros, que não a hermenêutica, e preferem ver prevalecer as suas impressões pessoais em detrimento do respeito ao ordenamento Jurídico?

A(s) resposta(s) para essa(s) pergunta(s) precisa(m) ser conferida(s) a partir de um estudo aprofundado da origem da própria Justiça Eleitoral, da verificação dos porquês da necessidade de o país ter que entregar a guarda das suas eleições a um dos Poderes constituídos, o Poder Judiciário, que teve que se especializar a tal ponto de ter um ramo da Justiça exclusivo para cuidar das questões eleitorais construindo um modelo só existente no Brasil.

Inobstante, é através do processo eleitoral que se forma a vontade popular dominante que legitima os representantes populares que influenciam diretamente na escolha dos dirigentes da Administração Pública, que darão as diretrizes do Estado durante o período em que ocuparem as posições de livre escolha dos mandatários. Uma condução errada desse processo de aplicação das leis eleitoras pode resultar em prejuízo para toda a coisa pública, o que vincula o trabalho à disciplina Estado e Administração Pública.

Por esse fato, faz-se necessário iniciar uma análise fazendo um relato da história do voto no país, desde os tempos coloniais, do flerte que a nossa sociedade teve e tem com a corrupção e o abuso de Poder através do uso de Instituições de grande respeito popular, como era com a Igreja Católica em um passado não muito distante e bem registrado pela história.

Observar-se-á a época das primeiras eleições regidas por marcos legais no Brasil, adentrando-se nas raízes coloniais ruralistas brasileiras, procurando estabelecer esse liame, colocando essa relação, por exemplo, do coronelismo com a

população, quando os Coronéis faziam as vezes de uma *longa manus* do poder público.

Devido a isso, é imperioso verificar o papel desses atores no estabelecimento, por exemplo, da mistura do público com o privado no Brasil, algo ainda visto fartamente nos dias de hoje, para então poder avaliar se a sociedade brasileira atual é ou não fruto desse momento histórico bem delineado pela doutrina.

Muito relevante será avançar na análise histórica da criação da Justiça Eleitoral, apontando a influência política que levou ao surgimento dessa Justiça Especializada, destacando o papel de figuras políticas históricas importantes nesse processo, tal como Joaquim Francisco de Assis Brasil, infelizmente pouco reconhecido pela doutrina jurídica como o grande responsável pela criação e estabelecimento da Justiça Eleitoral da maneira que ela se encontra até os dias atuais.

Tal colocação será primordial para se fazer uma consideração de cunho histórico, capaz de dar um norte ao trabalho, pois essa análise demonstrará que a influência política existe desde a criação da Justiça Eleitoral, fato que leva a uma reflexão para se saber se é, ou não, isso, fruto do momento do nascedouro dessa Justiça Especializada.

A partir daí, far-se-á uma análise histórica também das principais legislações eleitorais que teve o Brasil desde a criação da Justiça Eleitoral em 1932, instituída por meio do primeiro Código Eleitoral, feito via Decreto-Lei ainda na era Vargas. Serão frisados seus avanços e peculiaridades, com destaque para os textos constitucionais pátrios até o de 1988. Nessa análise é interessante o reconhecimento do fato de que a partir de 1932, todas as Constituições estabelecidas no Brasil passaram a dar espaço e registrar a presença da Justiça Eleitoral, fato que mostra a relevância que ela tem no ordenamento jurídico pátrio.

O trabalho relatará as transformações que o tempo impõe a qualquer ramo do direito, ou instituição que transpasse a mudança de regimes políticos e de sistemas de governo. Por isso é importante se fazer esse histórico, já que a legislação tem um desenvolvimento linear até um ponto crucial em que mudam seus paradigmas.

No final dos anos noventa, o arcabouço jurídico eleitoral passa a proteger o eleitor da mesma maneira que já protegia as eleições, buscando também resguardar a integridade do voto, de quem vota, de forma a considerar a usurpação de um só

voto um fato capaz de anular toda uma eleição, ou seja, de retirar a legitimidade de todos os outros votos recebidos por um candidato.

Através dessas transformações legais, alguns princípios do Direito Eleitoral também sofreram variações por parte da jurisprudência, o que gerou um verdadeiro rompimento do entendimento até dantes dominante e que, no entender deste trabalho, pode ter influenciado na postura ativista mais apegada a valores e sentimentos do que propriamente à ordem jurídica vigente que se identifica na atuação da Justiça Eleitoral nos últimos anos, sobretudo no que tange à aplicação da Lei das Inelegibilidades.

A ânsia justiceira trazida pela maior proteção legal do eleitor levou a Justiça Eleitoral a mudanças mais significativas ainda no seu arcabouço legislativo, de forma que ao se chegar na atual conjuntura da Justiça Eleitoral se constata uma atuação jurisdicional que busca cada vez mais a preservação de uma moral eleitoral subjetiva, muitas vezes em detrimento do próprio ordenamento jurídico posto.

Verifica-se que uma das principais legislações do setor, a Lei de Inelegibilidades, Lei Complementar 64/90, com as alterações feitas pela Lei Complementar 135/10 (a conhecida Lei da Ficha Limpa, fruto desse momento de mudança, de uma busca desenfreada pela moralização da política e dos políticos ainda que, em algumas ocasiões, por cima de garantias constitucionais) passou a ser alvo de uma forma de interpretar que não se coaduna com o ambiente constitucional do Estado Democrático de Direito vivido no Brasil, a interpretação teleológica.

Tal prática é possível de ser identificada através do estudo de julgados recentes da Justiça Eleitoral. A análise dessas decisões torna perceptível que isso tem sido uma constante no âmbito desse ramo da Justiça e que conta com a apreciação de quem atua na Justiça Eleitoral, algo que se pode afirmar e medir pelo silêncio da academia sobre o tema.

Tranquilamente se demonstra que esse proceder é a base para se decidir sobre o destino de cidadãos, do uso ou não de direitos políticos por pessoas, até com uma vida pública consolidada e que podem ser os responsáveis pelo destino de um Município, um Estado, ou, até mesmo, do País, dado o uso inadequado que a Lei de Inelegibilidades atualmente tem tido pelos intérpretes julgadores da Justiça Eleitoral; e a partir de premissas que deixam até o próprio texto da Lei de lado e

privilegiam uma intenção, uma busca de finalidade da norma, pelo aplicador da lei e intérprete.

Assim, é merecida essa atenção dispensada ao problema destacado, devido a assuntos tão importantes e polêmicos, com destaque para a aplicação da Lei das Inelegibilidades (Lei Complementar 64/90) com as modificações introduzidas pela Lei da Ficha Limpa (Lei Complementar 135/2010), norma que estabelece quem pode disputar cargos eletivos e exercer ou não a cidadania passiva, estarem sendo decididos através da utilização de regras de interpretação decorrentes da hermenêutica própria do século XIX.

As formas de interpretar, forjadas no citado período, privilegiam a busca pelo sentido da norma, tentando completar um sistema jurídico em que as garantias fundamentais não eram uma constante. Dito de outra forma, trata-se de um contexto que não pode ser comparado ao nosso atual sistema constitucional de um Estado Democrático de Direito.

Em função dessa realidade, este trabalho abordará tal temática com a análise de julgados da Justiça Eleitoral em relação às hipóteses de inelegibilidade, com destaque para questões que passaram a ser alvo de decisões judiciais a partir das mudanças introduzidas pela Lei da Ficha Limpa, objetivando investigar, a partir das decisões analisadas, se a opção do intérprete está adequada ou não ao ordenamento jurídico brasileiro e qual seria a melhor forma de superar a utilização desse método de interpretação, por isso o trabalho respeita a linha de pesquisa da Hermenêutica, Constituição e Concretização de Direitos.

Na busca aqui empreendida, será analisada a interpretação teleológica, também chamada pelos intérpretes julgadores de finalística ou teleologia da norma. Confundida algumas vezes por alguns com a interpretação sistemática, tem-se por base inicialmente que ela se apresenta, na verdade, como um instrumento para o afastamento do que está expresso no texto legal, seja ele constitucional ou infraconstitucional, e de privilégio aos entendimentos pessoais dos intérpretes julgadores, ou seja, é um instrumento de ode ao subjetivismo.

O trabalho buscará verificar como a Justiça Eleitoral, aplicando este mecanismo, tido por muitos como ultrapassado, ignora a virada hermenêutica estabelecida no último quadrante do século XX até os dias atuais, valendo-se de métodos antiquados, que ladeiam muitas vezes a lei e a Constituição Federal. Por isso, transforma o direito naquilo que o julgador, a pessoa física do juiz, pensa que

é, ou sente que é, preterindo as normas legais no sistema jurídico eleitoral que está posto no país.

Para tanto, colocar-se-á a forma pela qual a tradição brasileira, no que tange à interpretação das normas jurídicas, consolidou-se através de uma tradição romano-germânica onde o intérprete, diante de um problema, apenas enquadra o fato no texto jurídico, método este também chamado de subsuntivo¹.

Nessa oportunidade, será exposta uma crítica a tal método, uma vez que ele não confere uma segurança mínima necessária ao processo interpretativo, abrindo, desse modo, espaço para o uso desenfreado de princípios (pamprincipiologismo), visando ao preenchimento dos espaços que aparecem quando o intérprete se depara com uma situação não disposta especificamente numa norma legal.

Por isso, desferir-se-á crítica às amarras que alguns querem para o processo interpretativo, defendendo-se que tal proceder se dê de maneira ontológica. Dessa forma, avançar-se-á para a superação do tecnicismo do processo interpretativo, através dos ensinamentos da Hermenêutica Filosófica, bem como se colocará a superação do uso do direito através de uma metodologia científica, na medida em que se reconhece a linguagem como elemento imprescindível do processo interpretativo.

Nesse ponto, a linguagem passará a ser considerada a casa do ser pensante que interpreta, sendo, portanto, através dela que o intérprete se faz como tal. Por isso a necessidade da colocação dos parâmetros hermenêuticos, considerando sempre a temporalidade desse processo para se interpretar, destacando-se a obra de Heidegger e Gadamer, além de outros filósofos da linguagem como Wittgenstein.

Por isso, é extremamente necessário o reconhecimento dessa fase que se denomina giro ontológico-linguístico, pois aí se fixa o caminho do rompimento com o subjetivismo, com o paradigma da subjetividade, como o melhor caminho para se chegar a respostas filosoficamente mais relacionadas com os tempos vividos atualmente.

A linguagem é que deve fundamentar os entendimentos extraídos, uma vez que ela se trata da condição de possibilidade da revelação do sentido dos textos

¹ Método de abordagem do objeto da ciência do direito assim considerado por séculos, baseado na adequação dos fatos da vida ao texto-normativo legal, como um mero silogismo. Tal método, no entanto, apresenta o sujeito (observador) de forma isolada do objeto, estando a linguagem em uma dimensão intermediária entre este e aquele, como se tanto a linguagem quanto o objeto estivessem à disposição do sujeito (STRECK, 2011).

interpretados. Por isso a consciência, a subjetividade, do intérprete deve perder espaço para ceder passagem à linguagem como elemento conector que viabiliza as sinapses ontológicas.

Identificar que esse acontecimento da filosofia e da hermenêutica não foi percebido e nem recebido por boa parte da doutrina pátria e, principalmente, pelos Tribunais é um dos objetivos deste trabalho, o que se fará por meio da demonstração do uso da interpretação teleológica pela jurisprudência eleitoral.

Por conta disso, explicitar-se-á o que vem a ser a interpretação teleológica, adentrando em seu histórico, desde o seu criador Ruolf Von Ihering, e colocando as suas origens como método histórico-natural, até o seu estabelecimento em uma realidade onde o capitalismo sem freios imperava, desprovido de qualquer tipo de regulamentação do Estado.

Será colocado que na visão difundida pelo criador da interpretação teleológica, o sofrimento das pessoas era o maior fator de transformação social de sua época. Por isso, defendia que o direito deveria ter um fim social maior, já que o modelo de Estado da época não tinha, visto que predominava o capitalismo sem freios. Assim, o sujeito intérprete deveria agir e participar ativamente da criação do direito em favor da preservação de valores sociais.

Isso só gera mais expectativas na atuação do Poder Judiciário como solução dos problemas sociais. Consequentemente, identifica-se que, em grande parte das vezes quando se usa essa forma de interpretar, não há uma aplicação, mas uma modificação da Lei, o que reflete as vontades e os interesses justos do intérprete.

Entende-se, então, como imperiosa uma análise de qual(is) seria(m) os efeito(s) dessa maneira de interpretar no julgamento das causas, estudando casos e identificando comportamentos nesses julgados de maneira a categorizar o que se tem hoje nessas análises judiciais, principalmente no que tange ao uso e estabelecimento dos direitos políticos, através da interpretação teleológica.

Tais observações se fazem por demais pertinentes também pelo fato de o ordenamento jurídico brasileiro ter verdadeiras tentativas de positividade expressa dessa maneira de interpretar, quase como que abrindo mão de uma adequação à contemporaneidade do direito, como é o caso da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro.

O enfrentamento desse tipo de situação pela Constituição é necessário para que se perceba que tais normas são danosas a um ambiente constitucional em um Estado Democrático de Direito. Essa constatação é interessante para que posteriormente se possa apresentar o uso da hermenêutica da maneira que ela é trabalhada contemporaneamente, como uma condição de possibilidade para o desvelamento do direito frente à análise de casos concretos, além de destacar a importância de sua aplicação para que o cidadão tenha o melhor, em termos constitucionais, no que se refere às decisões judiciais.

Em seguida, apresentar-se-ão críticas à interpretação teleológica – que, por vezes, leva o resultado de um julgamento a destoar diretamente de um texto legal – para, posteriormente, comparar a conclusão dos julgados analisados nesta pesquisa com as normas que os fundamentam, categorizando os julgados pesquisados e informando a contribuição da interpretação teleológica para o ativismo judicial.

Por isso, é de primordial importância adentrar no estudo da Hermenêutica Filosófica, mas mergulhando em bases conectadas com a Filosofia, as quais possibilitam o estudo da maneira de se interpretar, desde o início dos estudos sobre esse tema. Com isso, demonstrar-se-á o descompasso entre o antigo método de interpretação teleológica e um ambiente constitucional de um Estado Democrático de Direito.

Será afirmado no trabalho que o apego a essa maneira de se interpretar privilegia demais a discricionariedade do intérprete, principalmente dos julgadores, fato que, no Brasil, como já dito, levou a um quadro próprio de ativismo judicial, para então se dizer da necessidade de se defender a ordem constitucional vigente no país através da interpretação mais adequada possível da Constituição Federal, reconhecendo a sua força normativa e a predominância que ela deve exercer em um país que tem o sistema jurídico existente no Brasil.

Por essa razão, consideram-se neste trabalho alguns textos legais, enfocando o desenvolvimento dos pensamentos de grandes filósofos sobre o ato de interpretar, fazendo-se, neste ponto, essencial o estudo da Hermenêutica de maneira mais aprofundada. Em função disso, abriu-se espaço para se discorrer sobre o reconhecimento de que um dos melhores lugares para se defender uma ordem constitucional é no momento de se interpretar os textos normativos do sistema jurídico vigente.

Daí se analisará o positivismo e a superação do exegetismo através de debates de grandes nomes tidos como positivistas da segunda metade do século XX, tais como Hart e Kelsen. Por isso, é imperioso reconhecer o neoconstitucionalismo como peça fundamental dessa superação e do avanço do poder normativo das constituições contemporâneas, mas negando uma releitura positivista, enfocada no uso discricionário de princípios como massa para encher espaços vazios do ordenamento jurídico, pois tal uso pode ser um perigo para a Democracia e confrontaria a viragem ontológico-linguística.

Nesse sentido, este estudo visa a reconhecer o círculo hermenêutico, na forma pensada por Heidegger e desenvolvida por Gadamer, como alternativa hermenêutica para os intérpretes da Justiça Eleitoral, para servir de padrão teórico na resolução das lides e para que se possa pensar em um roteiro hermenêutico a fim de dar mais segurança jurídica ao processo de interpretação inerente a esse importante ramo da Justiça Pátria.

Através do reconhecimento e do uso desse alicerce da hermenêutica contemporânea se pode chegar facilmente à identificação de pontos nevrálgicos do processo interpretativo do Judiciário Eleitoral, com destaque para a abertura, muito combatida neste trabalho, que o art. 23 da Lei de Inelegibilidades (Lei Complementar 64/90) confere ao intérprete, dando azo ao uso da interpretação teleológica e a um verdadeiro desrespeito a princípios constitucionalmente consagrados.

Essa parte é muito relevante, pelo fato de o trabalho demonstrar através do estudo das bases hermenêuticas da interpretação teleológica que esse método não se enquadra de nenhuma maneira no círculo hermenêutico, além de não se adequar à solução das lides, devido a um privilégio à visitação constante, na interpretação, ao texto da Constituição Federal, o que ressalta a necessidade de se avançar além da ideia de *voluntas legis* e *voluntas legislatoris*, dado a sua completa incompatibilidade com o círculo hermenêutico aqui já falado.

Por isso, o trabalho investigará a necessidade de se avançar na interpretação dos textos legais existentes através da demonstração do desenvolvimento da hermenêutica com o passar dos tempos, principalmente através da aplicação do que se tem de mais contemporâneo nesse tipo de estudo e defendendo a necessidade da adoção da Teoria da Decisão Judicial, nos moldes defendidos por Lenio Streck em várias de suas obras que serão abordadas nesta pesquisa.

Por isso, pugnará o trabalho, como já dito, a necessidade da adoção da citada teoria como padrão teórico-interpretativo na Justiça Eleitoral, entendendo que essa postura seria muito mais adequada à imagem vanguardista que tal ramo da Justiça brasileira propala, pelo menos quanto aos seus avanços na seara organizacional e administrativa, pois estaria se perfilando com o que se tem de mais contemporâneo e adequado a um sistema constitucional de um Estado Democrático de Direito, principalmente no que tange à interpretação das normas – algo que pode conferir segurança ao sistema jurídico e ao jurisdicionado – fundamentada em bases filosóficas sólidas e, principalmente, integradas ao sistema jurídico vigente no país, que se fundamenta na Constituição Federal.

O trabalho defende a adoção de um roteiro hermenêutico harmônico com a Teoria da Decisão Judicial trabalhada na obra de Lenio Streck, com a finalidade de evitar decisões ativistas, desconformes com o ordenamento jurídico brasileiro, propondo uma ferramenta que possa auxiliar julgamentos, na medida em que o intérprete/Juiz entenda que as decisões por ele proferidas devem guardar coerência com a Constituição Federal. Para tanto se propõe a adoção de seis critérios (ou parâmetros) para que a decisão judicial tenha o máximo de constitucionalidade possível.

Em todo esse percurso haverá o uso do método fenomenológico-hermenêutico, porque, para expor o problema apresentado, o trabalho adentrará na compreensão das causas históricas que resultaram no problema que a Justiça Eleitoral enfrenta atualmente.

A abordagem histórica servirá para demonstrar que os problemas refletidos pelos estudos de casos postos são inerentes à visão construída pela cultura em que a sociedade atual se insere, daí, reitera-se, a necessidade de mergulhar nos ensinamentos filosóficos de Heidegger, Gadamer, dentre outros, para entender e indicar uma solução para o problema que a Justiça Eleitoral tem hoje ao optar por decisões que privilegiam a filosofia da consciência.

Por isso, o trabalho se construirá com uma base hermenêutica, tendo a Constituição como alicerce de toda a análise e demonstrará que decisões judiciais adequadas à Constituição são um direito fundamental de todos os jurisdicionados, sendo necessário identificar em qual ponto e como o nosso sistema possibilita a concretização desses direitos, quais as garantidas dadas pelo sistema jurídico para que se tenha esse direito concretizado de maneira integral pelos cidadãos, de

maneira que estes desfrutem de uma segurança jurídica adequada ao ambiente constitucional brasileiro, quando alvos da Jurisdição Eleitoral.

É por essas razões que o trabalho se vincula à área de interesse da hermenêutica, constituição e concretização de direitos e comunica-se com a área de interesse em que atua a Professora orientadora, vez que engloba a análise do estabelecimento da estrutura Administrativa da Justiça Eleitoral como solução para o problema do preenchimento dos cargos eletivos no país, além do estudo de questões Constitucionais e busca da concretização de um direito fundamental de todos, que é o direito a uma decisão judicial constitucionalmente fundamentada.

Daí a grande valia de se defender uma oposição a posturas subjetivas como parâmetro das decisões judiciais, principalmente na Justiça Eleitoral, que, no entender deste trabalho, é o setor da Justiça Pátria que menos pode ter um déficit democrático-constitucional em sua atuação, ainda que se entenda que nenhum ramo do direito pode desfrutar de tal perda, na sua produção jurisdicional, haja vista tratar-se do ramo do Judiciário brasileiro que decide sobre a validade da maior festa democrática do país, que são as eleições diretas, e o mais importante que há nelas, o voto do eleitor/cidadão.

2 A CONSTRUÇÃO HISTÓRICA E JURÍDICA DA JUSTIÇA ELEITORAL NO BRASIL

O desenvolvimento de uma Justiça Eleitoral no Brasil remonta ao período do Brasil Colônia, quando se pensa em exercício do voto, e ao Estado Novo, quando se toma por base a institucionalização desse ramo da Justiça, vez que o seu marco legal inicial é o Código Eleitoral de 1932, legislação instituída por um Decreto-Lei que teve várias particularidades até a sua concepção.

É imperioso colocar dados que exponham um quadro que leve à compreensão de como se chegou a uma estrutura de Estado no Brasil, pois a partir desse ponto, analisando os problemas que esse momento histórico traz, pode-se perceber que o surgimento da Justiça Eleitoral se torna algo necessário.

Isso é deveras merecedor de atenção para que se entenda como o desenvolvimento desse modelo de Estado no Brasil exigiu a implantação de uma Justiça Eleitoral, quem contribuiu diretamente para isso e a partir de qual modelo o nosso foi pensado e desenvolvido.

A partir daí estabelecer-se-á o espaço dado pelas Cartas Constitucionais a esse ramo da Justiça Pátria e analisar-se-á a realidade em que surge o Código Eleitoral de 1932 e o que está atualmente vigente no país, para, posteriormente, estabelecer-se a atual Constituição Federal e a legislação complementar construída a partir de um mandamento constitucional dos mais importantes, quando se pensa em exercício de direitos políticos no Brasil de hoje, que é a Lei das Inelegibilidades (Lei Complementar 64/90), com as alterações dadas pela Lei da Ficha Limpa (Lei Complementar 135/2010).

Essa parte do presente trabalho é, pois, relevante pelo fato de não ser adequado apenas identificar os problemas que a Justiça Eleitoral apresenta hoje, mas também buscar compreendê-los, mergulhando em suas respectivas construções, ao longo do tempo, para verificar como a situação atual se consolidou e abriu asas, por exemplo, para o protagonismo judicial vivenciado atualmente nesse ramo da Justiça brasileira, bem como para, a partir desse ponto, desenvolver uma ideia que pode ajudar a solucionar esse problema.

2.1 Elementos socioculturais e políticos brasileiros:

O paternalismo ruralista como traço preponderante na formação da identidade brasileira

Toda a estrutura da sociedade brasileira teve sua origem fora dos meios urbanos, uma civilização de raízes rurais. Por essa razão, é salutar que se pontue como esse desenvolvimento do nosso país teve reflexos no surgimento da Justiça Eleitoral, pois algumas características da sociedade praticamente impuseram uma mudança de postura no tratamento das eleições no Brasil, sendo melhor se iniciar colocando a forma em que a sociedade, enquanto organização estabeleceu-se no Brasil para se ter essa compreensão.

2.1.1 A construção sociocultural brasileira:

o fim da herança colonial e rural

Nos séculos iniciais da ocupação europeia é que se concentra a vida das colônias, as cidades eram simples dependências delas, uma verdadeira extensão dessas (HOLANDA, 1995). Nesse contexto é importante colocar como essa estrutura de Estado atravessou o Atlântico, até mesmo porque, quando da chegada da família real ao Brasil, não se pode afirmar categoricamente que havia uma estrutura de Estado forte nem mesmo em Portugal, caso se pense em Estado com uma visão moderna.

Com isso, é necessário o reconhecimento de que o Estado português era diferente do resto da Europa e que a colonização aqui empreendida também guardou certa distância em relação às demais que foram feitas por outras potências europeias da época, em suas respectivas colônias.

Esse quadro é muito bem delineado por Faoro (2012, p. 142-143):

O Estado, visto o sistema privado de colonização, não atravessou o oceano, nem se perpetuou, com o aparelhamento exportado, neste lado do Atlântico. **Os ingleses transmigrados formaram sua própria organização política e administrativa, esquecidos do superado resíduo feudal. Não os contaminou a presença vigilante, desconfiada e escrutadora do funcionário reinol: por sua conta, guardadas as tradições de self-government e de respeito às liberdades públicas, construíram as próprias instituições.** A Inglaterra dispunha, no momento da transmigração,

de um arsenal de homens e mulheres acostumados ao duro trabalho agrícola, sem que o desdém do cultivo da terra pelas próprias mãos os contaminasse, desdém aristocrático e ibérico. (grifo nosso)

Essa situação levou à formação de uma classe econômica que serviu como indutora do desenvolvimento das colônias inglesas, que, muito por conta desse tipo de colono, teve um desenvolvimento bem diferenciado daquele que se deu, por exemplo, no Brasil.

O tipo de concepção dos colonizadores ingleses e portugueses foi capaz de produzir uma classe de colonos diferentes, no caso das colônias inglesas, conforme a doutrina de Faoro (2012, p. 142-143) expõe:

Uma classe média — o yeomen —, proprietária de pequenas fazendas, industriosa e de espírito livre, fornecia o modelo das ambições do proletariado agrícola, liberto da servidão há dois séculos. Uma última nota no quadro diferencial: o inglês trouxe a sua mulher para a colônia, ao contrário do português, que a esqueceu, preocupado com a missão de guerra e de conquista, adequada ao homem solteiro. Mulher sem o cuidado do ócio, para a qual o escravo supria os trabalhos domésticos, devotada ao cultivo, à colheita, às tarefas industriais e domésticas, ao trato com empregados. Os casais recebiam das companhias colonizadoras o dobro das terras, sugerindo o trabalho duplo, no arado e no cuidado da choupana. A família não sofreu, com a ausência do ócio feminino, a marca patriarcal, a nobreza poligâmica, a complacência da miscigenação. As relações inter-raciais, este é o outro lado da medalha, não se suavizaram, fechadas as oportunidades do priápico aproveitamento do indígena. O traço secundário — a fixação do excedente demográfico, excedente físico e econômico — conquistou o primeiro plano, recobrando a face mercantilista da travessia do mar, passagem ajudada pela expansão capitalista, do capitalismo industrial que o inglês projetou no mundo.

Aqui se fez o traço que diferencia o modelo de colonização inglês do português: um planejou um prolongamento do Estado e o outro intentava tirar os dependentes da coroa, da corte real, do seu guarda-chuva, dando mais liberdade àqueles que tentariam a nova vida distante do cobertor real.

Havia incentivos por parte dos portugueses para a colonização das novas terras descobertas, mas não se dotava, quem ia, do mínimo necessário para se desamarrarem das tranças reais, pois queriam manter o poder sobre os colonos. Por isso, de certa forma, amarravam o desenvolvimento econômico de suas colônias, como bem explica Faoro (2012, p.142-143):

O inglês fundou na América uma pátria, o português um prolongamento do Estado. A Inglaterra, hostil à centralização, vencida a transação do feudalismo com o capitalismo, repeliu o paternal guarda-chuva real. Os dissidentes da ortodoxia religiosa, desde os primeiros passos nas praias americanas, respiraram o ar da liberdade contra injunções políticas da metrópole. A sobrevivência aristocrática nas suas instituições não perturbou a autonomia comercial e industrial, sem se constituir numa burocracia de nobres, sobrevivência alheia ao controle do Estado. Portugal, na era seiscentista, estava sufocado pelo Estado absoluto, centralizador, armado de um estamento que consolidava a supremacia e o controle da realeza em todos os negócios, empresas, aventuras e planos. Seria perigoso erro de perspectiva medir a conquista e a colônia como realidades alheias às metrópoles, de onde lhes vinha o sangue e a respiração, umbilicalmente. A partir do século XVII, a situação se alterará, por efeito do centrifugismo territorial, sem quebrar o comando de Lisboa, infiltrado em todos os poros de vida da área portuguesa.

Nesse contexto monárquico o que se tinha eram os fazendeiros escravocratas e os seus filhos, todos formados em profissões liberais, monopolizando a política, dominando todas as posições de mando da sociedade, e fundando a estabilidade das instituições nesse contestado domínio (HOLANDA, 1995).

Mas, em 1851, praticamente quarenta anos depois da chegada da família real ao Brasil, tinha início o movimento regular de constituição das sociedades anônimas e nos anos seguintes aconteceram inúmeras inovações, como, por exemplo, a criação do segundo Banco do Brasil (HOLANDA, 1995) – embora haja quem entenda que tenha sido o terceiro (GUIMARÃES, 2003) –, além da centralização monetária e de oferta financeira na principal praça mercantil e financeira do Império, o que seria um marco para a modificação da estrutura política, social, econômica e administrativa do Brasil.

Essas transformações abriram caminho para uma liquidação mais ou menos rápida da velha herança colonial e rural e, indubitavelmente, levaram a uma necessidade organizacional que acobertasse as demandas que vinham junto às mudanças econômicas que estavam se consolidando no Império (HOLANDA, 1995).

Não é por coincidência cronológica que um período de excepcional vitalidade nos negócios, e que se desenvolve sob a direção e em proveito de especuladores geralmente sem raízes rurais, tenha ocorrido nos anos que se seguem imediatamente ao primeiro passo dado para a abolição da escravatura (HOLANDA, 1995).

À sombra do comércio negreiro formavam-se grandes fortunas, que tendiam a mobilizar contra a introdução de escravos. Os interessados no negócio tinham logrado organizar uma extensa rede com a intenção de salvaguardar o exercício franco de suas atividades, e onde os interessados no tráfico tiveram oportunidade de promover, mesmo, e principalmente, depois de 1845, o ano de Bill Aberdeen (legislação britânica que proibia o comércio de escravos entre África e América), um comércio cada vez mais lucrativo e que os transformaria em verdadeiros magnatas do Império. Porém, o golpe dado pela Lei Eusébio de Queirós (legislação brasileira do segundo Império, 1850, que impedia o comércio interatlântico de escravos) fez com que o tráfico negreiro caísse (HOLANDA, 1995).

Com a extinção desse comércio ficaram disponíveis capitais de algumas das maiores fortunas da época, todas comprometidas com a importação de negros, abrindo possibilidades de investimentos em outros ramos de negócios. A ânsia de enriquecimento, favorecida pelas excessivas facilidades de crédito, contaminou logo todas as classes e foi uma das características notáveis desse período próspero (HOLANDA, 1995).

Eram mundos diferentes, com mentalidades opostas, que se hostilizavam e que apresentavam muitas resistências às mudanças que vinham ocorrendo na época, o que nos mostra a imaturidade do Brasil escravocrata para transformações que lhe alterassem profundamente a sua fisionomia.

Nesse sentido, Sergio Buarque de Holanda (1995) diz, a respeito da Lei Ferraz, de 22 de agosto de 1860, a qual baixava taxas para a importação de máquinas e equipamentos, que essa lei veio precipitar uma crise comercial, que foi o desfecho normal de uma situação rigorosamente insustentável nascida da ambição de vestir um país, ainda preso à economia escravocrata, com os trajes modernos de uma grande democracia burguesa.

Em relação à política, intimamente ligada a questões administrativas e ao poderio econômico, um indivíduo filiado a determinado partido político assumia compromissos que não podiam ser rompidos sem felonias, pertencendo assim de modo bem distinto a um círculo de ideias, dando mostra do que eram as relações políticas do período (HOLANDA, 1995).

Conforme escrevia em 1885 o naturalista norte-americano Herbert Smith (1922, p. 182):

Vigora [no Brasil] quase universal a ideia de que é desonroso para uma pessoa abandonar seu partido; os que o fazem são estigmatizados como traidores [...] esse espírito de fidelidade é bom em si, porém mau na aplicação; um homem age necessariamente mal quando se retira de um partido político: às vezes o mal está em apegar-se a ele.

Com relação aos engenhos, esses constituíam um organismo completo, que bastava a si mesmo, inclusive e principalmente no que tange à representação e à participação política, que era inerente à influência econômica. Daí a necessidade de se mergulhar nesse universo para tentar entender como a formação de uma estrutura de Estado chegou a gerar a necessidade de um Judiciário para “cuidar” do processo de escolha dos representantes políticos brasileiros.

Tudo se fazia conforme a vontade dos proprietários das terras. A família, nos domínios rurais, era organizada segundo as normas clássicas do velho direito romano-canônico, mantido na Península Ibérica através de inúmeras gerações como base e centro de toda a organização social.

A esfera doméstica foi a que menos tolerou pressão de fora, o grupo familiar mantinha-se imune a qualquer abalo, sem interferência de qualquer princípio superior que viesse a perturbá-lo ou oprimi-lo, e, como consequência, existiam poucos freios para a tirania do pátrio poder. Esse quadro se torna tão poderoso que chega a perseguir indivíduos que estão fora desse meio.

A entidade privada precede sempre, nesse contexto, a entidade pública. A família patriarcal fornece o modelo por meio do qual hão de se calcar, na vida política, as relações entre governantes e governados, ou seja, há uma mistura entre privado e público, algo que pode ser a raiz dos problemas enfrentados hoje na condução da coisa pública no Brasil.

O doutrinador José Murilo de Carvalho (1996, p. 144) afirma que:

O governo trazia para a esfera pública a administração do conflito privado, mas ao preço de manter privado o conteúdo do poder. Os elementos não pertencentes à camada dirigente local eram excluídos da distribuição dos bens públicos, inclusive da justiça. O arranjo deu estabilidade ao Império, mas significou, ao mesmo tempo, uma séria restrição à extensão da cidadania e, portanto, ao conteúdo público do poder. O governo se afirmava pelo reconhecimento de limites estreitos ao poder do Estado.

A saída do campo de lavradores e senhores de engenho para a cidade, devido à queda da lavoura, por conta da decadência do tráfico de escravos, e a concomitante ascensão dos centros urbanos trouxeram consigo a mentalidade, os preceitos e, tanto quanto possível, o estilo de vida que tinham sido atributos específicos de sua primitiva condição (HOLANDA, 1995).

Essa corrida levou a uma improvisação quase que forçada de uma espécie de burguesia urbana no Brasil, induzindo a organização estatal e, em certas peculiaridades, do patriciado rural, que logo se tornaram comuns a todas as classes como norma ideal de conduta.

Na ausência de uma burguesia independente, os candidatos às funções novamente criadas eram indivíduos da mesma massa dos antigos senhores rurais, portanto, portadores da mesma mentalidade característica dessa classe, o que possibilita concluir que toda ordem administrativa do país durante e depois do Império possui ligação íntima com o velho sistema senhorial, como bem escrevem os doutrinadores Anselmo Laranja e Sebastião Franco (2005, p.11):

A Constituição em vigor desde 1824 a 1889 estabelecia o voto censitário e dava continuidade à influência que sobre o país exercia a aristocracia rural. O poder moderador colocava no rei poderes imensos, apesar de entre nós funcionar um parlamentarismo que muitos chamam de 'parlamentarismo às avessas'. O surgimento dos partidos políticos, em especial o Partido Conservador e o Partido Liberal em vigor no Segundo Reinado, mantém o poder da elite agrária. Tem início todo um jogo da política interna no qual é mantida, sob formas diferentes, a indistinção entre o público e o privado que caracterizaram o Estado patrimonialista e burocrático do período colonial.

O predomínio esmagador do ruralismo, segundo todas as aparências, foi antes um fenômeno típico do esforço dos colonizadores do que uma imposição do meio. Ainda durante a segunda metade do século XVIII persistia bem nítido o estado de coisas que caracterizava a vida colonial do Brasil desde os seus primeiros tempos.

A tese de que o Estado nasce da ampliação do círculo familiar e que há uma integração de certos agrupamentos, na qual a família é exemplo, trata-se de um prejuízo romântico que teve seus adeptos no século XIX. Os defensores dessa posição acreditavam que o Estado e suas instituições descenderiam em linha reta e por simples evolução, da família.

Segundo Sergio Buarque de Holanda (1995, p. 143):

Só pela transgressão da ordem doméstica e familiar é que nasce o Estado e que o simples indivíduo, se faz cidadão, contribuinte, eleitor, elegível, recrutável e responsável, ante as leis da Cidade. Há nesse fato um triunfo do geral sobre o particular, do intelectual sobre o material, do abstrato sobre o corpóreo e não uma depuração sucessiva, uma espiritualização de formas mais naturais e rudimentares, uma procissão das hipóstases, para falar como na filosofia alexandrina. A ordem familiar, em sua forma pura, e abolida por uma transcendência.

Na concepção contemporânea, a educação familiar deve ser apenas uma espécie de propedêutica da vida fora da família, seguindo rumos opostos aos que preconizavam os antigos métodos de educação. Estabelecimentos de Ensino Superior, sobretudo os cursos jurídicos, fundados desde 1827 em Olinda e São Paulo, contribuíram para a formação de homens públicos capazes. Transplantados para longe dos pais, muito jovens, os 'filhos aterrados', só por essa forma, conseguiam alcançar um senso de responsabilidade que lhes fora até então vedado (HOLANDA, 1995).

Porém, nem sempre o vínculo doméstico era apagado. Por isso mesmo Joaquim Nabuco (1936, p. 188) pôde dizer que 'em nossa política e em nossa sociedade [...], são os órfãos, os abandonados, que vencem a luta, sobem e governam'.

Como visto, no Brasil, desde tempos remotos, predominou o tipo patriarcal de família, já explicado anteriormente, fato que veio a acarretar um desequilíbrio social, cujos efeitos perduram até os dias atuais, como muito bem aponta Edgar Carone (1978, p. 269):

Ao sentido de oligarquia enquanto governo cuja autoridade está nas mãos de poucos, o Brasil agregou uma especificidade a mais: a do governo baseado na estrutura familiar patriarcal. Tendo se originado no Império, as oligarquias adquiriram maior estabilidade na República, em razão do federalismo e do coronelismo.

Esses traços históricos se desenharam na estruturação do Estado brasileiro, com a mistura entre o público e o privado, do interesse econômico com o político, que levou à utilização de todos os meios imagináveis para que grupos se perpetuassem no poder, em suas diversas esferas, com destaque para os efeitos do

Coronelismo, como bem escreveram Anselmo Laranja e Sebastião Franco (2005, p.13):

Em vista da cultura política vigente naquele momento histórico, essas elites mantinham sua liderança através do autoritarismo e dos favores que concediam a seus aliados. Entretanto, '[...] os favores concedidos não procedem somente dos seus bens pessoais, mas aproveita-se das rendas e poder do Estado para uma política individual' (CARONE, 1978, p.270). É a continuidade da confusão entre o público e o privado, abrindo brechas para práticas que hoje seriam identificadas como corruptas.

Daí, teve-se por configurada toda uma situação que permitiu uma corrida desenfreada em direção à manutenção do poder, seja de que forma fosse, levando, conseqüentemente, a fraudes eleitorais como pontuado, também, por Anselmo Laranja e Sebastião Franco (2005, p. 14):

Por isso, as eleições para o Poder Legislativo, por exemplo, passaram a ser realizadas sob um esquema eleitoral marcado por fraudes e desmandos, uma vez que os chefes políticos locais, os coronéis, eram os responsáveis pela qualificação dos eleitores, pela tomada e apuração dos votos, e ainda, influenciavam na composição das comissões de alistamento e mesas eleitorais.

A necessidade de se conferir higidez ao processo de escolha dos representantes políticos se fez premente devido ao sem número de fraudes perpetradas pelos poderosos da vez, com destaque, como visto, para os Coronéis que controlavam a maior parte do eleitorado nesse período, sendo uma verdadeira *longa manus* dos detentores do poder da época, como bem coloca Faoro (2012, p. 743):

Sempre que um chefe se desprestigiava, prejudicando as eleições ou 'desgostando' o governador, perdia o lugar, para outro, em geral ávido de elevar-se, em impiedosa concorrência, muitas vezes estimulada pelas rivalidades familiares. O coronel, por isso que se integra no poder estadual, constituindo o governador a espinha dorsal da vida política, representa uma forma peculiar de delegação do poder público no campo privado.

A figura do Coronel era mais do que emblemática, tinha a cara do poder estatal, nada se realizava para a população com menor poder aquisitivo, sem a sua intervenção direta. Com essa prática os Coronéis amealhavam prestígio políticos e

alimentavam a sua legião de seguidores, através de uma relação de dependência econômica e financeira. Esse quadro é perceptível no texto de Faoro (2012, p. 752):

O coronel fazia a política e complementava a administração pública, no âmbito municipal, dentro do partido, partido único mas não monolítico, tumultuado na base por dissensões de famílias e grupos, sedentos da conquista do poder, que, por não ser reconhecido burocraticamente, se volatiliza, entregue às ambições e aos interesses. O coronelismo se manifesta num 'compromisso', numa 'troca de proveitos' entre o chefe político e o governo estadual, com o atendimento, por parte daquele, dos interesses e reivindicações do eleitorado rural. As despesas eleitorais cabem, em regra, ao coronel, por conta de seu patrimônio.

Em verdade, se tratava de um jogo de poder onde as práticas não eram nada republicanas, pois o prestígio e o poder político conquistados com práticas assistencialistas, eram alvos de trocas de favores advindos dos detentores do Poder Público, como bem acentua o mesmo autor, Faoro (2012, p. 752):

Em troca, os empregos públicos, sejam os municipais ou os estaduais sediados na comuna, obedecem às suas indicações. Certas funções públicas, não institucionalizadas, estão enfeixadas em suas mãos. Daí que o coronel, embora possa ser oposicionista no âmbito municipal — coronel contra coronel —, há de ser governista no campo estadual e federal. O coronel Manuel Inácio, do sertão pernambucano, conhece a boa doutrina: 'O governo mudou, mas eu não mudo: fico com o governo'. Um discípulo seu será mais categórico: 'Em política, eu sou intransigente: voto no governo'.

As condições ideais para que uma figura como a do Coronel se estabeleça em um determinado lugar só se dão em um contexto onde as pessoas não tenham a atenção devida do Poder Público, ou seja, quando há um distanciamento desse Poder das pessoas que precisam dele para dispor do mínimo para a sua vida.

Por essa razão é que se afirma só haver condições para um Coronel se estabelecer em um contexto rural, tal qual havia no Brasil no final do século XIX e começo do século XX. Naquela quadra histórica se deram as condições necessárias para o fortalecimento do seu trabalho, conforme defende Faoro (2012, p.755):

A situação política do coronel se manifesta nos seus serviços de intermediação, como já se notou. Ele é inseparável da sociedade agrária, matando-a, em morte lenta, a urbanização e a crescente comercialização dos interesses. Expande-se e floresce, além disso, na incapacidade financeira dos municípios, dependentes,

nos serviços essenciais, da estrutura estadual, que os socorre com a polícia e a justiça, nos empreendimentos de obras públicas. O coronel pleiteia e distribui, protege e mobiliza a segurança coletiva.

A dependência econômica da figura do Coronel, muitas vezes, levava a uma dependência afetiva, de forma que as pessoas entregavam a esse líder até a sua forma de pensar, como se fosse – na verdade eram – a massa de manobra dos seus interesses, pelo fato de entenderem que o que fosse bom para o Coronel era bom para os seus ‘dependentes’. Dessa forma, fixava-se uma verdadeira dependência moral, que bem representava a ‘proteção’ que lhes era dada.

Esse era um traço forte dessa relação, algo bastante anotado pelos estudiosos do assunto, como bem identificou Faoro (2012, p. 755):

O eleitor vota no candidato do coronel não porque teme a pressão, mas por dever sagrado, que a tradição amolda. De outro lado, não se compra o voto, ainda não transformado em objeto comercial só passível de barganha entre partes livres, racionalmente equivalentes. [...]

A origem de seu poder, mais do que da situação econômica, deriva do prestígio, da honra social, tradicionalmente reconhecido. Não se confunde, ao contrário da crença corrente, com modalidade ou derivação do domínio patriarcal.

Esse contexto leva a um quadro de insurgência social, dado o desconforto gerando por essa situação que não se adequava à Democracia que pessoas importantes do meio político e econômico sonhavam para o Brasil. Por isso, a partir do início da primeira metade do século XX, figuras proeminentes da República se organizaram para pensar uma estrutura estatal, dentro do Poder Judiciário, que melhorasse o processo de escolha dos representantes do povo, em verdade, que tornasse essa escolha mais democrática. Desse quadro é que surge a Justiça Eleitoral.

Por ironia do destino, ou não, esse ramo do Poder Judiciário brasileiro é instituído através de uma normativa que não era própria de um regime democrático, um Decreto-Lei, até mesmo porque, na época não se vivia um Estado Democrático de Direito no Brasil, mas essa história será alvo deste trabalho mais adiante.

Conforme se depreende do histórico já apontado, e daquilo que se passou no Brasil, durante o século XIX, a sociedade brasileira passou por mudanças fundamentais nos campos políticos, sociais e, conseqüentemente, na forma de ver e

entender a nova realidade que estavam vivendo, pois conviveu com uma concentração de poder em uma parcela da população muito ligada à herança ruralista colonial.

Foi nesse período, já descrito anteriormente neste trabalho, que se mudou a forma de governo, foi feita uma Constituição, iniciou-se a substituição do trabalho escravo pelo trabalho assalariado nas fazendas de café e em outras lavouras brasileiras que se modernizaram. As cidades cresceram e nelas as primeiras indústrias se instalaram.

É preciso entender que a criação da Justiça Eleitoral traz várias marcas, ruins e boas, do processo de independência do Brasil, que se estendeu do final do século XVIII (1789) – ponto de partida de manifestações como a Conjuração Mineira, seguida da baiana e carioca – e prolonga-se até meados do XIX (1850, mais precisamente), quando se consolida a Monarquia Constitucional e censitária com a repressão ao último movimento rebelde deste período, a ‘Praieira’, em Pernambuco (HOLANDA, 1995).

Foi um longo, penoso e violento período em que ocorreram enormes transformações mundiais devido, sobretudo, ao advento da Revolução Francesa (1789) e da Revolução Industrial na Inglaterra (1798), marcando o início de um período de revoluções no mundo, denominado de ‘Era das Revoluções’.

Devido à explosão industrial, os conflitos na Europa se tornam inevitáveis. Os camponeses começam a ter consciência de que enquanto eles trabalham muito, seus patrões estão lucrando alto. Esse movimento se dá como 2ª Onda Liberal ou Primavera dos povos, movimento revolucionário dos setores fortalecidos pela 1ª Onda Liberal (liberais, nacionalistas, republicanos, proletários, socialistas) contra o poder exclusivo dos altos burgueses e também dos reis absolutistas que ainda existiam.

Todos esses acontecimentos levaram ao assentamento de uma centelha revolucionária que se desenvolveu e teve como um de seus frutos a instituição de um Código Eleitoral em 1932, com a criação da Justiça Eleitoral, algo que estava sendo, como dito anteriormente, necessário para a consolidação do Estado brasileiro.

Até mesmo porque os primeiros anos de República, até o ano de 1930, foram anos que mostraram, conforme já bem demonstrado neste trabalho, uma República dos Coronéis, conforme já retratado nas lições já expostas de Faoro (2012), quando

a corrupção era algo comum, tal qual a mistura entre o público e o privado, fato já reportado aqui, e bem definido por Anselmo Laranja e Sebastião Franco (2005, p. 13):

No final do século XIX, a figura do coronel já estava consolidada, de forma que, entre 1889 e 1930, foram firmadas as bases para o estabelecimento da República dos Coronéis. A passagem do regime imperial para o republicano acentuou e exacerbou a função eleitoral do coronel da Guarda Nacional. Foi ele quem atrelou os chefes políticos municipais ao governo estadual, com a atrofia dos núcleos locais. O coronel fazia a política e complementava a opinião pública no âmbito municipal. A proclamação da República significou, assim, a ascensão dos coronéis ao “[...] primeiro plano da cena política” (VASCONCELLOS, 1995, p.59).

Todo esse histórico leva, já na primeira metade do século XX, a uma onda de revoltas sociais/políticas e tem como uma de suas grandes vitórias a já citada criação do Código Eleitoral em 1932. A população de um modo geral estava cansada de uma classe política, que ao mesmo tempo em que lhe cerceava vários direitos fundamentais, não lhes representava.

É possível se dizer que as mudanças surgidas no Brasil nesse período foram frutos de uma hipercomplexidade do quadro social, que trouxe à tona a necessidade de revisão da distribuição do poder. Vale fazer um destaque para o quadro mundial da época, principalmente quanto à configuração do Estado, pois nesse mesmo período há várias alterações nessa conjuntura, tendo um importante momento institucional (LAMBERT, 2000) como ponto de partida na década de 1940, com a assinatura do Tratado de Brenton Woods em 1944.

Como exalta Chevalier (2009, p. 250) a respeito, a globalização econômica comportava também um ‘risco sistêmico’ em razão da velocidade com que os desequilíbrios econômicos se propagaram de um país ao outro, o que possibilitou um golpe final ao mito de uma suposta ‘globalização feliz’, eliminando a crença do capitalismo se autorregular. Segundo o autor, as mudanças que afetam o Estado são apenas um dos aspectos dessa mutabilidade, tornando indissociáveis os movimentos subjacentes que agitam o social.

Assim, é a partir da evolução dos acontecimentos históricos que se discorrerá a seguir, mas, de antemão, é possível antecipar que o surgimento e o desenvolvimento da Justiça Eleitoral no Brasil é um sinal da mudança de estágio do Estado Brasileiro.

Essas modificações podem ser pontuadas melhor a partir da explosão do movimento sulista liderado por Assis Brasil. Naquela quadra histórica, Getúlio Vargas promulga o Código Eleitoral, tanto em respeito a um acordo feito previamente com o próprio Assis Brasil, em troca de apoio ao golpe de 1930, quanto pelo fato de saber que a política chegara a um ponto insustentável, pois as fraudes eleitorais não tinham freio, tendo ele visto a necessidade de o Judiciário controlar e reger o processo de escolha dos representantes políticos, além de ter pensado em agradar as classes populares e prevenir, claro, novas tentativas de golpes.

2.1.2 O direito ao voto no Brasil até a criação da Justiça Eleitoral

Verificando a história das leis eleitorais no Brasil é possível ter uma ideia sobre a evolução da tradição, no Brasil, do exercício do direito ao voto e desse ramo da Justiça pátria, uma reminiscência que pode ter levado, ou não, ao modelo que existe no Brasil hoje. O certo é que a construção histórica leva a essa reflexão.

Antes da Constituição de 1824, a primeira lei eleitoral data de 19 de junho de 1822. Nessa oportunidade, vigoraram eleições convocadas por Decreto, assentadas sobre bases econômicas dos possíveis eleitores, o que já não era novidade à época dos senhores de engenho. Somente em 25 de março de 1824, D. Pedro I outorgou a primeira Constituição do Brasil, que, através do Decreto de 26 de março do mesmo ano, passou a explicar o quadro eleitoral a ser adotado.

As inovações começaram a fazer efeito a partir do art. 10 dessa Constituição, por meio do qual ficou definida a divisão dos poderes políticos em legislativo, moderador, executivo e judicial, focando no poder moderador como a base da organização política, que seria exercido privativamente pelo Imperador, para a manutenção do equilíbrio e harmonia dos demais poderes.

Segundo Manuel Rodrigues Ferreira (2005, p.88), em seu livro, A evolução do sistema eleitoral brasileiro, ocorreu que:

[...] a Constituição do império previa que o imperador seria menor até a idade de dezoito anos completos, e que durante a sua menoridade, o império seria governado por uma regência a qual pertenceria ao parente de confiança do imperador, que fosse maior de vinte e cinco anos de idade. Caso o imperador não tivesse um parente vivo que reunisse essas qualificações, o império seria governado por uma regência permanente, composta por três membros, onde o mais

velho em idade seria o presidente, e isso teve uma influência direta na ocupação dos cargos do Poder Legislativo.

Ainda segundo o autor, o Poder Legislativo, constituído em assembléia geral, seria composto por duas câmaras, a de Deputados e a de Senadores, com cada legislatura durando quatro anos. Para a eleição de deputados seria necessário ter o direito de ser eleitor de segundo grau, ter renda líquida anual de quatrocentos mil réis, não ser estrangeiro naturalizado e ser católico.

Já para ser eleito Senador cumprir-se-iam os requisitos de ser cidadão brasileiro em pleno gozo de seus direitos políticos, com idade mínima de quarenta anos, que fossem pessoas de notório saber e que tivessem prestado serviços à pátria, que tenham por renda anual a soma de oitocentos mil réis, o cargo era vitalício e organizado por eleição provincial. O Imperador, ou quem o representasse, detinha o direito de escolher um terço da totalidade da lista feita de senadores.

As nomeações para deputado e senador para a assembleia geral seriam feitas por eleições indiretas, divididas em dois graus, elegendo os cidadãos ativos. A designação de tais representantes seria feita por eleitores de paróquia, escolhidos em eleições primárias, onde os eleitores de primeiro grau escolheriam os eleitores de segundo grau.

Nessa primeira etapa poderiam ser votados os brasileiros em pleno gozo de seus direitos políticos, e os estrangeiros naturalizados. A partir dessas escolhas, poderiam ser eleitores de segundo grau e votar nas eleições para deputados e senadores, todos os que poderiam votar em assembleia paroquial, exceto os criminosos pronunciados em querela ou devassa, os libertos e os que não tivessem comércio ou emprego para comprovar a renda.

Assim, o período de eleições do Império chegou, nos dizeres de Faoro (2012, p. 431), da seguinte forma:

Outorgada a Constituição de 1824, as primeiras eleições, para a legislatura de 1826-29, na forma das instruções de 26 de março de 1824, não sofreram pressão governamental, salvo na indicação embuçada dos nomes dos candidatos a senadores. 'Os deputados' — refere Armitage — 'haviam sido eleitos em 1824 segundo as formas estatuídas na Constituição; porém, na escolha dos senadores, o Imperador, sem infringir consideravelmente o seu sentido liberal, achou meios de iludir o seu espírito legal, para introduzir neste corpo certos indivíduos que pouco mais eram do que cegos instrumentos de sua vontade'. As instruções de 26 de março

de 1824, estatuto eleitoral outorgado pelo governo e que vige até 1842, fixam as bases do sistema que domina, com modificações secundárias, quase todo o Império.

A maior crítica ao modelo adotado em 1824 era quanto ao poder, quase absoluto, da mesa eleitoral, pois possibilitava a prática de atos abusivos, como aceitar ou não o voto dos que se apresentavam, não obedeciam a uma chamada ou a determinado prazo para o recebimento das cédulas, além disso, as juntas tinham poder de reconhecer a idoneidade dos votantes.

Percebe-se que o poder de decisão dessas mesas se alinhava a um grau considerável de arbitrariedade, algo que ainda hoje é possível nas decisões judiciais da Justiça Eleitoral, como se verá mais adiante neste trabalho.

Faoro (2012, p. 431) faz explicações sobre os trabalhos dessas mesas:

A mesa eleitoral e paroquial foi o fundamento de toda a vida partidária, o eixo maior da máquina de compressão. Aperfeiçoado mais tarde, esse núcleo determinará o reduto das manipulações, da fraude e da violência eleitoreiras. De acordo com a forma do duplo grau, a massa dos cidadãos ativos em assembleias paroquiais elege 'os eleitores de província', aos quais cabe designar os representantes da nação e províncias (Constituição, art. 90). A eleição primária, paroquial pela circunscrição, sucedia a eleição secundária, com distinção dos votantes dos eleitores. A mesa eleitoral fazia a eleição primária, com o recebimento do sufrágio dos votantes: 'seu poder e arbítrio' — escreve o autor de obra clássica sobre a atividade eleitoral no Império — 'não conheciam limites; sua formação era a mais irregular e filha sempre de inauditas desordens e demasias'.

Um dos problemas que o sistema eleitoral dessa quadra da história pátria tinha era fruto desse poder arbitrário das mesas eleitorais. Naquele tempo podia se chegar no dia da eleição com uma indefinição acerca dos votantes. Isso era uma regra que desigualava o jogo eleitoral em prol dos detentores do poder da vez.

Portanto, eleições no Brasil, até então, tratava-se de algo muito desigual, ou seja, era algo que não tinha regras, conforme o texto de Faoro (2012, p. 432) expõe:

No dia da eleição — reunida a assembleia paroquial, constitucionalmente criada — o seu presidente, o juiz de fora ou ordinário, ou quem estivesse em seu lugar na freguesia, em combinação *com o pároco*, propunha dois cidadãos para secretários e dois para escrutinadores, que, 'aprovados ou rejeitados por aclamação do povo', com o presidente e o pároco constituíam a mesa eleitoral. Não havia qualificação prévia de votantes, aceitando

a mesa os votos de quem queria e recusando os de outros, a pretexto de julgar as exclusões constitucionais à participação do sufrágio, exclusões prescritas aos menores de vinte e cinco anos (salvo os casados, oficiais militares, bacharéis e clérigos), aos filhos-família, aos criados de servir (sem que compreendam os guarda-livros e primeiros-caixeiros das casas de comércio), aos religiosos que vivessem em comunidade claustral e aos que não tivessem renda líquida anual de 100\$ por bens de raiz, indústria, comércio ou emprego.

Além disso, ninguém sabia nem quando começava muito menos quando terminava a votação, só a dita mesa, o que só reforça a tese de que a definição dos representantes populares era controlada pelas elites da vez, com destaque para os interesses da Igreja Católica, que era, praticamente, a responsável pela composição das mesas.

Esse poder de começar e terminar o escrutínio ao bel-prazer da mesa só provava o arbítrio que acompanhava as eleições, o que, com o passar dos tempos, foi sendo rejeitado por aqueles que defendiam um país com valores republicanos e que oferecesse condições de igualdade na disputa de cargos eletivos, como informa Faoro (2012, p. 432):

A eleição começava e terminava quando ela queria, sem a formalidade da chamada dos votantes. Se os circunstantes denunciasses suborno ou conluio 'para que as eleições recaíssem em pessoas determinadas' os votos não eram recebidos, negados também aos caluniadores. O número dos eleitores da paróquia era arbítrio da mesa, havendo casos em que uma freguesia suplantava todos os votos da província. Com tais faculdades, compreende-se a suma importância que adquiria a nomeação das mesas eleitorais. Era entretanto entregue à aclamação do povo, que aceitava ou rejeitava as pessoas indicadas pelo presidente. Ainda se conservam, e é provável que se conservem para sempre, na lembrança de todos os que assistiram às eleições anteriores a 1842, as cenas de que eram teatro as nossas igrejas na formação das mesas eleitorais. Cada partido tinha seus candidatos, cuja aceitação, ou antes imposição, era questão de vida ou morte. Quais, porém, os meios de chegarem as diversas parcialidades a um acordo? Nenhum.

Por isso, política era muito mais conflito e turbulência popular do que qualquer outra coisa, pois quem vencida a composição da mesa, que, repisa-se, era escolhida sem critérios e sob a influência dos Senhores do local e da vez, fazendo com que o jogo eleitoral fosse algo descontrolado do ponto de vista da igualdade de oportunidade entre os postulantes dos cargos a serem disputados. A disputa se

encerrava, pois, na composição das ditas mesas de escrutínio, visto que praticamente ganhava a eleição quem conseguia influir mais na composição dessa.

Sobre o tema, Faoro (2012, p. 432) afirma:

A turbulência, o alarido, a violência, a pancadaria decidiam o conflito. Findo ele, o partido expelido da conquista da mesa nada mais tinha que fazer ali, estava irremissivelmente perdido. Era praxe constante: declarava-se coato e retirava-se da igreja, onde, com as *formalidades legais*, fazia-se a eleição conforme queria a mesa. "Não acabava aí a *via crucis* eleitoral. As eleições secundárias abriam outro capítulo, nas quais a barganha, mantida embora a coerência partidária, designava os deputados. Os afagos oficiais, as nomeações, as promessas indicavam o eleito, não raro remetidas as atas em branco para que os presidentes da província decidissem preenchê-las ao seu talante. Mais tarde, o registro das atas nos tabeliões públicos obstou a fraude, ao tempo que abria outro expediente, este de longa vida, as duplicatas eleitorais. O regime, dito democrático, do sistema de 1824, era, na realidade, o domínio da turbulência popular, só não extremada em virtude do freio disciplinador da propriedade territorial, forte na quadra inicial da nação e devido ao pouco prestígio da Câmara na primeira legislatura, escaudadas as opiniões com a dissolução da Constituinte. (grifo do autor).

Já em 1891, respirando ares de uma República, ou algo parecido com isso, o Brasil vivenciou o surgimento de uma nova Constituição, que se configurou sob novos aspectos e um novo contexto social. A Proclamação da República do Brasil ocorreu em 15 de novembro de 1889, ocasião em que se inaugurou o sistema presidencialista federativo no Brasil, derrubando assim a monarquia parlamentarista do Império.

Segundo Walter Costa Porto (1989, p.141), 'no dia oito de fevereiro de 1890, o chefe do governo provisório da nova república, Marechal Deodoro da Fonseca, determinou que, nas eleições de Deputados à Assembleia Constituinte, seria feita por nomeação direta'.

Com o adimplemento da Lei Saraiva, em 1881, a eleição de dois graus, que prevalecera no Império, chegou ao fim. Com as eleições populares diretas, fora estabelecido um sistema, para a decisão do pleito eleitoral, de maioria de votos nas eleições para Deputados em cada Estado e os três mais votados para o cargo de Senador.

Em 1889, uma comissão foi constituída para a elaboração do projeto de uma nova Constituição, tendo por base as constituições de outros países, como a da

Argentina, da Suíça e a americana, que fora submetido à revisão de Rui Barbosa no ano seguinte.

No dia 24 de janeiro de 1891, foi aprovada e publicada a nova Constituição. Dentre os pontos principais que foram abordados, essa nova Constituição Republicana trouxe à baila debates como o sistema de eleição presidencial, o voto feminino e do analfabeto, bem como a dualidade de Câmaras.

Mas, é de bom alvitre frisar que a realidade das escolhas dos representantes políticos não mudara substancialmente, como bem pontua Faoro (2012, p. 551):

Continuaria a operar a mesma prática imperial, em que as ficções constitucionais assumem o caráter de um disfarce, para que, à sombra da legitimidade artificialmente montada, se imponham as forças sociais e políticas sem obediência às fórmulas impressas. Era a hipocrisia constitucional, tão duramente denunciada pelos críticos do antigo regime, José de Alencar, Tavares Bastos, Ferreira Viana, Rui Barbosa. Não havia, entre esses realistas, que abrangem paulistas, mineiros e gaúchos, nenhum amor nem saudade ao estamento. Quem governa são as situações estaduais, as situações estaduais aptas a empolgar o poder central, as oligarquias, na voz de seus oponentes. No outro lado das fileiras conservadoras, debatem-se os valorizadores da União, que, partindo de um núcleo de autoridade, de uma rede de forças que comanda os restos da economia centralizada, querem autonomizar a estrutura político-jurídica, para que a Constituição molde as realidades ou lhes dirija os passos fundamentais.

A nova Carta Constitucional de 1891 não mudou o país como se imagina, ao permitir que o sistema de escolha dos representantes populares continuasse da mesma maneira, o Brasil passou por uma farsa democrática, pois não havia como se estabelecer algo novo preservando-se velhas práticas, principalmente no que tange ao preenchimento dos cargos de escolha popular.

Infelizmente o país continuava com o domínio de uma elite muito ligada aos detentores de poder nos Estados, famílias que, ao longo dos anos, se revezavam no exercício dos cargos públicos que eram de escolha da população.

O estabelecimento da república não trouxe as mudanças desejadas, como assim Faoro (2012, p. 551) afirma:

São os remanescentes, alentados por novas perspectivas, da 'política silogística', desviada da realidade, 'pura arte de construção no vácuo: a base, são teses, e não fatos; o material, ideias, e não homens; a situação, o mundo, e não o país; os habitantes, as

gerações futuras, e não as atuais'. Havia, nesse anseio de fazer da vida política o reflexo de um plano, a inspiração velha do estamento, isolado da realidade, perdido nos seis cálculos, altaneiro ao povo. Dá conteúdo a essa orientação, basicamente voltada para o pensamento de que era necessário construir o país, a carga demolitória de duas pontas de uma só crítica. A Carta de 91 seria, para os críticos, visto que não exerce comando normativo, apenas uma importação extravagante, cópia servil incapaz de vestir o país novo e estuante de vida. Os pseudorealistas, certos de que nada se alcança das leis e das ideias políticas, veem nos teóricos que construíram o esboço republicano meros importadores de fórmulas vazias, de índole francesa, inglesa ou norte-americana, contaminados de 'marginalismo'.

Essa questão pode ser representada pelo tratamento, do Governo Provisório, em relação ao voto feminino, que não fora concedido, mas na Comissão dos 21 (vinte e um), um projeto de emenda queria conceder à mulher o poder do voto caso fosse diplomada, desde que não estivesse sob o poder do pai ou marido, e que fossem independentes economicamente, o que demonstra que aqueles que estavam à margem do processo eleitoral assim continuariam em sua grande maioria.

O projeto não foi aceito. Alguns pensadores que não eram a favor do voto feminino, diziam que essa delegação de poder de voto às mulheres, provocaria a dissolução da família brasileira, por a mulher não possuir dentro da sociedade o mesmo 'valor' (PORTO, 1989, p.144) que o homem.

A Constituição de 1891 considerou, ainda, que os eleitores seriam todos cidadãos maiores de 21 anos de idade, que se alistassem na forma da lei. Como nada foi aprovado em relação ao voto feminino, as mulheres deveriam ficar exclusas desse direito.

A Lei Saraiva não fazia nenhuma menção ao fato de o analfabeto ser impedido de votar, uma vez que seria também admitido que a assinatura do título poderia ser feita por outra pessoa que não o detentor do título, se esse assim autorizasse.

Já o Decreto nº 8.213 de 1882 exigiu a alfabetização para o alistamento, escrito de 'próprio punho' (PORTO, 1989, p.146) e devidamente assinado pelo solicitante. Por fim, o Regulamento trouxe que só poderiam ser eleitores os que soubessem ler e escrever. Inúmeros foram, a princípio, os modelos para eleição do Presidente e vice-presidente, antes que a Constituinte aderisse ao sistema da eleição direta por todo o partido.

A primeira proposta para a eleição adveio do projeto do Governo Provisório, que propunha um modelo indireto, onde os eleitores, em número duplo de representação de cada Estado, votavam em colégios eleitorais em duas urnas.

Outra proposta de sistema eleitoral veio com a já citada Comissão dos 21 (vinte e um), pela qual cada Estado teria uma representação federativa para a eleição direta dos candidatos e, aquele que detivesse a maioria absoluta de votos, venceria. Caso não se pudesse chegar a essa maioria, o Congresso seria o responsável por escolher o candidato vitorioso, entre os três mais votados.

Após a promulgação da primeira constituição republicana, surge em 1892 a primeira Lei Eleitoral que tratou das condições de elegibilidade, as incompatibilidades, as qualificações para ser eleitor, o alistamento e as eleições em si. A Lei tratou de explicar que as eleições seriam distritais. No que tange às eleições para senadores, a lei trouxe em seu artigo 35, segundo Manoel Rodrigues Ferreira (2005, p.282):

Art. 35. A eleição de senador será feita por estado, votando o eleitor em um só nome para substituir o senador cujo mandato houver terminado.

Parágrafo único. Se houver mais de uma vaga, a eleição será feita na mesma ocasião, votando o eleitor separadamente para cada uma delas.

A Lei trouxe que cada Estado da União representaria um Distrito. Os Estados que juntos elegessem cinco ou menos deputados seriam agrupados para representar um só distrito. Assim, cada eleitor votaria de modo incompleto, em dois terços no número de deputados do distrito, onde após trinta dias depois das eleições, os votos seriam apurados pela pluralidade relativa e, em caso de empate, os candidatos mais velhos venceriam. Esse método era igual para Deputado e Senador.

Já a partir do Decreto nº 2.675, de 1875, podem se notar os primeiros indícios da criação de uma Justiça Eleitoral. De acordo com Walter Costa Porto (1989), a Lei do Terço previa que um juiz de paz mais votado presidiria a eleição das Juntas Paroquiais, ou seja, o primeiro espectro da entrega do processo de escolha dos representantes a serem escolhidos pelo voto popular estava posto.

Dessa forma, os recursos de inclusão ou exclusão passavam a ficar a cargo, em definitivo, da magistratura. O alistamento seria revisto anualmente, para a

inclusão de novos eleitores ou exclusão de nomes, ou seja, iniciava-se uma regulamentação, uma ideia de organização das eleições.

A atuação das autoridades judiciais na qualificação e na fase final da apuração fora bastante elogiada, mas dependia ainda da política dos juízes. Na República, a qualificação ficou a cargo das Comissões Distritais, presididas pelo juiz de paz, e as listas de eleitores era tarefa das Comissões Municipais, presididas pelo juiz municipal.

Em 1916, no governo de Venceslau Braz, o alistamento anterior foi anulado e, confiou-se às autoridades judiciárias a qualificação para as eleições. Já no modelo trazido pela primeira República, no que tange ao *Habeas Corpus*, esse poderia ser concedido em matéria eleitoral quando houvesse lesão de direitos individuais. Porém, a reforma de 1926, pôs fim ao recurso do *Habeas Corpus*, limitando-o à garantia do direito de locomoção apenas.

Em 1929, João G. da Rocha, Assis Brasil e Mario Pinto Serva, fizeram parte de uma comissão que elaborou um anteprojeto do Código Eleitoral, no qual entendiam ser correto entregar aos magistrados o alistamento permanente e a participação desses nas mesas eleitorais e juntas apuradoras, além de também atribuir aos Tribunais Judiciários o processo e a decisão das contestações em que se levantassem questões sobre os pleitos, como afirma Walter Costa Porto (1989, p.234):

Assis Brasil, que tanto influiu para a criação do Código de 1932, mostrava que nada era mais perigoso que a garantia de liberdade política que o sistema da refusão periódica dos registros de eleitores. Reputava como único e verdadeiro progresso realizado entre nós em matéria eleitoral, o registro permanente, introduzido pela Lei Saraiva. Daí que, em projeto regido naquele tempo, houve sugestões para a formação de um registro eleitoral.

A ideia central para a criação do Código Eleitoral que representasse a aspiração do país, naquela época, era afastar o processo eleitoral da influência dos governantes e da concentração de poder local, fonte de fraudes inesgotáveis. Para isso se propôs, através da Subcomissão, criar uma magistratura especial, totalmente desvinculada do governo.

Daí, a primeira eleição feita no Brasil após a Criação da Justiça Eleitoral, em 1933, foi conclamada como 'eleições verdadeiras' (PORTO, 1989, p.235), vez que a

magistratura desenvolveu o papel especial de regular o processo eleitoral sem influências alheias, pelo menos em tese.

2.1.3 A influência política na formação da Justiça Eleitoral e o papel de Joaquim Francisco de Assis Brasil

Para a compreensão do papel da Justiça Eleitoral no Brasil, algo necessário para se chegar até o ponto de estudo principal deste trabalho, é imperioso se fazer um reconhecimento histórico, embora nenhuma publicação pátria o faça, principalmente no que tange à responsabilidade pela institucionalização desse ramo da justiça brasileira.

Pelos registros encontrados da defesa da necessidade de uma Justiça Especial para tratar dos problemas eleitorais no Brasil, não há como tratar dessa questão sem discorrer sobre a obra de Joaquim Francisco Assis Brasil, que desenvolveu várias ideias até chegar à defesa intransigente da necessidade de uma Justiça Eleitoral no país.

Por isso, é imprescindível se colocar o seu histórico pessoal até se chegar à criação da Justiça Eleitoral. Como visto, o Brasil se encontrava em um ambiente de mudanças, a partir de 15 de Novembro de 1889, com a criação da constituinte, uma eleição realizada por um regulamento garantia o voto em maioria e retirou a possibilidade de candidaturas independentes, o que gerou escolhas defeituosas de representantes além de conflitos dentro do Congresso².

Assis Brasil (1934, p.28) já expunha em seu livro do Governo Presidencial: 'a constituição da república foi discutida e votada na época menos propícia à serenidade e integridade dos espíritos. Sobre todas as ordens da atividade nacional pairava sombria atmosfera de indecisão, de ansiedade indefinida'.

A Constituinte tinha que corresponder ao meio em que ela se encontrava. Ninguém que compunha a grande assembleia trouxera, de fato, ideias orgânicas sistematizadas, o que se observou foi uma gama de interesses em vantagens políticas e medidas financeiras, pouco interesse em planos constitucionais. De fato,

² Em razão da grande dificuldade em encontrar informações sobre o tema, limitamo-nos à revisão bibliográfica e tal método de pesquisa leva à conclusão exposta neste trabalho, principalmente quando da leitura das obras do próprio Joaquim Francisco de Assis Brasil e do historiador Sergio Buarque de Holanda, expostos no referencial bibliográfico deste trabalho.

o que faltara fora uma reflexão para aperfeiçoar a constituinte através das experiências passadas.

Outro ponto bastante questionado, não menos importante, nesse contexto da instituição da república foi de como se incorporara o presidencialismo desde o governo provisório, enquadrado como militarista, porém essa posição não se aplica ao governo presidencial e sim ao regime militar do governo civil, onde no governo presidencial deu-se por meio do militarismo.

O governo representativo resulta da organização da sociedade, consagrada em meio à liberdade, que encontra na representação a melhor maneira de exercer seu governo, sendo que de todas as conquistas após 1889, o princípio federativo fora a que mais se perpetuou no tempo e no espaço.

Divergiram opiniões a respeito dos regimes propostos antes do federativo no Brasil, de forma que a representação do sistema nada mais é que a fiel execução da opinião nacional a respeito da organização política, econômica e civil. Ainda segundo Assis Brasil (1934, p.164), 'é só quando se executa uma lei que traduz a média do sentimento nacional que o povo tem o governo que merece'.

E é somente quando esse povo tem o governo que merece que se pode aperfeiçoar a nação. Caso contrário, em sua concepção, se não expressamente ouvida a nação, as vantagens e desvantagens que conseguirem através desse governo não serão justas, pois não virão provocadas por seus anseios.

Na visão que defendia Assis Brasil (1934), essa representação que serve ao povo se dá mediante os partidos políticos criados de maneira justa e igualitária, onde é permitida a todos esses a possibilidade de representação nacional, desde que tenham meios para consegui-la. Ele criticou a composição do que se tinha em parlamentos representativos defendendo que a minoria opositora ficaria mais fácil de acomodar quando há mais vagas.

No parlamento, a maneira que se encontrou de diminuir o número de representantes, visto que a Constituição, em seu art. 28, §1º, afirmava que seria 1 (um) representante para cada 70.000 mil habitantes, fora a criação de comitês parlamentares, com caráter permanente, que se responsabilizariam pelos estudos dos projetos de lei e de questões que envolvessem a atividade da legislatura. O Poder Legislativo fora de fato, exercido pelas comissões, câmaras ou comitês, onde quase todas as suas resoluções são aprovadas em caráter definitivo.

Surgia aí a dualidade das câmaras, a fim de perpetuar o caráter conservador em uma e o liberal em outra. Não há como separar tão distintamente dois mecanismos de governo, eles coexistem nas duas tendências em cada indivíduo. O real motivo para a dualidade de câmaras trata-se do desmembramento da responsabilidade sobre apenas uma.

Outra razão, que era da compreensão de Assis Brasil (1934), era a de reduzir a quantidade de representantes que se firmavam pelo artigo constitucional anteriormente citado, assim duas câmaras poderiam comportar um número adequado de representantes para acomodar diversas ideologias, além de fazerem menos leis, em se comparando a uma só. Outrora, discussões só poderão ser realizadas se opiniões forem divergentes, e, com duas câmaras, essas discussões podem ser bem mais proveitosas e modificativas que em apenas uma.

Quem mais exerce, na visão de Assis Brasil (1934), de fato, o poder 'representativo' da soberania nacional é o Presidente da República. A forma adotada para a eleição desse cargo foi o sufrágio popular, pelo voto direto, o que pode ser um caso de plebiscito, que pode significar que o povo não será de fato o eleitor desse cargo e sim os partidos que convidarão a população apenas a dizer sim ou não ao candidato por eles indicados.

Enganavam-se os que pensam que pelas eleições indiretas se conseguiria algo mais proporcional. De fato, quem tem mais representatividade partidária tem mais chances de vencer com o candidato indicado do que a minoria. Um candidato eleito pelo voto indireto pode ganhar sem ter a maioria dos votos (ASSIS BRASIL, 1934).

Daí se baseia a proposta de Assis Brasil (1934) para uma correta eleição presidencial, advinda da França. Eleitor direto do presidente seria aquele pertencente ao Congresso, pois assim se tornaria mais legítima, e retiraria a possibilidade de eleição por comoção, essa era a sua ideia.

O sufrágio universal nunca iria dispor de elementos para eleger de forma razoável um candidato, visto que a preocupação dos partidos é vencer. Um ponto bastante contestado sobre essa teoria é o fato de não se ter a certeza, em caso do presidente ao ser eleito pelo congresso, se ele ficaria submisso ou não (ASSIS BRASIL, 1934).

Não seria correto entender dessa forma, pois a nomeação para o cargo de presidente o torna independente das aspirações das câmaras, onde quer que

estivesse deveria ser respeitado até o fim de seu mandato. A nomeação não se trata de um favor concedido ao candidato, e sim uma eleição justa.

A preocupação de Assis Brasil (1934) se dava pelo fato de a eleição popular para presidente na república ser passível de fraude, algo bem comum para sua época, visto que alguns Estados possuíam rivalidades em relação a outros, assim como os partidos políticos. O pensamento que vigorava era o de saber quem, em meio ao desejo de fazer seu candidato triunfar, bem como seu partido, irá de fato estar comprometido com sistema eleitoral.

No caso do Presidente não poder continuar no cargo, ainda que temporariamente, seu substituto legal direto seria o Vice-Presidente, eleito ao mesmo tempo e da mesma forma que o Presidente. Sobre esse aspecto Assis Brasil entendia ser desigual a maneira como esse substituto era tratado, pois somente lhe era atribuído um caráter de subalterno, uma indiferença mascarada.

Isso porque, segundo Assis Brasil (1934), os partidos não se preocupavam em atribuir um nome de respaldo público para ocupar esse cargo, pois lançam a candidatura desse substituto munido da aspiração que este nunca chegará de fato ao cargo máximo de Presidente. Algo bem diferente do que a previsão legal respaldava.

Assim, defendendo essas ideias, essa importante personalidade da República lançou luzes que viriam a alimentar uma necessidade do estabelecimento de registros eleitorais e, posteriormente, da própria Justiça Eleitoral, sendo esses dois fatos a base para o estabelecimento institucional dessa Justiça Especializada.

2.2 O avanço normativo:

do Código Eleitoral de 1932 à Lei da Ficha Limpa

Verificado o caminho que foi trilhado até o surgimento da Justiça Eleitoral, se faz preciso colocar como se deram a criação e o estabelecimento dos marcos legais principais no âmbito da Justiça Eleitoral ao longo de toda a sua existência, pontuando suas principais características e inovações, fazendo uma ligação das mesmas com o ambiente constitucional nos quais se deparam ou se depararam.

2.2.1 A importância do Código Eleitoral de 1932

A Justiça Eleitoral, como já informado neste estudo, foi criada pelo Código Eleitoral de 1932, com base no Tribunal Eleitoral Tcheco. Para Aguiar (1999, p. 01), '[...] foi a Revolução de 1930, que, batizada pelo sangue sulino, com Assis Brasil no trombone, gritou em favor do voto secreto e da criação da Justiça Eleitoral'.

Valendo ressaltar que, além de suas ideias, formadas ao longo dos anos, e aqui já discorridas, seu drama pessoal vivido em 1922³ também forjou a sua luta pela criação de uma Justiça Especializada Eleitoral. Por isso é importante frisar que o conflito advindo das eleições daquele ano durou oito meses e, mais do que um acordo costurado com Borges Medeiros, Assis semeou no peito a ideia de uma Justiça independente politicamente, que coibisse as barbáries eleitorais costumeiras e vergonhosas ocorridas no Brasil.

Como já relatado, por conta do Golpe de estado de 1930, Getúlio Vargas chega ao poder e não se esquece do acordo costurado com Assis. O Código Eleitoral foi promulgado a 24 de Fevereiro de 1932, pelo Decreto n.º 21.076, o que foi comunicado a Assis Brasil que se encontrava na Argentina.

Esse código trouxe enormes mudanças que foram refletidas no contexto social do país. Uma das mais marcantes delas foi a ideia do sufrágio universal. 'O código trouxe a ideia de que o direito ao voto é inerente a todo cidadão' (ASSIS BRASIL, 1931, p.38). O voto, pois, como condição de desempenho do destino cívico, e direito inerente, não a qualidade natural de homem, mas o caráter político de cidadão.

Porém essa ideia de sufrágio universal teve suas limitações, embora não parecesse, para alguns, a forma mais justa. Uma dessas limitações foi a vedação do voto do analfabeto. Nessa época, era clara a sua rejeição, uma vez que em algumas ocasiões, os próprios analfabetos declaravam sua ignorância, por isso achou-se de

³ Na derrota nas eleições estaduais ao governo do Estado do Rio Grande do Sul, antes mesmo de apurado o pleito, os opositoristas manifestavam-se em desacordo com o resultado, alegando parcialidade na Comissão de Constituição e Poderes, a quem competia examinar e dar parecer sobre o processo eleitoral. Foi nesse momento em que o candidato Assis Brasil propôs a constituição de um tribunal de honra, que pronunciasse veredicto irrecorrível. No entanto, seu adversário, Borges de Medeiros, a que havia sido considerado vencedor nas urnas, contou com a ajuda do então Deputado, Getúlio Vargas, no processo de apuração dos votos. Devido a convicção de que houvera fraude, os opositoristas não aceitaram tal resultado, declarando que recorreriam a todos os meios para invalidá-lo, iniciando-se movimento para destituir Borges de Medeiros, que já estava no seu quinto mandato consecutivo como presidente do estado do Rio Grande do Sul (AITA, 2006).

bom tom livrá-los da ‘humilhação’ do voto. Por vezes o estado foi criticado por inibir o voto desses ‘iletrados’ (ASSIS BRASIL, 1931, p.45), já que não davam a devida condição de instrução aos mesmos.

Assis Brasil (1931, p.45) defende o veto ao analfabeto ao entender que ‘não é o governo quem o priva, é a sociedade, por utilidade comum’. E conclui que o Estado, por não dar essas condições, deve se abster de usá-lo, pois facilmente poderiam ser induzidos.

Fato comum em uma época em que o eleitor era visto da seguinte forma (FAORO, 2012, p. 392):

A verdade eleitoral não sairia da lei como queriam os estadistas: a verdade eleitoral, mesmo depurada com honestidade, traria à tona o próprio país, com o eleitorado obediente ao governo, qualquer que fosse este, uma vez que fosse o poder que nomeia, que possui as armas e o pão. O deputado, dentro desse círculo de ferro, era nada mais que o resultado das combinações de cúpula, tramadas nos salões dos poderosos. O eleitor era como aquele Jararaca, que o candidato Joaquim Nabuco encontrou num casebre do Recife: estava pronto a votar com o postulante, simpatizava com a causa; ‘mas, votando, era demitido, perdia o pão da família; tinha recebido a chapa de caixão (uma cédula marcada com um segundo nome, que servia de sinal), e se ela não aparecesse na urna, sua sorte estava liquidada no mesmo instante’. A atrofia da base infla o outro extremo do sistema: a cabeça se converte numa monstruosa imagem, capaz de petrificar as vontades que a contemplam. Atrás de suas serpentes, lutam os políticos para desvendar a antiga beleza, mitologicamente perdida no modelo vitoriano, então senhor das imaginações.

Mesmo assim, o fato de haver limitações para o exercício do sufrágio universal não significou dizer que perderia seu caráter universal, como bem se configurou a vedação, em parte, do voto às mulheres por incapacidade política, pouca educação e a cultura intelectual, que as davam na época, com tudo isso não deveriam elas exercerem o voto.

Por mais que se defendesse que no Brasil ainda não havia condições para se instituir o voto feminino, principalmente por não querer se questionar sobre, Assis Brasil acreditava que para um país civilizado deveria não só as mulheres terem o direito ao voto como também o direito de serem votadas. Por isso, apenas para parte das mulheres era facultado o direito de votar, caso preenchesse certos

requisitos (CABRAL, 2004), mas vetado do direito de se eleger⁴. Os idosos, maiores de 60 anos, também eram facultados ao voto, por serem pessoas de fácil manipulação.

Outra importante vedação que o Código trouxe foi à proibição do militar ativo de votar e ser votado, pelo fato de ser uma classe que deve permanecer unida com o maior propósito em defender a sociedade, não de se envolver na política e com isso criar atritos. Caso fosse permitido que militares ativos pudessem ser votados, causariam divergências absurdas que poderiam ocasionar a desordem na classe e possivelmente a sua dissolução, pois sempre haveriam oposições dentro da força armada que provocariam a situação.

O bem estruturado Código Eleitoral de 1932 trouxe que, para cada homem, seria permitido apenas um voto, pretendendo assim acabar de vez com a política de desigualdade de votos perpetuada nas sociedades industriais.

Essa Lei também inovou na qualificação quanto ao voto que deve ser público, secreto, obrigatório e de representação proporcional, permitindo, assim, as alianças partidárias. Esse último não se deu de maneira literal, caso contrário seria regra tirana, porém fora colocada como a participação obrigatória, não o real fato de votar, pois o eleitor tinha a possibilidade de votar em branco ou em legenda e, não necessariamente, votar em algum candidato.

O eleitor deveria, obrigatoriamente, ter 21 (vinte e um) anos completos para ter o direito ao voto e cumprir com o devido alistamento. No momento do alistamento, apresentaria seu domicílio eleitoral, não obrigatoriamente o mesmo do domicílio civil. Um ponto questionável foi a implementação do mandado imperativo que obrigava os candidatos eleitos a cumprirem fielmente as instruções dispostas pelos eleitores, caso contrário esse candidato eleito poderia ser retirado do poder.

Quanto a sua estruturação, era a Justiça Eleitoral dividida em Tribunal Superior, constituído por oito membros que não tivessem entre si parentesco até 4º grau (CABRAL, 2004), Tribunal Regional, composto por seis membros com função principal de fazer valer as decisões dos Tribunais Superiores, bem como fazer a “contagem do sufrágio e proclamar os eleitos” (CABRAL, 2004, p.13), e os Juízes eleitorais.

⁴ Conforme o art. 109 da constituição Federal de 1934, ‘o alistamento e o voto são obrigatórios para os homens e para as mulheres, quando estas exerçam função pública remunerada, sob as sanções e salvas as exceções que a lei determinar’.

Para as votações, cada homem receberia uma senha e, após entregar ao secretário seu título para identificação, dirigir-se-ia até a urna para votar em seu candidato mediante cédulas. Após a declaração do término das eleições, essa urna era lacrada e enviada pelos correios aos Tribunais Regionais para apuração.

Junto ao instituto da representação veio o fato de os Partidos Políticos passarem a ser os principais atores para que tal inovação vigorasse. Deveriam ser esses de caráter provisório e legalmente constituídos. Por fim, explicava o Código, as maneiras de fiscalização, quais delitos eram considerados eleitorais e as maneiras de punir mediante ações judiciais eleitorais.

2.2.2 A Justiça Eleitoral nas Constituições Brasileiras, após o Código Eleitoral de 1932, e a recepção do Código Eleitoral de 1965 pela Constituição Federal de 1988

Todos os textos Constitucionais pátrios após a criação da Justiça Eleitoral passam a considerá-la de forma que fazem menção à mesma como algo importante e salutar para a manutenção do nosso sistema democrático, por isso é deveras relevante que se coloque neste trabalho a evolução dessa Justiça no âmbito das Cartas Constitucionais Pátrias, para que se chegue até os dias de hoje e se tenha uma ideia das razões pelas quais o país adota o atual modelo para tratar das questões eleitorais, no âmbito jurídico e administrativo.

A Constituição de 1934 adveio da constituinte de 1933. Os chefes do governo provisório da época fixaram por meio de Decretos os direcionamentos de uma nova organização política. Depois de estabelecida a forma de governo republicano e a forma de Estado como Federação, o Código Eleitoral aprovado 1932 trouxe alterações importantes como a representação proporcional, a permissividade do voto à mulher e, como já visto, a criação de uma Justiça Eleitoral que tornou viável o voto secreto.

Ainda nesse ano, Getúlio Vargas programara para o ano seguinte a composição de uma assembleia constituinte para elaborar o anteprojeto da Constituição. Porém, desde a revolução de 1930, opositores pressionavam suas opiniões, como bem explica Walter Costa Porto (1989, p.237):

A corrente constitucionalista pregava pela imediata regularização da ordem política, através de eleições livres e a manutenção das

liberdades civis. A outra corrente, a dos nacionalistas semiautoritários, propunham formas políticas não democráticas mais que resultassem em modificações sociais e econômicas.

Passou-se então ao desenvolvimento de uma Subcomissão para criação do anteprojeto de constituição, que sugeriu a supressão do Senado, a fixação de um mínimo à representação dos Estados e o comparecimento obrigatório dos Ministros de Estado ao parlamento.

Walter Costa Porto (1989) afirma que havia a previsão de serem considerados eleitores os brasileiros de qualquer sexo maiores de 18 (dezoito) anos, sendo o alistamento e o voto obrigatórios somente aos homens. Sobre a eleição do Presidente da República, a subcomissão aderiu à posição de que ao invés de ser eleito indiretamente pela Assembleia, o voto seria feito mediante sufrágio universal, direto, secreto e por maioria dos votos.

Já em 1937, Getúlio Vargas outorgou uma Constituição que trazia inovações junto ao quadro eleitoral, após a revolução de 1930. Dentre essas mudanças advieram inovações como eleições indiretas para a Câmara, o Conselho Federal e a Presidência da República, bem como o alargamento às consultas plebiscitárias.

Sobre a escolha dos integrantes para a Câmara dos Deputados, Walter Costa Porto (1989, p.247) afirma que:

Seriam eleitos 10 cidadãos por sufrágio direto. Já para o Conselho Federal (antigo Senado), cada Estado elegeria um representante através da Assembleia Legislativa. Os outros dez membros seriam nomeados pelo Presidente da República. O próprio Presidente seria eleito por um colégio eleitoral composto de eleitores designados pelas Câmaras Municipais, onde cada Estado teria no máximo vinte e cinco eleitores. Estava previsto ainda nessa Constituição, se caso o atual Presidente apontasse um candidato, a eleição seria direta entre o seu candidato e o indicado pela população votante.

O artigo 175⁵ a Constituição de 1937 trouxe a previsão de que o mandato do então Presidente da República seria renovado até a realização de um plebiscito para aprovação da atual Constituição. Ademais, o período presidencial seria de seis anos.

⁵ Art. 175 - O primeiro período presidencial começará na data desta Constituição. O atual Presidente da República tem renovado o seu mandato até a realização do plebiscito a que se refere o art. 187,

Nesse sentido, Francisco Campos (1987) afirmou que cominando os artigos 175 e 80⁶ da Constituição vigente à época ter-se-ia que o Presidente somente terminaria esse período de seis anos se o plebiscito fosse favorável à Constituição.

O Estado Novo trouxe consigo a influência da Constituição Polonesa de 1935 sobre a nossa, porém, defensores do governo faziam inúmeras distinções entre as constituições, principalmente no que tange à responsabilização do Presidente da República. Na constituição polonesa não se responsabilizaria o Presidente por seus atos oficiais, já na brasileira, isso era não só possível, como o Parlamento tinha total liberdade de processá-lo e julgá-lo a perder o mandato.

Vargas também passou a adotar uma perspectiva diferente em relação ao legislativo, uma vez que valorizou o papel do Executivo, inclusive em legislar. Baseado nessa ideia foi que, durante seu governo, Vargas não convocou eleições, fato que lhe proporcionou legislar sozinho. Na Constituição de 1937, o Presidente Vargas silenciou em relação aos poderes do Parlamento e a uma Justiça Eleitoral, conquistas que foram alcançadas com a Revolução de 30.

Somente em 1945, após a segunda guerra mundial, por meio de uma Lei Constitucional de nº 9, no fim de seu governo, Vargas modificou o modelo eleitoral de 1937, tendo uma eleição direta para a escolha de Deputados, membros do Conselho Federal e Presidente da república. Antes mesmo que a primeira eleição desse novo modelo acontecesse, Getúlio Vargas foi deposto do poder em 29 de novembro de 1945, principalmente pela influência das Forças Armadas.

Em várias entrevistas concedidas após sua 'saída' do governo, Vargas afirmou que os motivos para ter adiado tanto a instalação de alguns órgãos e da própria Justiça Eleitoral eram resultado das circunstâncias sociais e econômicas, influência de uma tradição já posta na sociedade brasileira; enfim, havia uma clara dificuldade em romper com o sistema que estava posto.

Declarou, ainda, que após a guerra o novo momento nacional exigia uma convocação para escolher seus dirigentes, em virtude do surgimento da Democracia, razão pela qual houve a convocação das eleições em fevereiro de 1945.

Segundo Walter Costa Porto (1989, p.254):

terminando o período presidencial fixado no art. 80, se o resultado do plebiscito for favorável à Constituição.

⁶ Art. 80. O período presidencial será de seis anos.

Francisco Campos, um dos relatores da Constituição de 1937 na era Vargas, contestou de todas as formas os motivos que o Presidente dera para a redação do texto constitucional em sendo silente a uma justiça eleitoral. Afirmara Campos que o regime adotado na Constituição de 1937 foi fruto de um golpe de Estado que não favoreceu em nada o dinamismo governamental. Além disso, o país aderiu a uma ideologia política que estava em desacordo com a ideologia dessa Constituição.

A Lei Constitucional nº 9 tornou diretas as eleições para Presidente, para o Conselho Federal e Deputados. Já o Decreto nº 7.586 veio a regular as eleições e o alistamento eleitoral que passara a ser obrigatório e *ex officio*. Surgira também o sistema proporcional para a Câmara dos Deputados e Assembleia Legislativa, o voto secreto e direto e a universalidade do sufrágio.

Fora dispensada a ideia do registro dos candidatos avulsos, pois, em entendimento majoritário, a aceitação de registro de candidatos avulsos causaria a dispersão de votos. Por isso, o Decreto trouxe o monopólio partidário na apresentação dos candidatos onde, 'somente eles' (PORTO, 1989, p.257), concorreriam ao sufrágio.

No tocante à atribuição dos restos dos votos proferidos nas eleições de cunho proporcional, afirma Walter Costa Porto (1989) que Assis Brasil entendia que a atribuição a ser adotada era da repartição do maior resto, essa teoria fora implementada no Código Eleitoral de 1932.

Após a reforma de 1935, o modelo escolhido foi a repartição pela maior média. O Decreto nº 7.586 trouxe um modelo em que as sobras seriam destinadas ao partido que tivesse alcançado o maior número de votos. O quociente destinado ao partido que atingisse a maioria dos votos era destinado apenas para o cálculo partidário, não tinha intuito de eleger mais ninguém.

As diferenças entre as Constituições de 1934 e a de 1946 foram poucas em relação à Justiça Eleitoral. O que se pretendia era retomar o modelo de 1934 em que havia as melhores garantias de eleições livres e honestas. José Duarte (1947, p.356) em seu livro, A constituição Brasileira de 1946, afirmou que 'O que se desejava era prolongar, através da Constituição, um dos nossos momentos mais felizes da democracia brasileira'.

Esse novo modelo, de acordo com Walter Costa Porto (1989, p.259), 'trouxe inovações quanto à designação para o TSE dos representantes do Supremo

Tribunal Federal, a supressão da participação dos Juízes Eleitorais nos Tribunais Regionais, e a substituição do sistema de sorteio pelo de eleição’.

Daí, então, só se teria mudanças em 1964. Sobre essa questão, o Deputado Raul Pilla, líder gaúcho, tanto lutou que conseguiu implementar o parlamentarismo no Brasil, sob alegação de que seria o sistema de mais fácil aplicação prática. Porém, a adoção desse sistema não ocorrera da forma nem nas condições como havia sugerido, onde ‘o Congresso pressionado aprovou a redução dos poderes de João Goulart, dando-lhe a chefia do Estado mais não a do Governo’ (PORTO, 1989, p.277).

Nesse novo sistema, o Poder Executivo seria exercido pelo Presidente da República e pelo Conselho de Ministros, em que esses seriam responsáveis pela política de governo assim como pela administração federal, um parlamentarismo às avessas, como muita coisa no Brasil até hoje. O Presidente passaria a ser eleito pelo Congresso Nacional, por maioria absoluta de votos. Cada Constituição Estadual deveria em um determinado prazo a ser fixado em lei, se adequar ao novo regime.

Mediante Lei Complementar nº 1 de 1962, as noções sobre as eleições foram delimitadas, como a substituição do Presidente da República, a formação do Conselho de Ministros e o controle parlamentar da ação do conselho.

Já a Lei Complementar nº 2 determinou que a Emenda constitucional seria submetida a referendo. Proclamado pelo TSE o resultado do referendo, o Congresso organizaria o sistema de governo com base na opção da consulta, no prazo de noventa dias.

Ainda segundo Walter Costa Porto (1989), caso não estivesse promulgada a emenda do Parlamento, após o prazo, continuaria em vigor a Emenda Constitucional nº4 ou então voltaria a vigorar a Constituição de 1946. Após a divulgação do resultado do referendo, constatou-se que a maioria esmagadora opinou por não aceitar a Emenda Constitucional de nº 2 de setembro de 1961, denominada de Ato Adicional.

Após o golpe de 1964, o governo militar logo editou um novo Código Eleitoral, o que foi concretizado pela Lei 4.737/65, parcialmente em vigor até os dias atuais. A edição de um novo Código, mesmo em um período de exceção, se justificava em vista de uma peculiaridade do regime ditatorial brasileiro, que mantivera as eleições diretas para alguns cargos, como deputados federais e estaduais (OLIVEIRA, 2009).

Essa legislação recebeu uma influência marcante dos ideais então acolhidos pelo regime autoritário, como bem demonstra o art. 243 do aludido texto que estabelece vedações quanto à propaganda eleitoral, proibindo as manifestações:

Art. 243. [...] I – de guerra, de processos violentos para subverter o regime, a ordem política e social, ou de preconceitos de raça ou de classes;
II – que provoque animosidade entre as Forças Armadas ou contra elas, ou delas contra as classes e as instituições civis;
III – de incitamento de atentado contra pessoa ou bens;
IV – de instigação à desobediência coletiva ao cumprimento de lei de ordem pública.

A Constituição de 1967 realizou algumas alterações no que tange à composição das Cortes Eleitorais pátrias, embora tenha se preservado muito do disposto na carta de 1946, no que tange à competência de Juízes e Tribunais eleitorais.

A Emenda Constitucional N° 01/69 somente alterou a competência da Justiça Eleitoral, que passou a ter a atribuição de decretar a perda de mandato de senadores, deputados e vereadores nas hipóteses de infidelidade partidária (OLIVEIRA, 2009).

Já o processo de democratização brasileiro, iniciado com o fim dos governos militares em 1984, e legitimado com a Constituição de 1988, se constituiu, indiscutivelmente, em um grande momento da história republicana brasileira. Foi a partir desse instante que se verificou, no cenário político nacional, a importância das instituições democráticas como reguladoras da ordem, tal como a Justiça Eleitoral.

A promulgação da Constituição Federal de 1988 não trouxe mudanças significativas no regramento da Justiça Eleitoral. O texto privilegia, expressamente, os tribunais e juízes eleitorais como órgãos do Poder Judiciário da União, de caráter permanente.

O que houve foi o seguimento de uma longa tradição iniciada na Constituição de 1934. O Professor Martônio Mont'Alverne Barreto Lima (2001, p.117) explica que:

A Justiça Eleitoral constante da Constituição Federal de 1988 corresponde exatamente àquela da Constituição de 1967/69, elaborada pelo regime militar, quando dos art. 130 a 140 desta Constituição. Referida constatação se insere no âmbito de toda a estrutura do Poder Judiciário no Brasil. Pode-se afirmar que toda a estrutura atual do Poder Judiciário foi pouco alterada com a

Constituição de 1988. Que isso é denunciador de uma das grandes contradições do texto constitucional brasileiro e que é, ainda, revelador da capacidade mobilizatória do Supremo Tribunal Federal e da magistratura nacional, no âmbito interno do poder do Estado brasileiro.

Pode se perceber, facilmente, que a atual estrutura da Justiça Eleitoral não difere da traçada pela Constituição de 1934. Ao longo de mais de sete décadas, o Poder Judiciário Eleitoral segue estrutura 'piramidal e hierárquica' (OLIVEIRA, 2009) sem grandes transformações na estrutura já então existente.

Visto como a Justiça Eleitoral se inseriu na Constituição Federal de 1988 é comum se perguntar como esse texto recebera o Código Eleitoral então vigente, importante, pois, se faz pontuar sobre a teoria da recepção.

O autor Jorge Miranda (2009) afirma que aquilo que a superveniência de uma Constituição provoca é a novação do Direito ordinário interno anterior. Como todas e cada uma das normas, legislativas, regulamentares e outras, retiram a validade, direta ou indiretamente, da Constituição, a mudança do texto constitucional acarreta em mudança de fundamento de validade. As normas, ainda que formalmente intocadas, são novadas no seu título ou na sua força jurídica, pela Constituição; e sistematicamente deixam de ser as mesmas.

Há, assim, uma nítida diferença entre a situação do Direito constitucional anterior, o qual cessa com a entrada em vigor da nova Constituição, e a do Direito ordinário anterior, que continua com novo fundamento de validade e sujeito aos princípios materiais da nova Constituição, além do fato de somente em caso de contradição deixar de vigorar.

A recepção equivale à regulamentação de certas matérias constitucionais, não imediatamente, pela nova Constituição, mas sim por outras normas. A subsistência de quaisquer normas ordinárias, anteriores à nova Constituição, depende de um único requisito: que não sejam desconformes com ela. Não importa sequer discutir sobre a qualificação das normas ou dos atos donde emanam à face da Constituição anterior.

O único juízo a estabelecer é o juízo da conformidade (ou da correspondência) material com a nova Constituição, a Constituição atual, em vigor. Não interessa se as leis fossem inconstitucionais de maneira material, orgânica ou formalmente antes da entrada em vigor da Constituição. Por isso, pode se afirmar que 'o Direito Eleitoral brasileiro, como todos os ramos da dogmática jurídica, tira

seu fundamento de validade na Constituição de 1988, que deferiu, em seu artigo 22⁷, inc. I, à União a competência privativa para legislar sobre Direito Eleitoral' (ALMEIDA, 2011, p.41).

Sendo possível concluir que o diploma em análise, antiga lei ordinária, passou a ser Lei Complementar com o advento da nova ordem constitucional. No entanto, tal não ocorreu de forma integral, vez que durante o procedimento de recepção, tácito, alguns de seus dispositivos não passaram a ser leis complementares, daí a necessidade de complementar a legislação para que o direito eleitoral não sofresse prejuízos.

2.2.3 A Lei Complementar 64/90 (Lei das Inelegibilidades), as Leis Ordinárias 9.504/97, 9.840/99 e a mudança de paradigmas do Direito Eleitoral

Após a Constituição de 1988, havia a necessidade de se cumprir o texto maior do ordenamento jurídico brasileiro, tendo em vista que esse colocava a necessidade de Lei Complementar para dispor sobre as hipóteses de inelegibilidade, mas não é só isso, essa Lei versa também sobre regras de processo judicial eleitoral e serve até como uma espécie de norma geral, ou básica, de Direito Eleitoral.

Tal norma trata sobre as hipóteses de inelegibilidade de um pretense candidato que pleiteia cargo público eletivo no Legislativo e no Executivo. Para Rodrigo López (2012, p.142-143), a inelegibilidade é 'a negação, o impedimento, o obstáculo à impossibilidade de exercício da capacidade eleitoral passiva. O elemento nuclear ou o conteúdo essencial da inelegibilidade é o impedimento ao exercício da capacidade eleitoral passiva'.

A inelegibilidade é um estado jurídico em que se deixa de ser elegível por descumprir alguma das condições de elegibilidade ou por algum fato ilícito definido na Lei Complementar, no caso a 64/90, a Lei das Inelegibilidades.

É uma imposição jurídica, como sanção por não observar o disposto em lei, embora haja discordância a respeito desse tema, principalmente na jurisprudência. Ainda hoje, o entendimento do TSE sobre a questão segue essa linha:

⁷ Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre:
I - direito civil, comercial, penal, processual, eleitoral, agrário, marítimo, aeronáutico, espacial e do trabalho;

AgR-REspe - Agravo Regimental em Recurso Especial Eleitoral nº 34811 - Nova Soure/BA - Acórdão de 11/04/2013 - Relator(a) Min. LAURITA HILÁRIO VAZ - Publicação: DJE - Diário de justiça eletrônico, Tomo 093, Data 20/05/2013, Página 4 Ementa ELEIÇÃO 2012. REGISTRO DE CANDIDATURA. INELEGIBILIDADE ART. 1º, INCISO I, ALÍNEA d, DA LC Nº 64/90, COM AS ALTERAÇÕES DA LC Nº 135/2010. APLICAÇÃO DA NOVA DISCIPLINA A FATOS ANTERIORES. POSSIBILIDADE. PRAZO. OITO ANOS. CONTAGEM. OFENSA. PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA. NÃO OCORRÊNCIA. DESPROVIMENTO. [...] 3. A inelegibilidade assim como a falta de qualquer das condições de elegibilidade nada mais são do que restrições temporárias à possibilidade de qualquer pessoa se candidatar e devem ser aferidas a cada eleição, de acordo com as regras aplicáveis no pleito, não constituindo essa análise ofensa ao direito adquirido, ao ato jurídico perfeito, à coisa julgada ou à segurança jurídica. 4. Agravo regimental a que se nega provimento.

As afirmações que colocam a inelegibilidade como uma condição a ser atingida são de uma defesa muito complicada, essa posição claramente se trata de um drible hermenêutico, por isso esse trabalho não a adotará.

Existem dois tipos de inelegibilidade: a inelegibilidade inata⁸, quando não parte de nenhum fator ilícito, apenas tem requisitos de precaução para manter o equilíbrio na disputa eleitoral (COSTA, 2013); e a inelegibilidade cominada⁹, que advém de uma sanção que se aplicará ao presente (simples), ou ao futuro (potenciada).

Trata-se a inelegibilidade cominada, conforme Adriano Soares da Costa (2013, p.188), de 'sanção imposta pelo ordenamento jurídico, em virtude da prática de algum ato ilícito eleitoral, consistente na perda da elegibilidade ou na impossibilidade de obtê-la'.

Poderá ser a sanção aplicada em uma eleição, chamada de inelegibilidade cominada simples, a qual fora declarada por ato ilícito, ou pode ser a sanção aplicada a eleições futuras, chamada de inelegibilidade cominada potenciada, onde potencializa (COSTA, 2013) uma condenação pela prática de ato ilícito, com a perda ou suspensão dos direitos políticos, seja decorrente de infração eleitoral ou não¹⁰.

⁸ Falta de condições de elegibilidade, como as extraídas do art. 14, §3º da Constituição Federal.

⁹ Por exemplo, as causas de inelegibilidade previstas na Lei comp. nº 64/90, art. 1º, I, "d", "e", "f" e "g", dentre outras prevista nesta mesma lei.

¹⁰ À exemplo do que dispõe o art. 15, III da Constituição Federal e art. 1º, I, "e", Lei Complementar 64/90.

A inelegibilidade não deve ser encarada como uma obrigação, um dever, somente como um pressuposto do fato jurídico para não se alcançar a elegibilidade (COSTA, 2013). A Lei Complementar nº 135/10 (Lei da Ficha Limpa) modificou o tempo de aplicação das penas para 8 (oito) anos e retirou a obrigatoriedade do trânsito em julgado para decretar as sanções, mais adiante se analisará de maneira mais individualizada essa lei que modificou a Lei das Inelegibilidades.

Taxativamente, em seu art. 1º, a Lei das Inelegibilidades coloca como inelegíveis os analfabetos, os inalistáveis (requisito obrigatório para ser passível de voto), os condenados por crimes, improbidade administrativa ou abuso de poder, que tenham perdido o mandato por quebra de decoro parlamentar, por não ter se desincompatibilizado de cargos públicos para o pleito, os que forem declarados indignos, quando tiverem suas contas desaprovadas, além de não preencherem as condições de elegibilidade, dentre outros pontos que a Lei elenca. Não cumprir esses requisitos significa a impossibilidade de ser votado.

Mas essa legislação tem uma amplitude maior, traz ritos processuais para o julgamento de impugnações de candidaturas por conta (art. 3º a 8º)¹¹ de não

¹¹ Art. 3º Caberá a qualquer candidato, a partido político, coligação ou ao Ministério Público, no prazo de 5 (cinco) dias, contados da publicação do pedido de registro do candidato, impugná-lo em petição fundamentada.

§ 1º A impugnação, por parte do candidato, partido político ou coligação, não impede a ação do Ministério Público no mesmo sentido.

§ 2º Não poderá impugnar o registro de candidato o representante do Ministério Público que, nos 4 (quatro) anos anteriores, tenha disputado cargo eletivo, integrado diretório de partido ou exercido atividade político-partidária.

§ 3º O impugnante especificará, desde logo, os meios de prova com que pretende demonstrar a veracidade do alegado, arrolando testemunhas, se for o caso, no máximo de 6 (seis).

Art. 4º A partir da data em que terminar o prazo para impugnação, passará a correr, após devida notificação, o prazo de 7 (sete) dias para que o candidato, partido político ou coligação possa contestá-la, juntar documentos, indicar rol de testemunhas e requerer a produção de outras provas, inclusive documentais, que se encontrarem em poder de terceiros, de repartições públicas ou em procedimentos judiciais, ou administrativos, salvo os processos em tramitação em segredo de justiça.

Art. 5º Decorrido o prazo para contestação, se não se tratar apenas de matéria de direito e a prova protestada for relevante, serão designados os 4 (quatro) dias seguintes para inquirição das testemunhas do impugnante e do impugnado, as quais comparecerão por iniciativa das partes que as tiverem arrolado, com notificação judicial.

§ 1º As testemunhas do impugnante e do impugnado serão ouvidas em uma só assentada.

§ 2º Nos 5 (cinco) dias subseqüentes, o Juiz, ou o Relator, procederá a todas as diligências que determinar, de ofício ou a requerimento das partes.

§ 3º No prazo do parágrafo anterior, o Juiz, ou o Relator, poderá ouvir terceiros, referidos pelas partes, ou testemunhas, como conhecedores dos fatos e circunstâncias que possam influir na decisão da causa. § 4º Quando qualquer documento necessário à formação da prova se achar em poder de terceiro, o Juiz, ou o Relator, poderá ainda, no mesmo prazo, ordenar o respectivo depósito.

§ 5º Se o terceiro, sem justa causa, não exibir o documento, ou não comparecer a juízo, poderá o Juiz contra ele expedir mandado de prisão e instaurar processo por crime de desobediência.

atenderem às condições necessárias para se candidatar e representações que tenham por base a lei das eleições, que apurem abuso de poder (art. 22¹²), ou seja,

Art. 6º Encerrado o prazo da dilação probatória, nos termos do artigo anterior, as partes, inclusive o Ministério Público, poderão apresentar alegações no prazo comum de 5 (cinco) dias.

Art. 7º Encerrado o prazo para alegações, os autos serão conclusos ao Juiz, ou ao Relator, no dia imediato, para sentença ou julgamento pelo Tribunal.

Parágrafo único. O Juiz, ou Tribunal, formará sua convicção pela livre apreciação da prova, atendendo aos fatos e às circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes, mencionando, na decisão, os que motivaram seu convencimento.

Art. 8º Nos pedidos de registro de candidatos a eleições municipais, o Juiz Eleitoral apresentará a sentença em cartório 3 (três) dias após a conclusão dos autos, passando a correr deste momento o prazo de 3 (três) dias para a interposição de recurso para o Tribunal Regional Eleitoral.

§ 1º A partir da data em que for protocolizada a petição de recurso, passará a correr o prazo de 3 (três) dias para a apresentação de contra-razões.

§ 2º Apresentadas as contra-razões, serão os autos imediatamente remetidos ao Tribunal Regional Eleitoral, inclusive por portador, se houver necessidade, decorrente da exigüidade de prazo, correndo as despesas do transporte por conta do recorrente, se tiver condições de pagá-las.

¹² Art. 22. Qualquer partido político, coligação, candidato ou Ministério Público Eleitoral poderá representar à Justiça Eleitoral, diretamente ao Corregedor-Geral ou Regional, relatando fatos e indicando provas, indícios e circunstâncias e pedir abertura de investigação judicial para apurar uso indevido, desvio ou abuso do poder econômico ou do poder de autoridade, ou utilização indevida de veículos ou meios de comunicação social, em benefício de candidato ou de partido político obedecida o seguinte rito: (Vide Lei nº 9.504, de 1997)

I - o Corregedor, que terá as mesmas atribuições do Relator em processos judiciais, ao despachar a inicial, adotarás as seguintes providências:

a) ordenará que se notifique o representado do conteúdo da petição, entregando-se-lhe a segunda via apresentada pelo representante com as cópias dos documentos, a fim de que, no prazo de 5 (cinco) dias, ofereça ampla defesa, juntada de documentos e rol de testemunhas, se cabível;

b) determinará que se suspenda o ato que deu motivo à representação, quando for relevante o fundamento e do ato impugnado puder resultar a ineficiência da medida, caso seja julgada procedente;

c) indeferirá desde logo a inicial, quando não for caso de representação ou lhe faltar algum requisito desta lei complementar;

II - no caso do Corregedor indeferir a reclamação ou representação, ou retardar-lhe a solução, poderá o interessado renová-la perante o Tribunal, que resolverá dentro de 24 (vinte e quatro) horas;

III - o interessado, quando for atendido ou ocorrer demora, poderá levar o fato ao conhecimento do Tribunal Superior Eleitoral, a fim de que sejam tomadas as providências necessárias;

IV - feita a notificação, a Secretaria do Tribunal juntará aos autos cópia autêntica do ofício endereçado ao representado, bem como a prova da entrega ou da sua recusa em aceitá-la ou dar recibo;

V - findo o prazo da notificação, com ou sem defesa, abrir-se-á prazo de 5 (cinco) dias para inquirição, em uma só assentada, de testemunhas arroladas pelo representante e pelo representado, até o máximo de 6 (seis) para cada um, as quais comparecerão independentemente de intimação;

VI - nos 3 (três) dias subseqüentes, o Corregedor procederá a todas as diligências que determinar, ex officio ou a requerimento das partes;

VII - no prazo da alínea anterior, o Corregedor poderá ouvir terceiros, referidos pelas partes, ou testemunhas, como conhecedores dos fatos e circunstâncias que possam influir na decisão do feito;

VIII - quando qualquer documento necessário à formação da prova se achar em poder de terceiro, inclusive estabelecimento de crédito, oficial ou privado, o Corregedor poderá, ainda, no mesmo prazo, ordenar o respectivo depósito ou requisitar cópias;

IX - se o terceiro, sem justa causa, não exhibir o documento, ou não comparecer a juízo, o Juiz poderá expedir contra ele mandado de prisão e instaurar processo s por crime de desobediência;

X - encerrado o prazo da dilação probatória, as partes, inclusive o Ministério Público, poderão apresentar alegações no prazo comum de 2 (dois) dias;

XI - terminado o prazo para alegações, os autos serão conclusos ao Corregedor, no dia imediato, para apresentação de relatório conclusivo sobre o que houver sido apurado;

traz, em seu bojo, várias normas de processo e de direito eleitoral, daí a sua grande importância para ordenamento jurídico eleitoral.

A partir da Lei das Inelegibilidades, começou um processo de produção legislativa para cada eleição que iria se realizar no Brasil, de forma que praticamente a cada eleição se tinha uma Lei nova, até ser promulgada a Lei 9.504/97. Com a chegada da referida Lei, atual Lei das Eleições, o país viveu uma expectativa de estabilização dos seus processos eleitorais, pelo menos no que tange a sua regulamentação legal.

Tal sentimento foi se desfazendo quando se chegava próximo de cada eleição, de lá até hoje, pois sempre se veem projetos de reformas ou minirreformas eleitorais sendo propostos e aprovados, mas, pelo menos, estabeleceram-se regras básicas, gerais para as eleições na oportunidade da aludida Lei.

Mas, existe uma alteração legal e paradigmática nessa lei muito importante, já dois anos depois de sua entrada em vigor, que foi o implemento do artigo 41-A¹³

XII - o relatório do Corregedor, que será assentado em 3 (três) dias, e os autos da representação serão encaminhados ao Tribunal competente, no dia imediato, com pedido de inclusão incontinenti do feito em pauta, para julgamento na primeira sessão subsequente;

XIII - no Tribunal, o Procurador-Geral ou Regional Eleitoral terá vista dos autos por 48 (quarenta e oito) horas, para se pronunciar sobre as imputações e conclusões do Relatório;

XIV - julgada procedente a representação, o Tribunal declarará a inelegibilidade do representado e de quantos hajam contribuído para a prática do ato, cominando-lhes sanção de inelegibilidade para as eleições a se realizarem nos 3 (três) anos subsequentes à eleição em que se verificou, além da cassação do registro do candidato diretamente beneficiado pela interferência do poder econômico e pelo desvio ou abuso do poder de autoridade, determinando a remessa dos autos ao Ministério Público Eleitoral, para instauração de processo disciplinar, se for o caso, e processo-crime, ordenando quaisquer outras providências que a espécie comportar;

XIV – julgada procedente a representação, ainda que após a proclamação dos eleitos, o Tribunal declarará a inelegibilidade do representado e de quantos hajam contribuído para a prática do ato, cominando-lhes sanção de inelegibilidade para as eleições a se realizarem nos 8 (oito) anos subsequentes à eleição em que se verificou, além da cassação do registro ou diploma do candidato diretamente beneficiado pela interferência do poder econômico ou pelo desvio ou abuso do poder de autoridade ou dos meios de comunicação, determinando a remessa dos autos ao Ministério Público Eleitoral, para instauração de processo disciplinar, se for o caso, e de ação penal, ordenando quaisquer outras providências que a espécie comportar; (Redação dada pela Lei Complementar nº 135, de 2010)

XV - se a representação for julgada procedente após a eleição do candidato serão remetidas cópias de todo o processo ao Ministério Público Eleitoral, para os fins previstos no art. 14, §§ 10 e 11 da Constituição Federal, e art. 262, inciso IV, do Código Eleitoral. (Revogado pela Lei Complementar nº 135, de 2010)

XVI – para a configuração do ato abusivo, não será considerada a potencialidade de o fato alterar o resultado da eleição, mas apenas a gravidade das circunstâncias que o caracterizam. (Incluído pela Lei Complementar nº 135, de 2010)

Parágrafo único. O recurso contra a diplomação, interposto pelo representante, não impede a atuação do Ministério Público no mesmo sentido.

¹³ Art. 41-A. Ressalvado o disposto no art. 26 e seus incisos, constitui captação de sufrágio, vedada por esta Lei, o candidato doar, oferecer, prometer, ou entregar, ao eleitor, com o fim de obter-lhe o voto, bem ou vantagem pessoal de qualquer natureza, inclusive emprego ou função pública, desde o

através da aprovação da lei 9.840/99. Esse fato histórico muda todo o norte da Justiça Eleitoral e até, é possível se afirmar, do próprio Direito Eleitoral, que passa a proteger também o eleitor ao invés de somente a eleição.

Historicamente, a Justiça Eleitoral combateu o abuso de poder econômico e político, tendo como parâmetro a potencialidade lesiva dos atos ilícitos por ventura praticados durante um pleito eleitoral, de forma que esses acontecimentos, uma vez comprovados, teriam que ter capacidade de mudar o resultado da eleição para que se tivesse uma intervenção do Poder Judiciário no resultado final apresentado pelas urnas.

Com o advento do art. 41-A da Lei 9.504/97 o foco de atuação da aludida norma passa a ser também o eleitor, sua incolumidade, a inviolabilidade da sua vontade livre. Assim, a comprovação de um só voto turbado passa a ter força para anular todos os demais recebidos em uma eleição.

Então, esse fato histórico muda o paradigma do Direito Eleitoral Pátrio, razão pela qual se pode afirmar categoricamente que o país tem uma história antes, no que tange a esse ramo do Direito Pátrio, e outra depois do advento dessa modificação legislativa.

A corrupção eleitoral passa a ter outra configuração, outra concepção, uma punição factível do ponto de vista cível-eleitoral. Esse mal que pode se identificar no Brasil desde os primeiros registros de eleições para cargos representativo-políticos, passa a ter um dispositivo legal que visa a sua coibição de maneira mais contundente.

Com o art. 41-A, passa a existir uma punição cível-eleitoral, através da modalidade denominada captação ilícita de sufrágio, que na seara penal-eleitoral já

registro da candidatura até o dia da eleição, inclusive, sob pena de multa de mil a cinqüenta mil Ufir, e cassação do registro ou do diploma, observado o procedimento previsto no art. 22 da Lei Complementar nº 64, de 18 de maio de 1990. (Incluído pela Lei nº 9.840, de 1999)

§ 1º Para a caracterização da conduta ilícita, é desnecessário o pedido explícito de votos, bastando a evidência do dolo, consistente no especial fim de agir. (Incluído pela Lei nº 12.034, de 2009)

§ 2º As sanções previstas no caput aplicam-se contra quem praticar atos de violência ou grave ameaça a pessoa, com o fim de obter-lhe o voto. (Incluído pela Lei nº 12.034, de 2009)

§ 3º A representação contra as condutas vedadas no caput poderá ser ajuizada até a data da diplomação. (Incluído pela Lei nº 12.034, de 2009) § 4º O prazo de recurso contra decisões proferidas com base neste artigo será de 3 (três) dias, a contar da data da publicação do julgamento no Diário Oficial. (Incluído pela Lei nº 12.034, de 2009)

era prevista e punida pelo artigo 299¹⁴ do Código Eleitoral de 1965, ou seja, um mesmo fato punível no âmbito penal-eleitoral, com detecção de 2 a 4 anos de reclusão, demora 34 (trinta e quatro) anos para ser punível também na esfera cível-eleitoral com a perda do mandato eletivo conquistado através de prática idêntica.

Vale ressaltar, durante todo esse interregno, as pessoas que postulavam cargos públicos eletivos através do exercício do voto direto dos cidadãos se sentiram à vontade para praticar a famosa compra de votos. Mais do que isso, a ausência de previsão legislativa na seara cível-eleitoral era um verdadeiro estímulo para essa prática condenável.

Esse tipo legal, como já dito, popularmente conhecido como compra de votos dá-se de duas maneiras: a primeira por meio de benefícios ofertados ao eleitor, sejam bens materiais ou imateriais; e a segunda pela coerção, impondo a vontade do candidato, no caso em relação ao voto propriamente dito, sob ameaças psicológicas ou até mesmo de violência física.

Para a caracterização da captação ilícita de sufrágio é necessário que haja uma ação, no caso, de propor, até mesmo apenas prometer, algo ou ameaçar alguém com intuito de obter o voto. É necessário, ainda, que haja uma pessoa física determinada, nesse caso o eleitor, e a ocorrência de um resultado, no caso a obtenção do voto, na forma descrita por Adriano Soares da Costa (2013), como também é o entendimento do Tribunal Superior Eleitoral.

O ponto mais difícil é determinar como se enquadra o pedido específico para captação do sufrágio. Foi para eliminar dúvidas que esse artigo aponta em seu parágrafo primeiro não ser necessário o pedido explícito de votos, bastando apenas a evidência de dolo presente na finalidade da ação. Como dito anteriormente, esse ato deverá estar configurado durante o período eleitoral, iniciando a sua incidência no momento do requerimento do registro de candidatura, não de seu deferimento (COSTA, 2013, p. 251). Comprovada essa captação ilícita, a pena imposta será a inelegibilidade e a perda do mandato eletivo, caso o candidato tenha conquistado um mandato.

¹⁴ Art. 299. Dar, oferecer, prometer, solicitar ou receber, para si ou para outrem, dinheiro, dádiva, ou qualquer outra vantagem, para obter ou dar voto e para conseguir ou prometer abstenção, ainda que a oferta não seja aceita:
Pena - reclusão até quatro anos e pagamento de cinco a quinze dias-multa

No começo da aplicabilidade do artigo, a sanção prevista nele causava pouco efeito, visto que a Lei Complementar 135/2010 (Lei da Ficha Limpa) ainda não existia para, além de aumentar o período de 3 para 8 anos de punição, também retirar a obrigatoriedade do trânsito em julgado para gerar efeito imediato. Mais adiante tratar-se-á especificamente sobre essa Lei.

Na captação ilícita de sufrágio, a inelegibilidade só será de fato alcançada, se incidir na cassação do registro ou diploma do candidato, quando restar comprovada em um caso concreto a gravidade da circunstância, caso contrário, a sanção correta será a aplicação da multa e não a inelegibilidade (COSTA, 2013).

Ainda no início da aplicabilidade dessa Lei, o Tribunal Superior Eleitoral entendia que para se configurar a captação era necessário que se tratasse de fato notório e que tivesse influência direta no resultado das eleições.

Felizmente, aos poucos, esse posicionamento foi se moldando, passando-se a compreender que a captação apenas ensejaria o cancelamento do registro do candidato, e não mais a inelegibilidade direta. Em entendimento de 2003, o TSE assim se manifesta:

Representação. Captação ilegal de sufrágio. Art. 41-A da Lei nº 9.504/97. Inconstitucionalidade parcial afastada. Infração configurada. Imediata Cassação do diploma. – segundo já teve ocasião de assentar a Corte, a cassação do diploma por infração do art. 41-A da Leis nº 9.504/97 não implica declaração de inelegibilidade. O escopo do legislador, nessa hipótese, é o de afastar imediatamente da disputa aquele que no curso da campanha eleitoral incidiu no tipo captação de sufrágio vedada por lei. Inconstitucionalidade parcial da norma afastada. Recurso especial eleitoral conhecido e provido parcialmente. (REsp nº 19.644/SE, Rel. Min. Barros Monteiro, pub. DJ, p.190, 14 de fev. 2003, grifos apostos).

Ser inelegível, portanto, é possuir estado negativo de elegibilidade, seja porque não preenche os requisitos de elegibilidade, tornando-se assim um inelegível inato, seja por perda do registro de candidatura imposta como sanção ao cometimento de ato ilícito (COSTA, 2013).

Portanto, o registro de candidatura 'é o ato jurídico que faz nascer o direito de ser votado (elegibilidade)' (COSTA, 2013, pg. 261), em que as condições de elegibilidade atuam como pressupostos de validade do registro do candidato. A

cassação do registro do candidato gerará, caso haja sentença desconstitutiva, a perda de todos os efeitos jurídicos por ele proporcionados.

O que, de fato, o art. 41-A protege é a perfeita ordem na administração das eleições através da proteção ao eleitor. Já as inelegibilidades 'tutelam o futuro mandato' (REIS, 2010, p. 119), afinal, nada mais é do que qualquer impedimento que provoque a perda da capacidade para o candidato se eleger.

Para que a captação do sufrágio gere seus efeitos, que é o cancelamento do registro do candidato, não é obrigatório configurar prova material ou demonstrar a causalidade existente entre o delito e a prova do ato ilícito. Basta que haja promessa de vantagem pessoal com a finalidade de obter votos, bem diferente do que ocorre em casos de abuso de poder em que deve haver a prova de que esse ato prejudicou as eleições.

Assim, fica patente que a ocorrência da modificação de paradigmas do Direito Eleitoral, conforme a evolução legislativa aqui descrita, mas a grande dispersão dos institutos e a indefinição quanto à maneira de interpretar e aplicar as previsões legais, com o uso de técnicas de interpretação antiquadas, do século XIX, inadequadas a um ambiente constitucional, levam a um quadro de incerteza quanto ao próprio Direito Eleitoral.

Por essa razão é imperioso que o intérprete/Juiz aplicador da Lei tenha um parâmetro, ou ferramentas que lhe auxiliem no seu *mister* em um ponto de vista constitucional, pois grande parte da insegurança que o sistema jurídico-eleitoral causa atualmente é em função da ausência de compromisso com uma perspectiva constitucional, algo que pode ser saneado com o uso da Hermenêutica Filosófica na interpretação, como se verá adiante.

3 A INTERPRETAÇÃO TELEOLÓGICA COMO RECURSO HERMENÊUTICO TRADICIONAL, A VIRAGEM ONTOLÓGICO-LINGUÍSTICA E A SUA NÃO (PERCEP/RECEP)ÇÃO PELO MODELO INTERPRETATIVO BRASILEIRO

Todos os marcos legais delineados na parte inicial desse trabalho são frutos do desenvolvimento da ideia de que era necessário se ter uma Justiça Eleitoral no Brasil, dadas as condições desiguais em que as eleições se desenvolviam no país. A partir do advento dessas leis se buscou as mais diversas maneiras de aplicação dessas normas legais, de forma que o uso da interpretação teleológica, da ‘teleologia da norma’, para a resolução de casos na Justiça Eleitoral se apresentou no país até os dias atuais como algo comum, mas sem que houvesse um enfrentamento por parte da comunidade jurídica de que essa maneira de interpretar não se adéqua a um ambiente constitucional.

É praticamente uma antítese se falar em urna eletrônica e, no mesmo cenário institucional, ter-se o uso da teleologia da norma para a resolução de um caso, excluindo-se a hermenêutica contemporânea do processo decisório.

Olvidar-se da hermenêutica filosófica, exurgida depois do giro ontológico-linguístico, no momento de se solucionar um caso, é esquecer a condição do homem jurisdicionado, de um ramo da Justiça brasileira respeitada pela adoção de procedimentos avançados para garantir o livre e eficiente exercício da cidadania e, sobretudo, não respeitar o Estado Democrático de Direito (im)posto pela Constituição Federal de 1988¹⁵.

Não deveria haver como se desconsiderar a hermenêutica contemporânea no estudo de um direito que é a base para o exercício das prerrogativas democráticas que o regime democrático adotado no Brasil permite, posto que somente ‘Há hermenêutica porque o homem é hermenêutico, isto é, finito e histórico, e isso marca o todo de sua experiência de mundo’ (OLIVEIRA, 2005, p.143).

O desprezo, ou abandono, da hermenêutica através da atuação jurisdicional do Estado conflita com a sua evolução no decorrer dos séculos. A história mostra

¹⁵ Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: I - a soberania; II - a cidadania; III - a dignidade da pessoa humana; IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V - o pluralismo político.

que se transpassou de uma hermenêutica eminentemente teleológica para um estudo jurídico da interpretação, superou-se o jus naturalismo e atualmente já se fala em pós-positivismo, avançando, século a século, para desaguar em um paradoxo (in) constitucional dos dias atuais: a Constituição limita os poderes do Estado, exige-lhe a atuação na satisfação dos direitos sociais, mas a atuação jurisdicional aparece, na prática cotidiana dos Tribunais, livre de qualquer estrutura normatizada-organizada, em que a figura do Juiz, e não a Constituição, parece ser o grande protagonista do Estado Democrático de Direito, posto que é aquele, o julgador, que dá os limites da Constituição, e não o contrário.

A grande conquista dos últimos séculos foi retirar o Estado das mãos dos governantes e entregá-lo ao povo¹⁶. Para tanto, foi preciso, dentre outros grandes esforços, limitar o poder do governante e resumi-lo a mero representante estatal.

Mesmo diante dessa realidade, dessa evolução na ciência política e demais disciplinas que estudam o direito do Estado, a superação de outrora encontra entraves hoje no Poder Judiciário.

A doutrina ou ciência que estuda a jurisdição, os seus limites e a atuação dos seus atores dentro da mesma parece estar estagnada, atrasada dois séculos, com bases em premissas individualistas e conceitos pré-constitucionais, investindo em bancar decisões técnicas, que desprezam o sistema do ordenamento jurídico pátrio e ofendem diretamente a Constituição, como é o caso daquelas que se valem da interpretação teleológica, alvo deste capítulo.

Veja-se que a finalidade do direito existe e deve ser perseguida, mas dentro da estrutura e limites constitucionalmente impostos. Ela não tem que ser desvendada, mas reconhecida a partir da produção legislativa e nos limites constitucionais. A própria norma impõe a sua finalidade.

A função jurisdicional do Estado deve ser desenvolvida através de estudos e com o mesmo rigor científico que as demais, e não de forma irregular como vem se colocando hoje com cada juiz se achando no poder de ditar o direito, criar o direito e fazer dele aquilo que acha melhor, entende que determinar o que é o direito de acordo com o seu entendimento pessoal é o melhor direito em cima dos casos submetidos a sua análise.

¹⁶ Art. 1º, parágrafo único, da Constituição Federal: Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.

Isso leva a uma crise de identidade jurídica, em que uma mesma lei, um mesmo dispositivo legal, encontra diferentes formas de aplicação, diferentes significados e alcances, sem limites, mas em nenhuma dessas situações representa o sentido do texto normativo apreciado pelo intérprete.

A desconsideração da hermenêutica em sua forma mais adequada à contemporaneidade leva à necessidade da análise de tal postura do Judiciário Eleitoral, que é apresentada nesse estudo. Por isso, é imperioso que se verifique a forma de interpretação utilizada na aplicação do direito para que se tente demonstrar onde residem os equívocos e quais as soluções trazidas por esse movimento de crítica (ou nova crítica) ao direito para a correção das decisões judiciais.

3.1 A aplicação da Lei das Inelegibilidades, a Hermenêutica Filosófica e a *linguistic turn*:

De Heidegger a Gadamer

A forma de interpretação tradicional utilizada no Brasil é forjada na tradição romano-germânica. Diante de um problema, o intérprete identificará de imediato a norma (regra) que deverá reger aquela hipótese, daí ele procederá a um raciocínio lógico em que a norma será a sua premissa maior e os fatos a menor, sua conclusão será o enquadramento dos fatos na norma, o que se denomina de método subjuntivo, o qual já era criticado por Betti (2007)¹⁷.

Nesse caso, 'a lei estaria capacitada para resolver qualquer situação apresentada pela vida' (ENGELMAN, 2007, p. 205), não havendo lacunas, crendo-se poder haver um saber 'mitologicamente impedido de todo alcance ontológico e axiológico' (ENGELMAN, 2007, p. 205).

Percebe-se, portanto, que o papel do intérprete, nesses casos, é extrema e estritamente técnico, de 'revelação' do sentido¹⁸ da norma, residência do perigo da interpretação, inclusive na norma positiva legislada, por haver uma sedutora inclinação para o subjetivismo.

Para tanto, o intérprete valia-se de métodos pré-determinados para o desvelamento da norma que continha um sentido oculto. Mas, 'não havia, como não

¹⁷ Interpretação das leis e dos atos jurídicos (p. 229/230), cuja primeira edição italiana data de 1949.

¹⁸ Na verdade o ato de interpretar resulta na aplicação do sentido da norma, embora haja relutância dos juristas quanto a isso. Não se interpreta sem se aplicar (STRECK, 2007).

há, no direito positivo uma hierarquia entre tais métodos, ou um caminho lógico-jurídico único para se chegar à interpretação' (KELSEN, 2009, p.391).

O intérprete era, e ainda é, livre para escolher o método, sem critério objetivo (liberdade para o intérprete empregar subjetivamente o caminho que lhe convier), ou seja, o subjetivismo já se iniciava com a escolha do método adotado para a interpretação, um perigo. Mesmo assim, há, na doutrina, uma tentativa de 'casar' esses métodos com princípios desenvolvidos especialmente para atuar nessa 'interpretação' sem subverter as premissas metodológicas tradicionais (ENGELMAN, 2007), quase uma tentativa de misturar água e óleo.

A partir daí, nota-se que a linguagem aparece como informação lastreada no paradigma da subjetividade, da consciência, mas é incapaz de gerar a segurança necessária para o processo interpretativo, pois como ensina Oliveira (2005, p. 205-206):

[...] não é simplesmente um objeto presente que está diante de nós, mas todo pensar (que) já se movimenta no seio da linguagem, ou seja, se articula numa abertura, num espaço linguisticamente mediado, no qual se abrem para nós perspectivas para a experiência do mundo e das coisas.

Ora, se é verdade o exposto retro, então deveria haver outro comportamento por parte da comunidade jurídica. Por que a interpretação do direito estaria blindada a essa alteração paradigmática de que fala Manfredo Oliveira¹⁹ (na esteira de Heidegger e Gadamer)?

Paradoxalmente, o que ocorreu no campo jurídico foi um "ir além" da subsunção, dando-se um salto para o arbítrio. Daí até o pamprincipiologismo²⁰ foi um passo rápido. Há, assim, um campo fértil para o desenvolvimento de arbítrios

¹⁹ A grande contribuição de Heidegger nessa alteração paradigmática na hermenêutica foi a 'superação da subjetividade do pensamento moderno' (GADAMER, 2012, p. 82), buscando a superação da filosofia da consciência, do dualismo cartesiano e da relação sujeito-objeto, conforme Stein (2008). Já Gadamer retirou a hermenêutica de uma qualificação da filosofia e a colocou em um plano principal. Sendo ela qualificada pela filosofia (hermenêutica filosófica), questiona a utilização de métodos nas ciências do espírito, insistindo na superação sujeito-objeto, mas incluindo a tradição e o preconceito no ato de interpretar. O intérprete está, pois, inserido em uma realidade da qual não pode se isolar, mas que não revela a sua subjetividade na compreensão, antes disso revela mais ainda a sua historicidade.

²⁰ Segundo Streck (2013) trata-se de verdadeira usina de produção de princípios despidos de normatividade, advinda da simplificação da tentativa de susperar o velho positivismo.

judiciais. Fica perceptível nessa ‘integração forçada’ a possibilidade de se estar ‘querendo fazer uma omelete sem quebrar ovos’²¹.

O que se vivencia atualmente é a uma verdadeira tentativa de se estabelecer um neoconstitucionalismo brasileiro através da absorção de sentidos desses novos princípios, levando ao ato de interpretar a aplicação de valores mais ligados ao intérprete e deixando a interpretação um ato tão livre que pode chegar facilmente ao arbítrio, discordando até dos termos constitucionais, seja por ignorá-los, seja por contrariá-los²².

É importante colocar que essa concepção contemporânea da interpretação do direito, através da hermenêutica, significa uma ‘nova concepção da constituição de sentido’ (STRECK, 2011, p. 73) no ato de interpretar/aplicar²³ as normas, principalmente as constitucionais.

Não há, portanto, como se defender a dependência de um método de fazer a ‘prática hermenêutica’ acontecer, pois as mudanças de concepções trazidas pela obra de Heidegger e Gadamer, aqui já citadas, trazem o parâmetro ontológico como sendo o mais indicado para o ato de interpretar, superando o modelo metodológico até então predominante.

Logo, a prática correta da interpretação, dentro desse novo prisma, consiste em aplicar o texto caso a caso. Com isso, a hermenêutica deixa de ser vista como método para o descobrimento da verdade, para se tornar filosofia invadida pela linguagem (STRECK, 2009).

²¹ Apesar de ser uma expressão popular trazida propositalmente nesse estudo científico, representa exatamente o que a expressão coloca.

²² O subjetivismo, o arbítrio no ato de decidir ofende o art. 93, IX da Constituição Federal, e contraria aquilo que Lênio Streck (2011) chama de ‘resposta adequada à constituição’: ‘Negar a possibilidade de que possa existir (sempre) – para cada caso – uma resposta conformada à Constituição – portanto, uma resposta correta sob o ponto de vista hermenêutico (porque é impossível cindir-se o ato interpretativo do ato aplicativo) –, pode significar a admissão de discricionariedades interpretativas, o que se mostra antitético ao caráter não relativista da hermenêutica filosófica e ao próprio paradigma do novo constitucionalismo principiológico introduzido pelo Estado Democrático de Direito, incompatível com a existência de múltiplas respostas. [...], a resposta não é a única e nem a melhor: simplesmente trata-se ‘da resposta adequada à Constituição’, isto é, uma resposta que deve ser confirmada pela própria Constituição, na Constituição mesma’.

²³ Como já se disse: interpretar é aplicar.

3.1.1 A Hermenêutica Filosófica e a interpretação: primeira aproximação

Com a hermenêutica filosófica, a compreensão deixa de ser meramente técnica (metódica). Foi isso que buscou e proporcionou Gadamer, ao libertar o conceito de verdade das amarras impostas pela metodologia científica e romper com o pensamento de que as ciências humanas e a filosofia se apresentam de forma puramente arbitrária e subjetivista, ou seja, um rompimento com a filosofia da consciência.

Já no início de sua obra, *Verdade e Método* é possível verificar a preocupação de Gadamer (2012, p. 29) quanto ao processo de compreensão e interpretação de textos, e o seu foco em desmi(s)tificar a vinculação da hermenêutica (compreensão e interpretação) a métodos científicos, ao afirmar que:

[...] o fenômeno da compreensão impregna não somente todas as referências humanas ao mundo, mas apresenta uma validade própria também no terreno da ciência, resistindo à tentativa de ser transformada em método da ciência.

Com isso, a filosofia (umbilicalmente ligada ao direito), não pode ser estudada/compreendida através de metodologia científica (GADAMER, 2012, p. 30) própria das ciências positivas. Nos ensinamentos do referido autor, a exemplo do que é defendido na sua obra mais festejada, *Verdade e Método* (2012), se defendeu a ausência do apego ao uso de métodos para se realizar a interpretação, tratando-se, em última instância, da elaboração de uma análise antimetafísica [anti-subjetiv(ist)a], posto que após o advento da viragem linguística (HEIDEGGER, 2012), bem como depois do rompimento com o parâmetro filosófico da metafísica aristotélico-tomista e da filosofia da consciência, a linguagem passa a ocupar um importância ímpar, não devendo ser mais tratada como uma mera intermediária entre um sujeito e um objeto. Passa a ser condição de possibilidade (STRECK, 2013).

Eis a falha da hermenêutica clássica e o quadro da atual hermenêutica adequada ao ambiente democrático e constitucional²⁴ vivido hoje: a busca da compreensão do texto normativo através de métodos, comparando, sem base teórica sólida, a filosofia (compreensão) com as ciências positivas, baseadas ainda no esquema sujeito-objeto.

Mas, antes disso, Heidegger, conforme Stein (2000) apresenta a linguagem não como um terceiro elemento, um intermediário entre o sujeito e o objeto, mas como verdadeira condição de possibilidade de manifestação de sentido, independentemente do ‘método’ utilizado (STEIN, 2000).

Como assevera Oliveira (2005), Heidegger acreditava que só se poderia falar de linguagem, no sentido específico da palavra, onde o indivíduo se revela, no ser humano. Ainda conforme o mesmo autor, ‘a questão da linguagem, portanto, está vinculada à questão central de seu pensamento’ (OLIVEIRA, 2005, p. 201). Observa-se que a linguagem contém diferentes níveis, estudados por ciências diferentes.

A linguagem pode ser entendida a partir do dualismo originário, sendo vista como expressão: ‘a efetivação de essência ideal (razão, sentido), que ocorre na medida em que a razão humana se utiliza de uma matéria (no caso de um som) e a articula e transforma de tal maneira que ela possa ser veículo de sua manifestação’ (OLIVEIRA, 2005, p. 202).

É essa espécie de materialização do som com elementos cognitivos cobertos por uma lógica de sentido do próprio som que o torna linguagem humana. ‘A linguagem é, então, a expressão na vida humana em que o pensamento se exterioriza’ (OLIVEIRA, 2005, p. 203).

Assim, com razão, Wittgenstein busca estudar a natureza da linguagem em uso (1979, p. 259), afirmando que:

Quando os filósofos usam uma palavra – ‘saber’, ‘ser’, ‘objeto’, ‘eu’, ‘proposição’, ‘nome’ – e procuram captar a essência da coisa,

²⁴ Como se verifica em obras de Direito Constitucional, como as de Canotilho, Paulo Bonavides (embora este presente, de forma mais moderada, os métodos hermenêuticos, trazendo-lhes as necessárias críticas), Inocêncio Coelho, Luiz Roberto Barroso, Gilmar Ferreira Mendes, André Ramos Tavares, dentre outros, que apenas apresentam a matéria sem uma fundada crítica ou defesa sobre a sua adequação constitucional ou mesmo a superação pela hermenêutica contemporânea, deixando, muitos deles, ou quase todos, de apresentar, e até mesmo de reconhecer, o círculo hermenêutico e a defesa da tradição e superação do esquema sujeito-objeto.

devemo-nos sempre perguntar: na linguagem onde vive, esta palavra é de facto sempre assim usada?

Aduz ainda o filósofo alemão que não se pode compreender a linguagem sem se observar a situação global em que ela está inserida (1979). Atualmente, o homem vivencia a sua existência como objeto, manipulável, comandado por ele, como algo que se põe a sua disposição. Nesse ambiente a linguagem passa a ser apenas informação. O homem toma conhecimento dos entes, a fim de dominá-los e incorporá-los ao seu ser.

Heidegger, nessa concepção, conforme Oliveira (2005), afirmava que ‘a informação é o modo como a natureza se revela por meio da técnica’ (OLIVEIRA, 2005, p. 203). Ele se referia não à natureza como ela é em si, mas sim quando submetida às indagações do homem, enquanto manipulável por ele. Assim sendo, a informação se transforma em uma particularidade dos tempos atuais, ‘a informação é a mediação do saber necessário à manipulação’ (OLIVEIRA, 2005, p. 203).

O mesmo Oliveira (2005) afirma que Heidegger não desaprova a pesquisa atual sobre a linguagem, no entanto, essa pesquisa é apenas um dos inúmeros métodos de revelação da linguagem, sendo obra da subjetividade. Em seus estudos, Heidegger pretende ‘fazer o passo atrás, a fim de pensar a relação originária do homem com a linguagem’ (OLIVEIRA, 2005, p. 203).

O intérprete está dentro da linguagem, imerso por ela, e nunca a abandona, aliás, sempre fala a partir dela (OLIVEIRA, 2005). Todo o pensar se agita no peito da linguagem, articulando-se em uma abertura, permitindo para nós experiências e compreensão sobre o mundo.

Essa abertura não ocorre apenas por conta da subjetividade em que os homens estão inseridos, de forma que nos ‘marca, determina e nela se dá a revelação dos entes a nós’ (OLIVEIRA, 2005, p. 206).

O homem, desde sempre, encontra-se situado em um mundo determinado, hermenêutico, finito. Entendendo seu ser, o homem entende suas possibilidades e as suas condições. O modo de ser do estar-aí (STEIN, 2008) – ou eis-aí-ser (OLIVEIRA, 2005), ou do ser em si mesmo, é, de alguma forma, um ser adiante de si mesmo, conforme anota Oliveira (2005). Da mesma forma afirma Stein (2008). Streck (2013, p. 213), honra tal pensamento, informando que ‘homem (‘Ser-aí’) e ser

estão unidos por um vínculo indissociável. Isso porque, em tudo aquilo com que ele se relaciona, o homem já compreendeu o ser, ainda que ele não se dê conta disso’.

Assim, ‘há, em toda a ação humana, uma compreensão antecipada do ser que permite que o homem se movimente no mundo para além de um agir no universo meramente empírico, ligado a objetos’ (STRECK, 2013, p. 213).

Gadamer (2012) vai além desta discussão metodológica, partindo do *dasein* de Heidegger, entendendo que a analítica temporal do ser humano naquele demonstra que a compreensão não é um modo de comportamento do sujeito, mas uma maneira de ser do *dasein*.

3.1.2 A Hermenêutica Filosófica e a interpretação: segunda aproximação

Enquanto Heidegger (2012) se preocupou unicamente em desenvolver a estrutura prévia da compreensão, imbuído por uma finalidade essencialmente ontológica, Gadamer (2012), por sua vez, buscou compreender como a hermenêutica pode fazer jus à historicidade da compreensão.

Para o próprio Gadamer (2012, p. 354), é necessário repensar a hermenêutica a partir de uma análise da sua temporalidade, posto que:

[...] não só o mundo é mundo apenas quando vem à linguagem, como a própria linguagem só tem sua verdadeira existência no fato de que nela se representa o mundo [...]. Precisamos seguir essa relação entre ‘linguagem e mundo’, para alcançar um horizonte adequado para o ‘caráter de linguagem da experiência hermenêutica’.

O referido autor, não se preocupa com a formação de uma ciência da compreensão, sem procurar trazer para a hermenêutica um sentido ‘teórico-instrumental de elaboração de regras para a compreensão’ (OLIVEIRA, 2005, p. 227), buscando entender como seria possível a compreensão, partindo de Kant, para ir bem além desse filósofo, contrariando a subjetividade isolada e separada da história.

O ser-no-mundo não pode superar a sua própria faticidade. Por isso, sua hermenêutica é considerada uma hermenêutica da finitude, ‘o que significa para ele

[...] a demonstraco de que nossa consciência  determinada pela história' (OLIVEIRA, 2005, p.232):

Por isso, o compreender não  a transferência para o interior do autor ou uma mera reproduo de suas vivncias²⁵, mas um entender sobre a 'coisa'. A compreensão  a própria interpretao, e toda interpretao surge e evolui no seio da linguagem, que quer deixar o vir  palavra e  a linguagem própria ao intérprete (OLIVEIRA, 2005).

O mesmo autor continua afirmando que a linguagem se apresenta, em Gadamer, como um evento finito, histórico, apontando para uma estrutura ontológico-universal, 'isto , para a constituio essencial de tudo aquilo que  compreensível'. Enfim, 'o Ser, que pode ser compreendido,  linguagem' (GADAMER, 2012, p. 645). A 'hermenêutica não  a base metodológica das assim chamadas ciências do espírito, mas um aspecto universal da filosofia enquanto tal' (OLIVEIRA, 2005, p. 245), por isso ela seria filosófica.

Gadamer (2012) acredita no caminho da linguagem como superao da metafísica porque essa 'não  um projeto de mundo da subjetividade: ela  menos linguagem do homem do que linguagem das coisas, pois nela acontece a correspondência entre subjetividade e objetividade' (OLIVEIRA, 2005, p. 247).

Para Gadamer (2012, p. 406), compreender  interpretar e:

[...] relacionado com isso está o fato de que a linguagem e a conceptuabilidade da interpretao foram reconhecidas como um momento estrutural interno da compreensão; com isso o problema da linguagem que ocupava uma posio ocasional e marginal passa a ocupar o centro da filosofia.

Fica claro que a linguagem muda de patamar no processo compreensivo do intérprete, de algo irrelevante, que não era notada pelos intérpretes, passa a ser um elemento de conexão que liga o conteúdo internalizado do intérprete com o conhecimento a ser aplicado no processo interpretativo. Nesse sentido, Gadamer (2012, p. 497) também diz que:

Compreender o que alguém diz  por-se de acordo na linguagem e não transferir-se para o outro e reproduzir suas vivências. Destacamos que a experiência de sentido, que assim ocorre na

²⁵ Como pensava a escola da hermenêutica psicológica de Schleiermacher, segundo o Autor.

compreensão, implica sempre um momento de aplicação. Percebemos agora que todo esse processo é um processo de linguagem. [...] A linguagem é o meio em que se realizam o acordo dos interlocutores e o entendimento sobre a coisa em questão.

O entendimento entre os homens (interlocutores), para Gadamer, e o consenso entre o que é bom e correto se faz na linguagem (SOMBRA, 2008), mas é na escrita que 'a linguagem alcança a sua verdadeira espiritualidade' (GADAMER, 2012, p. 506). Por isso é importante encarar a escrita em sua real concepção, pois '[...] A escrita ocupa o centro do fenômeno hermenêutico' (GADAMER, 2012, p. 507), posto que, 'graças ao escrito, o texto adquire uma existência autônoma' (GADAMER, 2012, p. 507), não se tratando de elemento secundário, inferior à linguagem.

Por isso, a necessidade de o intérprete do direito compreender o giro ontológico-linguístico, que poderia ser definido, de maneira sedimentada, assim: 'a metafísica seria entendida como ontologia, doutrina que estuda os caracteres fundamentais do ser: aquilo sem o qual algo não é; se refere às determinações necessárias do ser' (STRECK, 2010, p.13).

E o denominado giro linguístico se dá através da ruptura com a filosofia da consciência, paradigma da subjetividade, já no século XX. Sendo isso considerado a tábua de libertação da filosofia que, da essência, passara na modernidade para a consciência (STRECK, 2010).

É importante afirmar que a sustentação dessa 'passagem' não se faz somente no fato de os problemas filosóficos se tornarem linguísticos, por se tratar do ingresso prático no mundo da filosofia. Desse modo, podendo-se dizer que há uma verdadeira transferência do conhecimento para o âmbito da linguagem, onde o mundo se descortina e que a partir disso haverá 'uma subjetividade 'assujeitadora' e não o sujeito da relação de objetos' (STRECK, 2010, p. 14 e 15).

É perceptível, nesse novo prisma, que o sujeito não é o protagonista do conhecimento, mas a própria linguagem, de forma que a compreensão se apresenta como um pressuposto da própria condição humana, fazendo parte da dimensão ontológica, fazendo parte do que se compreende como círculo hermenêutico-ontológico (STRECK, 2010).

A viragem ontológico-linguística alterou toda a noção de conhecimento, podendo-se falar em relação entre atores sociais e proposições, colocando a

linguagem em um ponto fulcral do conhecimento, conforme Heidegger (2012), que apresenta a linguagem não como um terceiro elemento, um intermediário entre o sujeito e o objeto, mas como verdadeira condição de possibilidade de manifestação de sentido.

Pode-se dizer que a ontologia aqui abordada está vinculada à questão da própria hermenêutica. Dessa forma, encontra-se ela imbricada, envolvida com a pré-compreensão, entendida como elemento prévio de toda a expressão do ser, inclusive na linguagem (STRECK, 2010).

Nesse sentido, a consciência do intérprete perde espaço e ganha força a linguagem, naquilo que é colocado no mundo pelos atores sociais que fazem a sociedade, já que não há relacionamento entre esses e as coisas sem a linguagem, sendo ela, conforme dito acima, uma verdadeira 'condição de possibilidade' para que aconteça o processo de integração aqui estudado. Por isso, a novel ontologia passa a ser uma ontologia da linguagem (OLIVEIRA, 2005).

Esse avanço da ciência hermenêutica não chegou à maioria dos Tribunais brasileiros, inclusive, e principalmente, à Justiça Eleitoral, como se demonstrará a seguir. A 'teleologia da norma' ainda tende a se impor sobre a filosofia hermenêutica, termo utilizado por Martin Heidegger, e a hermenêutica filosófica, expressão cunhada por Hans-Georg Gadamer.

Não se notou no surgimento da primeira um espaço destinado à atribuição de sentido, e, na segunda, que centra a sua atenção sobre o eis-aí-ser, ou ser em si mesmo (Dasein), como uma entidade, um ser no mundo, um verdadeiro novo paradigma hermenêutico (OLIVEIRA, 2005).

Dessa forma, 'a filosofia faz-se, assim, uma ontologia hermenêutica, isto é, interpretação do sentido de ser, enquanto sentido que subjaz a toda e qualquer atividade do homem no mundo' (OLIVEIRA, 2005, p. 208). Do homem enquanto homem, enquanto ser pensante que existe e atesta a sua existência e a dos outros seres, pois, compreendendo o homem, poderá se vislumbrar as suas possibilidades, podendo firmar posição diante de si mesmo e dos outros.

Com isso, não tem como se interpretar sem se perpassar pela 'viragem ontológico-linguística', por uma 'virada hermenêutica', não sendo razoável que alguém creia que o direito tenha que ficar de fora dessa transformação advinda da filosofia e continuar se admitindo a busca por uma finalidade que só se encontra na consciência do intérprete juiz (STRECK, 2011).

Nos tempos atuais, de ‘viragem ontológico-linguística’, não há como se conformar com o ato de julgar que indique a finalidade da norma da maneira que a consciência de um Juiz quer (decisão solipsista), como se o ato de julgar devesse ‘satisfação’ a um ‘tribunal da razão’ ou ficasse a cargo da boa vontade de um julgador (STRECK, 2011).

3.1.3 A Hermenêutica Filosófica e a interpretação:

Terceira e última aproximação

Chegado a esse ponto, é necessário se mergulhar na interpretação teleológica no intuito de melhor entendê-la, pois a busca pela finalidade do Estado da República Federativa do Brasil (Art. 3º, da Constituição Federal²⁶) é a base para a interpretação que alguns defendem ser preponderante na interpretação do texto constitucional.

Emilio Betti (2007), embora não apresentando uma defesa apaixonada da interpretação teleológica, reconhece esse método sob o fundamento de que o jurista deve observar o sentido da ‘norma’, por não ser ela um fim em si mesmo, não podendo, de igual forma, o ato de interpretar ser um mero silogismo resolvido por uma equação aritmética, sob pena de reduzir a ‘tarefa de interpretar’ a uma mera operação de subsunção, ou seja, reconhece a interpretação teleológica como uma solução à lógica formal (‘preconceito logicista’).

Ora, a partir do tempo em que o direito passou a ser representado por normas gerais surgiu uma problemática: como aplicar uma regra geral a casos específicos? Para subsumir um caso concreto à determinada regra geral, utilizava-se a lógica, tal artifício era entendido como lei natural, e essa foi amplamente utilizada por juristas, ao longo do século XIX, para interpretar as normas (LOSANO, 2008).

Os métodos clássicos de interpretação das normas foram apresentados por Savigny (2005), que desenvolveu estudo destinado à compreensão do direito a partir

²⁶ Art. 3º. Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;

II - garantir o desenvolvimento nacional;

III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;

IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

de uma análise positivista, através dos métodos gramatical, lógico (filológico), histórico e sistemático.

Ao lado destes métodos, Ihering (1968) apresenta a interpretação teleológica ou finalística, desenvolvida no e para o século XIX, mas ainda hoje utilizada, inclusive de maneira distorcida, pelos nossos Tribunais. O referido autor se apresenta, inicialmente, como seguidor da Escola Histórica e da pandectística, mas em uma visão de aproximação do Direito com as 'ciências da natureza', reinventando-se, de forma tardia, quando do desenvolvimento da interpretação teleológica, na sua obra *O fim do direito*, precedendo de sua nova visão do direito, mas inconcluso em razão de sua morte.

O método de Ihering (1968), na sua primeira fase, denominado de histórico-natural, buscou superar a jurisprudência inferior, que se ocupava apenas com o direito posto, positivado (GUERRA FILHO, 2009), proposto por Savigny (2005), sem criar nada, apenas desvendar.

É possível se distinguir dois pensamentos de Ihering tão opostos que se pode arriscar a existência de um primeiro e um segundo Ihering (Losano, 2008). O Primeiro crente em uma tentativa de superar Savigny, buscou o direito dentro de um sistema interno, ou 'sistemizante', como também afirma Losano (2008), excluindo do Direito elementos externos, como a história e o tempo, influenciado pela doutrina até então dominante.

À época do surgimento do pensamento de Ihering, a Escola Histórica havia sofrido influências da jurisprudência dos conceitos, de Puchta²⁷, que via na ação do jurista uma fonte produtora do Direito, a partir de conceitos mais gerais e abstratos, abrandando a corrente Savigniana. Ihering também se preocupou em desvincular a mera descoberta do sentido da norma para transformar o direito em uma jurisprudência mais aprimorada, dita como superior (GUERRA FILHO, 2009).

Mas em meados do século XIX, como afirma Guerra Filho (2009), Ihering se apresenta com uma jurisprudência pragmática, inspirado na ideia evolucionista de Darwin, com o pensamento voltado para a resolução de casos concretos, considerando isso o foco do Direito. Eis que surge a sua obra *A Finalidade no Direito* (1877), de forma que se pode afirmar que nesse momento há o surgimento de um segundo Ihering (LOSANO, 2008).

²⁷ Este doutrinador foi discípulo de Savigny e professor de Ihering, segundo Guerra Filho (2009).

Nessa segunda fase de Ihering, conhecida como teleológica (LOSANO, 2010), é perceptível uma busca de um ‘elemento unificador fora do próprio direito, no escopo que o direito persegue, ou seja, no interesse não apenas do indivíduo, mas também da sociedade’ (LOSANO, 2008, p. 351).

Encontra, nessa ocasião, uma forte predominância da autonomia da vontade, tendo que substituir essa pela figura do interesse e da coação social, diante de uma visão econômica do direito, quando muitos o rotularam de utilitarista (GUERRA FILHO, 2009).

Aqui fica perceptível uma mudança de horizontes, principalmente quanto à questão da má aplicação do direito, uma passagem de Ihering (1968, p. 53) demonstra bem o espírito de seu novo pensamento, diante da realidade em que os escreveu:

Nadie existe sólo para sí, como tampoco para sí sólo; cada uno existe por los otros y para los otros, sea intencionadamente ó no. Lo mismo que el cuerpo refleja el calor que del exterior ha recibido, el hombre extiende á su atmosfera de civilización de la sociedad. La vida es una respiración incesante: aspiración, espiración; esto es tan exacto como en la vida física, en la vida intelectual. Existir para otro, con reciprocidad casi siempre, constituye todo el comercio de la vida humana.

A questão da existência da razão de cada um em sociedade passa a planar pelas ideias de Ihering, que não encontra nexos na existência de grupo social como concessão recíproca de todos os seus membros na busca de um fim (finalidade) comum, entendendo que quando se busca o fim social se trabalha para si mesmo. Por isso, o referido autor pontuou (1968, p. 58):

Una sociedad (societas), en el sentido juridico de la palabra, es la reunión de varios individuos, unidos entre sí para la percepción de un fin común, y donde cada uno de ellos, obrando en vista del fin social, al mismo tiempo trabaja para sí mismo.

A inovação de Ihering (1968) foi conceber um direito voltado exclusivamente para a realização de sua função social, um fim maior. Para o referido autor, o direito (vigente), como qualquer outra coisa no universo, origina-se da transformação de algo, não é simplesmente criado, não sendo um fim em si mesmo, por isso que as

normas e os atos jurídicos devem ser interpretados de acordo com a sua finalidade, independente dos meios.

Assim, segundo Larenz (1997, p. 59), para Ihering, 'o fim é o criador de todo o Direito, de que não existe nenhuma proposição jurídica que não deva a sua origem a um fim, ou seja, a um motivo prático'.

Foi a partir desse entendimento de Ihering que se passou a ter um segundo Ihering e a reconhecer que a atividade do juiz e do legislador não eram do tipo cognoscitiva, mas voluntarista (LOSANO, 2010). O antiquado entendimento sistemático do direito foi rechaçado e a ciência jurídica voltou-se para a realidade da sociedade, para o fim que fosse adequado aos interesses da sociedade.

É inegável o avanço científico e o salto dado pelo Direito com a teoria teleológica de Ihering. No entanto, não pode o intérprete julgador se apegar a ela em tempos de hermenêutica filosófica, porque a teoria de Ihering possui uma visão relativista, apesar de pragmática, do direito, entendendo como insolúvel investigar a missão do direito, no que se constitui e qual o conteúdo do direito, '*porque éste es eternamente variable; aqui es de este modo; ali será de otro*' (IHERING, 1968, p.270), e define que '*el fin de la voluntad es quien caracteriza el acto como justo ó no justo*' (IHERING, 1968, p.271).

Com grande ênfase, expondo todo o sentido de sua tese, Ihering (1968, p. 273-274) afirma que:

[...] en el terreno del derecho todo existe para el fin y en vista del fin; el derecho entero no es más que una creación única del fin [...]. La investigación de este fin constituye el objetivo más elevado de la ciencia jurídica, tanto desde el punto de vista del dogmatismo del derecho, como de su historia.

Larenz (1997, p. 59), vai dizer que, para o referido autor, é o sujeito que estabelece esses fins (criadores de Direitos). Por tais razões é que 'o eixo da obra de Ihering reside verdadeiramente na questão do sujeito dos fins, do sujeito que está por detrás das proposições jurídicas e que, através delas, consegue prevalecer'.

A metodologia de Ihering, como afirma Guerra Filho (2009), permite ao intérprete assumir uma necessária participação ativa na criação do direito, gerando uma expectativa maior em relação ao Poder Judiciário.

Assim, a interpretação teleológica se mostra com fortes tendências criativas, possibilitando a deformação do sentido do texto normativo, ao talante do julgador,

que, influenciado firmemente pelos seus valores pessoais e sentimentos subjetivos de justiça, propõe conclusões à margem de qualquer sentido possível, exteriorizável através do dispositivo legal ou constitucional observado. É esse o risco de se adotar, por exemplo, o dispositivo legal do art. 5º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro²⁸, dispositivo que, nesse contexto, pode ter a sua constitucionalidade questionada, algo que será melhor analisado mais adiante neste trabalho.

Outra não é a conclusão de Paulo Bonavides (2008, p. 447), que, de maneira genuína, ensina que ‘dessa interpretação²⁹ costuma-se também dizer, numa objeção aparentemente triunfante, que com ela não se interpreta, mas se modifica a lei’.

A interpretação teleológica, seja em sua essência, seja na forma de sua má utilização pelos julgadores, não passa de um esforço voluntarista para apresentar uma conclusão diferente do que aparenta a norma, mas com um caminho aparentemente lógico, baseado em um fundamento kelseniano de respostas possíveis, a depender do método de interpretação utilizado, estando todas corretas (KELSEN, 2009).

Deriva, então, de um entendimento equivocado de que o sentido da norma está oculto, escondido, latente até que seja ele desvendado, vindo de um ‘lugar virtual’, para utilizar a expressão de Streck (2011), ou seja, é como se a norma não dissesse o que diz em seu texto, é quase uma negação à linguagem escrita.

Assim, para os que defendem a utilização desse método de interpretação, ‘o processo interpretativo/hermenêutico tem (deveria ter) um caráter produtivo, e não meramente reprodutivo’ (STRECK, 2011, p.91). Mas, ainda predomina na dogmática jurídica ‘o paradigma epistemológico que tem como escopo o esquema sujeito-objeto, no qual um sujeito está situado em frente a um mundo, mundo este por ele ‘objetivável e descritível’³⁰, a partir de seu cogito’, ignorando a *linguistic turn* e o círculo hermenêutico que o insere nesse mundo.

Não é sem motivos que diante das obras de Streck (2010³¹, 2011³², 2013³³) se percebe a necessidade de respeitar o sentido constitucional do texto normativo,

²⁸ Art. 5º. Na aplicação da lei, o Juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum.

²⁹ Aqui ela trata do método histórico-teleológico, que se apresenta tal como a interpretação meramente teleológica acrescida do elemento histórico, ou seja, a descoberta (atribuição) da finalidade da norma de acordo com a ambientação em que se originou a lei, mas a teleologia é inegável nesse método de interpretação, que também busca encontrar a finalidade da norma.

³⁰ Destaque nos originais.

³¹ O que é isto: decido conforme minha consciência?. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

abandonando a baixa constitucionalidade e a visão da Constituição como um mero instrumento qualquer (STRECK, 2013).

Nessa terceira aproximação da filosofia, e com base nos pensamentos trazidos nos tópicos anteriores, é imprescindível a colocação da Nova Crítica do Direito ou Crítica Hermenêutica do Direito (STRECK, 2013), cujos fundamentos estão diluídos em todo corpo deste trabalho, com bases firmes na hermenêutica filosófica e na autonomia do Direito³⁴. Ao se trazer a hermenêutica para o mundo jurídico deve-se observar uma especificidade que ‘reside da relevante circunstância de que a interpretação de um texto – que sempre ex-surgirá com a norma – depende de uma conformidade com um texto de validade superior.’ (STRECK, 2013, p. 229).

A interpretação do texto-normativo, mais do que obedecer o mundo da linguagem, no qual todos estão inseridos, deve respeito à Constituição como texto-norma superior, respeito esse que dará autonomia ao Direito e pode livrá-los dos posicionamentos subjetivos.

Outro ponto apresentado pela Crítica Hermenêutica do Direito é a ausência de relativismo na hermenêutica, mormente a jurídica, vez que, além das bases linguístico-filosóficas colocadas por Gadamer em suas obras, já citadas aqui neste estudo, deve obediência à um texto máximo, não cabendo respostas corretas contraditórias, devendo os pronunciamentos judiciais serem adequados à Constituição.

Streck (2011) há muito vem alertando para a necessidade de superação desse posicionamento radicalmente subjetivista, oposto ao Direito da atual quadra histórica, como dessa nova era pós-guerra, pós-ditadura, em que os Estados vêm se estabilizando e onde até mesmo as ditaduras mais rígidas se abrandam diante do reconhecimento da dignidade da pessoa humana (e do capitalismo também).

A expressão ‘teleologia da norma’ não é de largo emprego nos mais diversos ramos da justiça brasileira, mas tem uso frequente pelos Tribunais Superiores, porém essa escolha dos intérpretes com poderes jurisdicionais talvez não possa ser tomada como exemplo de algo cientificamente correto, destacando-se, mais

³² Verdade e Consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. São Paulo: Saraiva, 2011; e Hermenêutica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

³³ Jurisdição constitucional e decisão jurídica. 3ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

³⁴ A ser tratado de forma mais completa nos tópicos posteriores, quando o roteiro hermenêutico for tratado.

recentemente, o julgamento do RE 633703/MG³⁵, que versou sobre a aplicação ou não da Lei da Ficha Limpa, por conta do Art. 16 da Constituição Federal³⁶.

Através da justificação deste tipo de interpretação 'não se devem sacrificar os fins às formas' (BARROSO, 2011, p.320). Porém, essa forma de interpretar não pode ser utilizada para respaldar o utilitarismo, o pragmatismo e o consequencialismo, que ofendem os direitos fundamentais constitucionalmente protegidos (BARROSO, 2011), embora o autor em sua atuação no STF, por vezes, não siga essa linha³⁷.

Ou seja, não se pode aceitar a assujeitamento, a relação de servidão entre coisa e sujeito, pois o intérprete somente poderá fazê-lo linguisticamente (ENGELMANN, 2007), sem se afastar daquilo que o objeto é, daquilo que traz em si e da realidade em que está exposto.

Destaca-se adiante que o amplo campo de utilização da busca pela 'finalidade da norma' é um perigo para o direito e para a realização da Justiça, pois a utilização da interpretação tradicional e dos seus métodos é algo que não se coaduna com o direito contemporâneo, mas a não utilização da maneira mais adequada (através da hermenêutica contemporânea) é algo comum no Brasil.

A Lei Complementar nº 64/90, que apresenta as hipóteses de inelegibilidade, com previsão no art. 14, §9º da Constituição Federal, no que se refere às eleições municipais e no que é pertinente a esse trabalho, apresenta que:

Art. 1º São inelegíveis:
I - para qualquer cargo:

³⁵ Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp>

³⁶ Art. 16. A lei que alterar o processo eleitoral entrará em vigor na data de sua publicação, não se aplicando à eleição que ocorra até um ano da data de sua vigência.

³⁷ Como ocorreu no julgamento das ADIs 4947, 4963, 4965, 5020, 5028 e 5130 e da ADC 33, onde defendeu o Ministro Barroso que a Resolução do TSE que redistribuía a quantidade de cargos de Deputados Federais era constitucional, bem como no julgamento do MS 32326, onde o Ministro mencionado mudou seu posicionamento firmado na AP 565. Nesta entendeu que a Constituição não poderia ser contrariada e que a cassação de mandato parlamentar condenado por decisão transitada em julgado em juízo criminal não se daria automaticamente, mas deveria ser deliberada pela casa onde pertenceria o parlamentar, tese que acabou por sair vencedora, para, dias depois, no julgamento do MS 32326, que impugnava a decisão da Câmara dos Deputados que manteve parlamentar condenado em juízo criminal pelo STF no mandato, apresentar uma virada em seu entendimento, já afirmando que seria incompatível a figurar de um preso exercendo mandato de Deputado. A razão para a mudança de tal postura e a incompatibilidade de pensamento entre o acadêmico autor Barroso e o Ministro Barroso, acredita-se estar no fato de ter ele cedido às pressões populares e da mídia, submetendo a sua posição enquanto Ministro, enquanto interprete da Constituição Federal, ao agrado do senso comum, independentemente do subjetivismo apresentado em seus votos.

[...]

e) os que forem condenados, em decisão transitada em julgado ou proferida por órgão judicial colegiado, desde a condenação até o transcurso do prazo de 8 (oito) anos após o cumprimento da pena, pelos crimes: (Redação dada pela Lei Complementar nº 135, de 2010)

1. contra a economia popular, a fé pública, a administração pública e o patrimônio público;

[...]

II - para Presidente e Vice-Presidente da República:

[...]

I) os que, servidores públicos, estatutários ou não, dos órgãos ou entidades da Administração direta ou indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios e dos Territórios, inclusive das fundações mantidas pelo Poder Público, não se afastarem até 3 (três) meses anteriores ao pleito, garantido o direito à percepção dos seus vencimentos integrais;

[...]

IV - para Prefeito e Vice-Prefeito:

a) no que lhes for aplicável, por identidade de situações, os inelegíveis para os cargos de Presidente e Vice-Presidente da República, Governador e Vice-Governador de Estado e do Distrito Federal, observado o prazo de 4 (quatro) meses para a desincompatibilização;

b) os membros do Ministério Público e Defensoria Pública em exercício na Comarca, nos 4 (quatro) meses anteriores ao pleito, sem prejuízo dos vencimentos integrais;

c) as autoridades policiais, civis ou militares, com exercício no Município, nos 4 (quatro) meses anteriores ao pleito.

O Legislador infraconstitucional disciplinou a matéria apresentando essas hipóteses de inelegibilidade, visando a proteger a lisura eleitoral, a moralidade e a influência política tendente a desequilibrar o pleito.

Acontece que a Justiça Eleitoral, não raras vezes, vem ignorando o texto acima, criando exceções ou hipóteses não previstas pelo legislador, através da interpretação teleológica, ou finalística. Por isso, é muito importante que se verifique casos em que a aplicação desse método de interpretação causa danos ao sistema jurídico-eleitoral vigente no país.

3.2 Estudo de casos em que a interpretação teleológica conduziu ao descumprimento do texto-norma interpretado³⁸

A análise de julgados indica que a Justiça Eleitoral muitas vezes chega a conclusões contra a lei, ou até mesmo, criando novas situações não previstas em lei. Para começar se citará como exemplo a seguinte ementa de julgado do Tribunal Superior Eleitoral, como uma forma de criação de exceção não prevista em lei:

Inelegibilidade. Servidor público estadual. Desincompatibilização.
- **É desnecessária a desincompatibilização de servidor público – ainda que estadual – que exerce suas funções em município distinto do qual se pretende candidatar.** Agravo regimental não provido³⁹. (grifo nosso).

Ora, o que a norma transcrita acima diz? Afirma claramente o seguinte:

Art. 1º **São inelegíveis: I – para qualquer cargo: I) os que, servidores públicos, estatutários ou não, dos órgãos ou entidades da Administração direta ou indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios e dos Territórios, inclusive das fundações mantidas pelo Poder Público, não se afastarem até 3 (três) meses anteriores ao pleito, garantido o direito à percepção dos seus vencimentos integrais;** (grifos nossos)

É perceptível que o julgamento não leva em consideração o que diz a Lei. Apesar de não mencionar na ementa o método interpretativo utilizado, foi, por uma interpretação finalística, que a Corte chegou ao resultado do julgamento, poderia se dizer até que seria um método de interpretação criativo-expansionista⁴⁰.

³⁸ Foram pesquisados no sítio do TSE (<http://www.tse.jus.br/jurisprudencia/pesquisa-de-jurisprudencia>), limitando-se a pesquisa aos julgados a partir de 07/06/2010, os seguintes termos: “interpretação”, “teleológica” e “inelegibilidade” (04 ocorrências); ‘interpretação teleológica’ (08 ocorrências).

³⁹ Agravo Regimental em Recurso Especial Eleitoral nº 18977, Acórdão de 27/09/2012, Relator(a) Min. ARNALDO VERSIANI LEITE SOARES, Publicação: PSESS - Publicado em Sessão, Data 27/09/2012.

⁴⁰ As expressões ‘criativa e criacionista’ aqui utilizadas representam, de forma simples, a tendência legislativa ou contra legislativa dos Tribunais brasileiros, que pretendem de forma ilegítima contrariar os termos dos textos-normativos, numa verdadeira criação de direitos ou obrigações, ora expandindo, ora reduzindo o sentido do texto, e ora justificando sua jurisprudência “contra legem”. Como visto acima, a interpretação teleológica é condição ímpar para os posicionamentos criacionistas, posto que mais que uma interpretação, se apresenta como uma criação de direito, uma inovação no mundo jurídico, como “orgulhosamente” apresenta Guerra Filho (2009) e duramente critica Bonavides (2008).

As Cortes Regionais também se utilizam da interpretação teleológica, sempre nesse sentido, de criar uma exceção aos dispositivos legais, um 'drible hermenêutico', para impor o posicionamento pessoal do(s) julgador(es), subjetivista e arbitrário sobre a norma acima⁴¹.

Outro julgamento da Corte Superior Eleitoral demonstra o que se tenta alertar nesse estudo:

RECURSO ESPECIAL ELEITORAL. AÇÃO DE IMPUGNAÇÃO DE REGISTRO DE CANDIDATURA. ELEIÇÕES 2012. PREFEITO. CONDENAÇÃO. CRIME. LEI DE LICITAÇÕES. INELEGIBILIDADE. ART. 1º, I, e, 1, DA LC 64/90.

1. Os crimes previstos na Lei de Licitações estão abrangidos nos crimes contra a administração e o patrimônio públicos referidos no art. 1º, I, e, 1, da LC 64/90.

2. **Não se cuida de conferir interpretação extensiva ao dispositivo, mas de realizar uma interpretação sistemática⁴² e teleológica, tendo em vista o fato de que a LC 64/90 destina-se a restringir a capacidade eleitoral passiva daqueles que não tenham demonstrado idoneidade moral para o exercício de mandato eletivo**, tais como os gestores públicos que tenham cometido crimes previstos na Lei de Licitações.

3. Recurso especial não provido⁴³ (grifo nosso).

Não há necessidade de se discutir que a finalidade da Lei de Inelegibilidades não é eminentemente moral, pois uma pessoa que não se desincompatibilizada no prazo de um cargo público que tem ou exerce nada de imoral fez, mas se encontra inelegível, por exemplo; mas, para o Tribunal Superior Eleitoral, não se encontra inelegível.

Esse fato leva a um questionamento, seria o direito apenas uma questão de moral? Ou estaria a moral dentro do direito? Obviamente que a resposta da primeira

⁴¹ A exemplo: CONSULTA nº 84228, Acórdão de 21/10/2011, Relator(a) MAURÍCIO TORRES SOARES, Publicação: DJEMG - Diário de Justiça Eletrônico-TREMG, Data 27/10/2011; CONSULTA nº 38591, Acórdão de 25/10/2012, Relator(a) ANTONIO AUGUSTO TOLEDO GASPAS, Publicação: DJERJ - Diário da Justiça Eletrônico do TRE-RJ, Tomo 270, Data 05/11/2012, Página 27/35; Registro de Candidatura Nº 22-56.2012.6.18.0025 Relator: Des. José Ribamar Oliveira, TRE/PI, Publicado em Sessão N. 84 . Acórdão de 23/08/2012. Publicação em 23/08/2012.

⁴² Apesar de citar a interpretação sistemática, e está ligada à interpretação teleológica, nas palavras de Juarez Freitas (2010 p. 77 e 174), não verificamos no presente acórdão a presença de tal método interpretativo.

⁴³ Recurso Especial Eleitoral nº 12922, Acórdão de 04/10/2012, Relator(a) Min. FÁTIMA NANCY ANDRIGHI, Publicação: PSESS - Publicado em Sessão, Data 4/10/2012.

pergunta é não, pois a moral está dentro do direito e dentro da Constituição Federal, quando esta empresta destaque ao princípio da moralidade⁴⁴.

Há aqui uma discussão sobre a diferença entre direito e moral, decorrente do juspositivismo kelseniano. No entanto, o Constitucionalismo contemporâneo (STRECK, 2011) logrou comprovar que a moral encontra-se dentro do direito, diferentemente do neoconstitucionalismo, quem em uma de suas fases, talvez a mais aceitável, vê na moral uma forma de calibrar o direito, um meio de correção, havendo uma inegável ligação entre ambos, mas numa relação de complementariedade (BUSTAMANTE, 2013).

Para Habermas (2012), entre o direito positivo e a moral autônoma se instala uma relação de complementação, pois não existe, de fato, uma hierarquização que alude a uma supremacia do direito em relação à moral. Sociologicamente falando eles se distinguem, em nível cultural a diferenciação se dá em: questões éticas e questões morais, já no nível institucional o direito positivo é distinguido de usos e costumes.

Os sujeitos do direito, segundo essa visão dicotômica, mas aproximada, entre direito e moral, agem de forma delimitada pela norma legal. As regras morais regem as relações interpessoais entre indivíduos de uma comunidade concreta e que dela são membros ativos e insubstituíveis. Já as normas jurídicas regulam as relações entre indivíduos de uma comunidade abstrata, cuja gênese se dá nas normas do direito (HABERMAS, 2012).

O juspositivismo (exegético ou moderno), vê na validade do texto normativo a sua razão de ser, posto que rejeita a moral. No entanto, a legitimidade pode até mesmo ser conseguida por meio da legalidade, pelo fato de que os processos que geram normas jurídicas e se utilizam de uma razão prático-moral procedimental. A moral, apesar de tudo, não pode ser deixada de lado no tocante à importância para a norma jurídica, haja vista que caracteres relevantes do direito positivo apenas tornam-se entendíveis quando é repensado pelo viés da moral autônoma (HABERMAS, 2011).

Streck (2011)⁴⁵ indica a contrariedade da teoria habermasiana à hermenêutica contemporânea que, embora não admita a discricionariedade, por não ter enfrentado

⁴⁴ Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: [...]

o problema fundamental do solipsismo, possui inegável aproximação à filosofia da consciência, em linguagem mais 'sofisticada', o que pressupõe um atraso diante da viragem hermenêutica, porque apresenta ao discurso (algo cético) um *a posteriori*, um elemento externo.

Ainda no pensamento de Streck (2011), teria Habermas (2011) discordado expressamente do *dasein* de Heidegger (2012), ou seja, não acompanhou a *linguistic turn*, e conclui afirmando que o pensamento habermasiano:

[...] permanece inserido na teoria da representação, ainda que tente disfarçá-lo, e fale da viragem lingüística, ficando, assim, aquém do que se deveria esperar de uma reflexão que abrisse a dimensão filosófica na qual se move todo o discurso humano, que é a hermenêutica. (STRECK, 2011, p. 95).

No entanto, a moral estaria não fora do direito, mas nele inserido em razão do princípio da moralidade já informado. Não se trata de uma calibração do direito (que, de certa forma, já é um calibrador social), mas de um elemento deste, que desde a sua origem deve ser respeitado.

Os textos-normativos não devem ser meramente válidos, mas moralmente corretos desde a sua origem. Não é a interpretação/aplicação que deve ser moral, mas a essência do próprio evento (texto-normativo), de forma que na aplicação, ou seja, na construção da norma, a moral já está presente, inserida no direito pelo princípio da moralidade, não dependendo, desta forma, da vontade do intérprete em realizar uma leitura moral, mas de apresentar uma leitura hermenêutica do texto normativo.

Ocorre que, no caso do Direito Eleitoral, existem entendimentos que quando a conduta do possível candidato pode não ser moralmente adequada àquilo que os julgadores querem, a Corte máxima da Justiça Eleitoral, chega a tentar buscar a finalidade da lei para justificar sua posição de enquadrar um fato que não é colocado no Código Penal como crime contra a Administração Pública como tal, ou seja, abusa do seu método criativo-expansionista para dar o resultado do julgamento.

⁴⁵ Streck desenvolve um capítulo inteiro no seu livro, Verdade e Consenso (2011, p. 93 a 110) apresentando críticas à teoria de Habermas (2011 e 2012), tudo com base na nos estudos de Karl-Otto Apel, no seu Fundamentação normativa da teoria crítica: recorrendo à eticidade do mundo da vida ? e Dissolução do discurso?, publicado na obra coletiva de organização de Luiz Moreira, 'Com Habermas e contra Habermas'. São Paulo: Landy, 2004.

Outro interessante julgamento com esses mesmos requintes ocorreu no TRE/PI, onde a interpretação teleológica quase subjugou a hermenêutica contemporânea, levando o julgamento a um empate na Corte, sendo decidido pelo voto de qualidade do Desembargador Presidente, que interpretou/aplicou o texto legal de acordo com o seu exato conteúdo de uma forma democrática e constitucional⁴⁶.

Embora o TRE/PI tenha se esforçado para manter uma interpretação não subjetiva, nesse mesmo processo o TSE acabou seguindo o voto que abriu uma divergência (voto derrotado) e usou a interpretação teleológica como solução da aplicação da norma do caso, como se verá mais claramente à frente.

Tais exemplos demonstram como vem sendo corriqueira a utilização da interpretação teleológica nos nossos Tribunais Eleitorais. Muito densa é a utilização desse método interpretativo de forma arbitrária, de maneira que o Tribunal Superior Eleitoral dele se valeu para alterar o sentido de enunciado de sua Súmula, que vigorava quase que como força de lei, ao invés de expedir um novo enunciado⁴⁷:

AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL ELEITORAL. REGISTRO DE CANDIDATURA. ELEIÇÕES 2008. JURISPRUDÊNCIA. EVOLUÇÃO. VEREADOR. CONTAS. REJEIÇÃO. SÚMULA Nº 1 DO TSE. PROVIMENTO JURISDICIONAL. LIMINAR. NECESSIDADE. NÃO-PROVIMENTO.

1. Juntada de acórdãos proferidos pelo Conselho Superior do Ministério Público pelo arquivamento de inquérito civil público. O fato superveniente não pode ser objeto originariamente de recurso especial. (REspe nº 26.384, Rel. Min. Carlos Britto, publicado em Sessão de 31.10.2006, RE-STF nº 186.069-3, Rel. Min. Moreira Alves, RE-STF nº 361.031-7, rel^a. Min. Ellen Gracie, REspe nº 22.154/SP, Rel. designado Min. Carlos Velloso, sessão de 27.10.2004)

2. A alteração do entendimento jurisprudencial dando interpretação teleológica à Súmula nº 1, não afronta o princípio da segurança jurídica ou a garantia de irretroatividade da lei, pois a evolução de entendimento jurisprudencial não viola o princípio e a garantia mencionados. Precedentes: RO nº 1841, Rel. Min. Arnaldo Versiani, publicado na sessão de 21.8.2008; MS 3829, Rel. Min. Marcelo Ribeiro, DJ de 6.8.2008⁴⁸⁴⁹.(grifos nossos)

⁴⁶ REGISTRO DE CANDIDATURA Nº 124-18.2012.6.18.0045 – CLASSE 38.

⁴⁷ Súmula nº 01: “Proposta a ação para desconstituir a decisão que rejeitou as contas, anteriormente à impugnação, fica suspensa a inelegibilidade (Lei Complementar nº 64-90, Art. 1º, I, g).”

⁴⁸ Verifica-se que com a alteração do art. 1º, I, g, feita pela Lei Complementar nº 135/2010, a própria lei passou a exigir a suspensão ou anulação da reprovação das contas e não mais a sua mera discussão judicial.

O Ministro responsável por esse acórdão se mostrou um teleologista, pois permitiu que a interpretação teleológica ganhasse força até mesmo na ‘aplicação’ de enunciado de Súmula daquela Corte, adotando uma postura criacionista-justificativa, pois para se mudar uma Súmula de um Tribunal não há necessidade de se ‘teleologizar’, com o perdão pelo uso do neologismo, uma Súmula já existente.

O uso da interpretação teleológica, contudo, não é monopólio da Justiça Eleitoral. O próprio Supremo Tribunal Federal vem se utilizando desse mecanismo interpretativo, servindo de reforço aos julgadores solipsistas, que seguem o entendimento da corte máxima do país, como se demonstrará adiante.

Como é recorrente, os próprios Ministros do STF⁵⁰ fundamentam suas decisões na ‘teleologia da norma’, gerando precedentes de perigosa importação para as decisões judiciais dos demais Tribunais, como em situações como a descrita no julgamento inicialmente analisado neste estudo.

Tal ‘artifício interpretativo’, de certa forma, perfaz-se como uma justificativa para que o intérprete busque a ‘finalidade da norma’, aliás, o seu entendimento pessoal sobre a finalidade da norma, ao invés de buscar a resposta adequada ao caso conforme a Constituição Federal.

Como exemplo de posicionamento com fundamentos nesse ‘método’, deveras questionado, é possível citar precedente da Corte Suprema, quando a Corte assentou⁵¹:

A Lei Complementar 135/2010 — que altera a Lei Complementar 64/90, que estabelece, de acordo com o § 9º do art. 14 da CF, casos de inelegibilidade, prazos de cessação e determina outras providências, para incluir hipóteses de inelegibilidade que visam a proteger a probidade administrativa e a moralidade no exercício do mandato — não se aplica às eleições gerais de 2010. Essa a conclusão do Plenário ao prover, por maioria, recurso extraordinário em que discutido o indeferimento do registro de candidatura do recorrente ao cargo de deputado estadual nas eleições de 2010, ante

⁴⁹ Agravo Regimental em Recurso Especial Eleitoral nº 30174, Acórdão de 18/11/2008, Relator(a) Min. FELIX FISCHER, Publicação: PSESS - Publicado em Sessão, Data 18/11/2008.

⁵⁰ Foram pesquisados no sítio do STF

(<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>), limitando-se a pesquisa aos julgados a partir de 07/06/2010, os seguintes termos: “interpretação”, “teleológica” e “inelegibilidade” (04 ocorrências); “interpretação teleológica” (07 ocorrências), “teleologia da norma” (02 ocorrências).

⁵¹ Informativo 620 do STF. Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo620.htm>> . Acessado em 22/02/2013

sua condenação por improbidade administrativa, nos termos do art. 1º, I, I, da LC 64/90, com redação dada pela LC 135/2010 [“Art. 1º São inelegíveis: I – para qualquer cargo: ... I) os que forem condenados à suspensão dos direitos políticos, em decisão transitada em julgado ou proferida por órgão judicial colegiado, por ato doloso de improbidade administrativa que importe lesão ao patrimônio público e enriquecimento ilícito, desde a condenação ou o trânsito em julgado até o transcurso do prazo de 8 (oito) anos após o cumprimento da pena”]. Preliminarmente, reconheceu-se a repercussão geral da questão constitucional relativa à incidência da norma vergastada às eleições de 2010, em face do princípio da anterioridade eleitoral (CF, art. 16). Tendo em conta que já assentada por esta Corte a repercussão geral concernente à alínea k do mesmo diploma, aduziu-se que igual tratamento deveria ser conferido à alínea l que, embora aborde o tema com nuance diferenciada, ambas fariam parte da mesma lei, cuja aplicabilidade total fora contestada. RE 633703/MG, rel. Min. Gilmar Mendes, 23.3.2011. (RE-633703)

Os votos vencidos (Ministros Marco Aurélio, Carlos Velloso, Celso de Mello, Sepúlveda Pertence e Aldir Passarinho), vistos em seu conjunto, entenderam que a interpretação do art. 16 deve levar em conta dois aspectos fundamentais:

O significado da expressão “processo eleitoral” e a teleologia da norma constitucional. Assim, tais votos procederam a uma interpretação mais ampla da expressão ‘processo eleitoral’ e fixaram as seguintes balizas para a interpretação teleológica do art. 16:

[...]

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

Os fundamentos da decisão foram delineados no voto do Relator, Ministro Celso de Mello, que, retomando as considerações antes proferidas no julgamento da ADI 354, fixaram a necessidade de interpretação do art. 16, levando-se em conta o significado da expressão “processo eleitoral” e a teleologia da norma constitucional. (grifo nosso)

Mais uma vez Ministros de um Tribunal Superior da Justiça Pátria lançaram mão de uma postura criativo-expansionista para justificar seus posicionamentos, ladeando a hermenêutica constitucional contemporânea e consignando na ementa do acórdão:

PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA ANTERIORIDADE ELEITORAL:
SIGNIFICADO DA LOCUÇÃO “PROCESSO ELEITORAL” (CF, ART. 16).

- A norma consubstanciada no art. 16 da Constituição da República, que consagra o postulado da anterioridade eleitoral (cujo precípua destinatário é o Poder Legislativo), vincula-se, em seu **sentido teleológico, à finalidade ético-jurídica de obstar a deformação do processo eleitoral mediante modificações que, casuisticamente introduzidas pelo Parlamento, culminem por romper a necessária igualdade de participação dos que nele atuam como protagonistas relevantes (partidos políticos e candidatos), vulnerando-lhes, com inovações abruptamente estabelecidas, a garantia básica de igual competitividade que deve sempre prevalecer nas disputas eleitorais.** Precedentes[...].(grifos nossos)

A análise efetuada já permite extrair da jurisprudência do STF as regras-parâmetro para a interpretação do art. 16 da Constituição, que são as seguintes:

1) **O vocábulo “lei” contido no texto do art. 16 da Constituição deve ser interpretado de forma ampla**, para abranger a lei ordinária, a lei complementar, a emenda constitucional e qualquer espécie normativa de caráter autônomo, geral e abstrato, emanada do Congresso Nacional no exercício da competência privativa da União para legislar sobre direito eleitoral, prevista no art. 22, I, do texto constitucional;

2) **A interpretação do art. 16 da Constituição deve levar em conta o significado da expressão “processo eleitoral” e a teleologia da norma constitucional.**

[...]

Essas constatações, um tanto apodíticas, visam apenas a superar a aplicação de alguns parâmetros extraídos da jurisprudência do STF (parâmetros 1 e 2.1 acima delimitados), mas não prescindem de um exame mais profundo sobre a efetiva repercussão da LC 135/2010 no processo eleitoral, tendo em vista a teleologia do princípio da anterioridade eleitoral.

E um dos fundamentos teleológicos do art. 16 da Constituição é impedir alterações no sistema eleitoral que venham a atingir a igualdade de participação no prélio eleitoral. (grifos nossos)

A conduta criacionista-expansionista é mais uma vez sustentáculo da decisão do Tribunal e fica clara, a partir da análise feita no julgado acima, a predominância dessa postura ao invés da adoção da hermenêutica constitucional adequada aos tempos atuais. Em vez de buscar os preceitos constitucionais e aplicá-los, buscam sentido em uma verdade que entendem estar oculta no interior do texto normativo, latente, e pendente de descoberta, clamando por ascender, por emergir através da interpretação.

Somente nesse julgamento, que definiu a não aplicação da Lei Complementar 135/2010 nas Eleições de 2010, o termo ‘teleologia da norma’, na sua acepção criativo-expansionista, é citado exatas 6 (seis) vezes, o que pode levar alguém, sem

tanto compromisso, a ‘interpretar teleologicamente’, através do uso da ‘teleologia do julgado e dos julgamentos do STF’, que o Supremo faz uma interpretação teleológica da Constituição e não leva em consideração a perspectiva da hermenêutica contemporânea.

Exercendo a Jurisdição Constitucional, na apreciação da constitucionalidade da Lei Complementar 135/2010 (Lei da Ficha Limpa), que altera dispositivos da Lei Complementar 64/90, o STF decidiu:

AÇÕES DECLARATÓRIAS DE CONSTITUCIONALIDADE E AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE EM JULGAMENTO CONJUNTO. LEI COMPLEMENTAR Nº 135/10. HIPÓTESES DE INELEGIBILIDADE. ART. 14, § 9º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. **MORALIDADE PARA O EXERCÍCIO DE MANDATOS ELETIVOS. INEXISTÊNCIA DE AFRONTA À IRRETROATIVIDADE DAS LEIS: AGRAVAMENTO DO REGIME JURÍDICO ELEITORAL. ILEGITIMIDADE DA EXPECTATIVA DO INDIVÍDUO ENQUADRADO NAS HIPÓTESES LEGAIS DE INELEGIBILIDADE. PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA (ART. 5º, LVII, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL): EXEGESE ANÁLOGA À REDUÇÃO TELEOLÓGICA, PARA LIMITAR SUA APLICABILIDADE AOS EFEITOS DA CONDENAÇÃO PENAL. ATENDIMENTO DOS PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E DA PROPORCIONALIDADE. OBSERVÂNCIA DO PRINCÍPIO DEMOCRÁTICO: FIDELIDADE POLÍTICA AOS CIDADÃOS. VIDA PREGRESSA: CONCEITO JURÍDICO INDETERMINADO. PRESTÍGIO DA SOLUÇÃO LEGISLATIVA NO PREENCHIMENTO DO CONCEITO. CONSTITUCIONALIDADE DA LEI. AFASTAMENTO DE SUA INCIDÊNCIA PARA AS ELEIÇÕES JÁ OCORRIDAS EM 2010 E AS ANTERIORES, BEM COMO E PARA OS MANDATOS EM CURSO.**

[...]

3. A presunção de inocência consagrada no art. 5º, LVII, da Constituição Federal deve ser reconhecida como uma regra e interpretada com o recurso da metodologia análoga a uma redução teleológica, que reaproxime o enunciado normativo da sua própria literalidade, de modo a reconduzi-la aos efeitos próprios da condenação criminal (que podem incluir a perda ou a suspensão de direitos políticos, mas não a inelegibilidade), sob pena de frustrar o propósito moralizante do art. 14, § 9º, da Constituição Federal⁵².(grifos nossos)

⁵² Julgamento conjunto das seguintes ações: (ADC 29, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgado em 16/02/2012, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-127 DIVULG 28-06-2012 PUBLIC 29-06-2012 RTJ VOL-00221- PP-00011; ADC 30, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgado em 16/02/2012, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-127 DIVULG 28-06-2012 PUBLIC 29-06-2012 e ADC 29, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgado em 16/02/2012, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-127 DIVULG 28-06-2012 PUBLIC 29-06-2012 RTJ VOL-00221- PP-00011

Neste caso específico, independentemente do acerto ou não da decisão do Supremo, o meio utilizado, ou seja, a interpretação teleológica, como mecanismo de reduzir a aplicabilidade de texto normativo da Constituição Federal, referente aos direitos e garantias individuais, conflita com a ideia de máxima efetividade dos direitos fundamentais.

Utiliza a interpretação finalística para reduzir o alcance de norma que, por integrar os direitos fundamentais, possui a qualidade de cláusula pétrea, ou seja, não poderia ser reduzida ou abolida⁵³, fixando uma postura criativo-reducionista incompatível com a hermenêutica constitucional contemporânea.

Isso demonstra a inconstância do STF na observância de uma conduta hermenêutica correta. O próprio STF já utilizou a interpretação teleológica para ampliar o alcance de norma, no caso, o art. 14, §5º da Constituição Federal⁵⁴, que veda o terceiro mandato consecutivo para o executivo, de modo a vetar o exercício de ‘terceiro mandato’ de mesma natureza, mesmo que em Município diverso, afirmando:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. REPERCUSSÃO GERAL. REELEIÇÃO. PREFEITO. INTERPRETAÇÃO DO ART. 14, § 5º, DA CONSTITUIÇÃO. MUDANÇA DA JURISPRUDÊNCIA EM MATÉRIA ELEITORAL. SEGURANÇA JURÍDICA. I. REELEIÇÃO. MUNICÍPIOS. INTERPRETAÇÃO DO ART. 14, § 5º, DA CONSTITUIÇÃO. PREFEITO. PROIBIÇÃO DE TERCEIRA ELEIÇÃO EM CARGO DA MESMA NATUREZA, AINDA QUE EM MUNICÍPIO DIVERSO.

O instituto da reeleição tem fundamento não somente no postulado da continuidade administrativa, mas também no princípio republicano, que impede a perpetuação de uma mesma pessoa ou grupo no poder. **O princípio republicano condiciona a interpretação e a aplicação do próprio comando da norma constitucional, de modo que a reeleição é permitida por apenas uma única vez. Esse princípio impede a terceira eleição não apenas no mesmo município, mas em relação a qualquer outro município da federação. Entendimento contrário tornaria possível a figura do denominado “prefeito itinerante” ou do “prefeito profissional”, o que claramente é incompatível com esse princípio, que também traduz um postulado de temporariedade/alternância do exercício do poder. Portanto, ambos os princípios – continuidade administrativa e republicanismo – condicionam a interpretação e a aplicação**

⁵³ Art. 60, §4º da Constituição Federal de 1988.

⁵⁴ § 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.

teleológicas do art. 14, § 5º, da Constituição. O cidadão que exerce dois mandatos consecutivos como prefeito de determinado município fica inelegível para o cargo da mesma natureza em qualquer outro município da federação.[...]⁵⁵ (grifos nossos)

Ora o STF reduz, ora amplia o sentido do texto, sem que haja uma base, um parâmetro, uma justificativa científica. A título exemplificativo, o STF também já aplicou a interpretação teleológica para ampliar o alcance de norma considerada como cláusula pétrea, no caso as imunidades tributárias, como se verifica no presente julgado:

CONSTITUIÇÃO FEDERAL. Extraia-se da Constituição Federal, em interpretação teleológica e integrativa, a maior concretude possível. IMUNIDADE – “LIVROS, JORNAIS, PERIÓDICOS E O PAPEL DESTINADO A SUA IMPRESSÃO” – ARTIGO 150, INCISO VI, ALÍNEA “D”, DA CARTA DA REPÚBLICA – INTELIGÊNCIA. A imunidade tributária relativa a livros, jornais e periódicos é ampla, total, apanhando produto, maquinário e insumos. A referência, no preceito, a papel é exemplificativa e não exaustiva. (RE 202149, Relator(a): Min. MENEZES DIREITO, Relator(a) p/ Acórdão: Min. MARCO AURÉLIO, Primeira Turma, julgado em 26/04/2011, DJe-195 DIVULG 10-10-2011 PUBLIC 11-10-2011 EMENT VOL-02605-01 PP-00101 RTJ VOL-00220- PP-00510 RDDT n. 198, 2012, p. 194-199)⁵⁶.

É por conta dessa ‘abertura hermenêutica’, de tal inconstância na postura do próprio STF, ou seja, da possibilidade de concluir-se de forma diversa (em contradição com a conclusão obtida em outros julgados), através do mesmo método interpretativo, que está evidenciado o subjetivismo da interpretação teleológica.

É muito fácil expandir ou restringir o sentido ou alcance de uma norma, simplesmente por considerar, em um ou em outro sentido, a sua finalidade, o seu sentido escondido, oculto, dentro, atrás, na frente, ou debaixo de um texto, com a aplicação do direito próprio do século XIX (baixa jurisprudência) como fixado nos tópicos retro.

Verifica-se, então, igualmente, a mesma carga subjetivista nos julgados colacionados acima, a exemplo do seguinte:

⁵⁵ RE 637485, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 01/08/2012, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-095 DIVULG 20-05-2013 PUBLIC 21-05-2013

⁵⁶ Mesma interpretação foi dada no seguinte julgado: RE 627815, Relator(a): Min. ROSA WEBER, Tribunal Pleno, julgado em 23/05/2013, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-192 DIVULG 30-09-2013 PUBLIC 01-10-2013.

RECURSO ESPECIAL ELEITORAL No 124-18.2012.6.18.0045 – CLASSE 32 – BATALHA – PIAUÍ Relatora: Ministra Laurita Vaz
Ementa: ELEIÇÃO 2012. RECURSOS ESPECIAIS. REGISTRO DE CANDIDATURA. PREFEITO ELEITO. EXERCÍCIO DE CARGO EM COMISSÃO EM MUNICÍPIO DIVERSO. DESINCOMPATIBILIZAÇÃO. DESNECESSIDADE. INELEGIBILIDADE DO ART. 1º, INCISO II, ALÍNEA “L”, DA LC No 64/90. NÃO OCORRÊNCIA. 1. **Diversamente do que fixado pelo voto condutor do aresto regional, a causa de inelegibilidade por ausência da desincompatibilização prevista na alínea “L” do inciso II do art. 1º da LC no 64/90 não se aplica, porque a candidata exercia cargo em comissão na Assembleia Legislativa Estadual, em município diverso do qual pretendeu a candidatura à prefeitura municipal.** Precedentes. 2. **Segundo este Tribunal, “É desnecessária a desincompatibilização de servidor público – ainda que estadual – que exerce suas funções em município distinto do qual se pretende candidatar”** (AgR-REspe no 189-77/CE, Rel. Ministro ARNALDO VERSIANI, publicado na sessão de 27.9.2012). 3. Recurso especial de TERESINHA DE JESUS CARDOSO ALVES a que se dá provimento para deferir o registro da candidatura. 4. Prejudicado o recurso especial interposto pela COLIGAÇÃO BATALHA PARA TODOS porque a insurgência se refere somente à matéria relacionada à necessidade de realização de novas eleições municipais, buscando-se a proclamação do candidato AMARO JOSÉ DE FREITAS MELO como prefeito da municipalidade, por ter obtido a segunda colocação no pleito. (grifos nossos)

Nesses precedentes, a Superior Corte Eleitoral restringiu, através da interpretação teleológica, o alcance da norma, permitindo que a mesma não fosse aplicada, o que ensejou uma situação nitidamente ilegal, fixando uma postura criacionista-expansionista.

Interessante mencionar, nesse último julgado que decorreu de recurso contra acórdão do TRE/PI⁵⁷, que a Corte Regional, através de voto de qualidade de seu Desembargador Presidente, interpretou/aplicou o texto legal de acordo com o seu exato conteúdo, de uma forma democrática e constitucional, essa suscitada por um membro da corte como voto divergente, que quase saiu vencedor naquela oportunidade, caso já citado aqui anteriormente.

Em outros termos, o Tribunal Regional, por pouco não se subjugou à sedutora tese de aplicação/interpretação teleológica da norma. O que não ocorreu com a corte superior, que fez emergir a subjetividade (arbitrariedade) e reforçou a

⁵⁷ TRE-PI. REGISTRO DE CANDIDATURA Nº 124-18.2012.6.18.0045 – CLASSE 38

malfadada tese do voto divergente daquela Corte Regional (cujo método de interpretação foi o teleológico).

Outro julgado ímpar da Corte Superior Eleitoral é o seguinte:

RECURSO ESPECIAL ELEITORAL. AÇÃO DE IMPUGNAÇÃO DE REGISTRO DE CANDIDATURA. ELEIÇÕES 2012. PREFEITO. CONDENAÇÃO. CRIME. LEI DE LICITAÇÕES. INELEGIBILIDADE. ART. 1º, I, e, 1, DA LC 64/90. 1. **Os crimes previstos na Lei de Licitações estão abrangidos nos crimes contra a administração e o patrimônio públicos referidos no art. 1º, I, e, 1, da LC 64/90.** 2. Não se cuida de conferir interpretação extensiva ao dispositivo, mas de realizar uma interpretação sistemática e teleológica, tendo em vista o fato de que a LC 64/90 destina-se a restringir a capacidade eleitoral passiva daqueles que não tenham demonstrado idoneidade moral para o exercício de mandato eletivo, tais como os gestores públicos que tenham cometido crimes previstos na Lei de Licitações. 3. Recurso especial não provido. (Recurso Especial Eleitoral nº 12922, Acórdão de 04/10/2012, Relator(a) Min. FÁTIMA NANCY ANDRIGHI, Publicação: PSESS - Publicado em Sessão, Data 4/10/2012)⁵⁸. (grifos nossos)

Nesse último precedente, até seguindo uma tendência da Corte, verifica-se que a conclusão é de alargar, criar, ampliar a hipótese de cabimento da norma, alcançando situação por ela não disciplinada, e assim, não proibida, fazendo uso da sua postura criacionista-expansionista.

É perceptível o uso de um ‘método de interpretação’ por parte das decisões dos Tribunais Eleitorais e do STF, também citado, a título de exemplo paramétrico, não como referencial teórico, sendo esse o teleológico. Há uma tentativa de ‘adivinhar’ ou ‘imputar’ uma finalidade, que remete ao confronto ultrapassado ‘vontade da norma’ x ‘vontade do legislador’, algo que, como afirma Warat (1994, p. 70), ‘sempre ocultou seu compromisso ideológico com as soluções reclamadas pela prática judicial’, podendo ser ‘um álibi teórico para emergência das crenças que orientam a aplicação do direito’.

⁵⁸ Esse julgado já apresentado no tópico anterior merece ser novamente observado, para apresentação das devidas críticas.

3.2.1 A categorização ou padronização da interpretação teleológica nos Tribunais Eleitorais e no STF

Warat (1995), em uma de suas obras, escrevendo sobre o Direito e a Linguagem, ensina que a linguagem 'não só permite o intercâmbio de informações e de conhecimentos humanos, como também funciona como meio de controle de tais conhecimentos' (WARAT, 1995, p. 37). Ou seja, não há como se dizer tudo sobre todas as coisas.

Ensina, o mesmo autor, que através do positivismo lógico, a filosofia como epistemologia deve transitar à margem da metafísica, em uma busca por indagações estritamente linguísticas (1995), casando a interpretação com a limitação que a linguagem e a escrita trazem.

Dessa forma, a ciência (jurídica) deve ser mais precisa, não sendo possível distorções ou compreensões à margem de paradigmas filosóficos contemporâneos, posto que 'fazer ciência é transformar um sistema de conceitos lexicográficos em um sistema de conceitos emergentes de um conjunto de estipulações precisas' (WARAT, 1995, p. 57).

Assim, está fora dos rigores jurídico-científicos aquilo que se tem constatado e denunciado neste estudo, existindo, no entanto, um padrão nas decisões judiciais pesquisadas, ainda que se perceba que elas estão em total descompasso com a Hermenêutica contemporânea, sendo passível de categorização, posto que, por vezes, concluem uma redução no sentido da norma, em outras uma expansão no sentido da norma, ou uma mera justificação, por isso podem ser classificadas em: criativa-reducionista, criacionista-expansionista e criacionista-justificativa, como se verifica no quadro a seguir:

Decisão analisada (excertos)	Dispositivo legal ofendido	Classificação	Crítica
STF - ADC 29, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgado em 16/02/2012 [...]3. A presunção de inocência consagrada no art. 5º, LVII, da Constituição Federal deve ser reconhecida como uma regra e interpretada com o recurso	Art. 5º, LVII da Constituição Federal: ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.	Interpretação criativa-reducionista	Reduziu o sentido da norma, limitando a sua aplicação, fundamentando a decisão reducionista em uma interpretação

da metodologia análoga a uma redução teleológica[...]			teleológica.
STF - RE 637485, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 01/08/2012: O princípio republicano condiciona a interpretação e a aplicação do próprio comando da norma constitucional, de modo que a reeleição é permitida por apenas uma única vez. Esse princípio impede a terceira eleição não apenas no mesmo município, mas em relação a qualquer outro município da federação. [...] Portanto, ambos os princípios – continuidade administrativa e republicanismo – condicionam a interpretação e a aplicação teleológicas do art. 14, § 5º, da Constituição.[...]	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.	Interpretação criacionista-expansionista	Amplia o sentido da norma limitadora do direito de se candidatar à reeleição para alcançar, por analogia e através da teleologia da norma, situação por ela não prevista.
TSE - REGISTRO DE CANDIDATURA Nº 124-18.2012.6.18.0045 – CLASSE 38 RECURSO ESPECIAL ELEITORAL No 124-18.2012.6.18.0045 – CLASSE 32 – BATALHA – PIAUÍ Relatora: Ministra Laurita Vaz: [...]. REGISTRO DE CANDIDATURA. PREFEITO ELEITO. EXERCÍCIO DE CARGO EM COMISSÃO EM MUNICÍPIO DIVERSO. DESINCOMPATIBILIZAÇÃO. DESNECESSIDADE. [...] 2. Segundo este Tribunal, “É desnecessária a desincompatibilização de servidor público – ainda que estadual – que exerce suas funções em município distinto do qual se pretende	art. 1º, II, “I”, da LC 64/90: os que, servidores públicos, estatutários ou não, dos órgãos ou entidades da administração direta ou indireta da união, dos estados, do distrito federal, dos municípios e dos territórios, inclusive das fundações mantidas pelo poder público, não se afastarem até 3 (três) meses anteriores ao pleito, garantido o direito à percepção dos seus vencimentos integrais	Interpretação criativa-reducionista	Reduziu o sentido da norma, limitando a sua aplicação, fundamentando a decisão reducionista em uma interpretação teleológica, criando uma exceção à norma não prevista em lei.

<p>candidatar” (AgR-REspe no 189-77/CE, Rel. Ministro ARNALDO VERSIANI, publicado na sessão de 27.9.2012). [...]</p>			
<p>TSE - Recurso Especial Eleitoral nº 12922, Relator(a) Min. FÁTIMA NANCY ANDRIGHI, Publicação: Publicado em Sessão, Data 4/10/2012: [...]. PREFEITO. CONDENAÇÃO. CRIME. LEI DE LICITAÇÕES. INELEGIBILIDADE. ART. 1º, I, e, 1, DA LC 64/90. 1. Os crimes previstos na Lei de Licitações estão abrangidos nos crimes contra a administração e o patrimônio públicos referidos no art. 1º, I, e, 1, da LC 64/90. 2. Não se cuida de conferir interpretação extensiva ao dispositivo, mas de realizar uma interpretação sistemática e teleológica, tendo em vista o fato de que a LC 64/90 destina-se a restringir a capacidade eleitoral passiva daqueles que não tenham demonstrado idoneidade moral para o exercício de mandato eletivo [...].</p>	<p>LC nº 64/90: Art. 1º São inelegíveis: e) os que forem condenados, em decisão transitada em julgado ou proferida por órgão judicial colegiado, desde a condenação até o transcurso do prazo de 8 (oito) anos após o cumprimento da pena, pelos crimes: (Redação dada pela Lei Complementar nº 135, de 2010) 1. contra a economia popular, a fé pública, a administração pública e o patrimônio público</p>	<p>Interpretação criacionista-expansionista</p>	<p>Amplia o sentido da norma limitadora do direito político passivo para alcançar, por analogia e através da teleologia da norma, situação por ela não prevista.</p>
<p>Agravo Regimental em Recurso Especial Eleitoral nº 30174, Relator(a) Min. Felix Fischer, Publicação: Publicado em Sessão, Data 18/11/2008: [...] A alteração do entendimento jurisprudencial dando interpretação teleológica à Sumula nº 1, não afronta o princípio da segurança jurídica ou a garantia de irretroatividade da lei, pois a evolução de entendimento jurisprudencial</p>	<p>NÃO HÁ NORMA VIOLADA ESPECIFICAMENTE PELA INTERPRETAÇÃO TELEOLÓGICA.</p>	<p>Interpretação criacionista-justificativa.</p>	<p>Utiliza a interpretação teleológica para justificar a aplicação de uma súmula. Observe-se que antes da alteração legislativa ocorrida com a LC 135/2010, tal súmula contrariava expressamente</p>

não viola o princípio e a garantia mencionados [...]			o art. 1º, I, g da LC 64/90, também por um argumento teleológico, reduzindo o alcance da norma.
--	--	--	---

Identificado os comportamentos do TSE e do STF, registra-se que são dois os perigos imediatos de se adotar tal procedimento: a recorrente possibilidade de contradição com outros julgados e a ‘inspiração’ para as repetições deste método interpretativo pelos Tribunais Regionais.

Elucidando tais colocações, apresenta-se o seguinte julgado, em que o TSE deixou de utilizar a interpretação teleológica de norma eleitoral de inelegibilidade para recorrer ao ‘sentido objetivo’ da norma (agiu sem tentar criar nada), em um julgado onde a inelegibilidade reflexa alcançou o filho do então atual gestor municipal, na candidatura ao cargo de prefeito, mesmo havendo rivalidade entre ambos:

RECURSO ESPECIAL ELEITORAL. PEDIDO DE REGISTRO DE CANDIDATURA. ELEIÇÕES 2012. ART. 14, § 7º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. INELEGIBILIDADE. PARENTESCO CONSANGUÍNEO. CRITÉRIO OBJETIVO. DESPROVIMENTO. 1. A alegação de existência de rivalidade entre o recorrente, candidato a prefeito, e o atual Chefe do Executivo da localidade, aspirante à reeleição e genitor do pretenso candidato, não afasta a inelegibilidade constitucional, uma vez que o critério da norma é objetivo. Precedentes. 2. Recurso especial desprovido⁵⁹.

Interessante, nesse caso, que uma interpretação teleológica poderia ter considerado a situação fática de rivalidade entre ambos, aceitado até uma desconstrução familiar fática e, por isso, entender que o núcleo familiar não mais estava constituído ou preservado, admitindo, assim, a continuidade de pessoas da mesma família no Poder, mas não o fez, o que mostra a oscilação da jurisprudência, algo que, certamente, ocasiona uma perigosa insegurança jurídica.

⁵⁹ Recurso Especial Eleitoral nº 14071, Acórdão de 20/09/2012, Relator(a) Min. MARCO AURÉLIO MENDES DE FARIAS MELLO, Relator (a) designado(a) Min. JOSÉ ANTÔNIO DIAS TOFFOLI, Publicação: PSESS - Publicado em Sessão, Data 20/09/2012)

Como reflexo da interpretação teleológica da lei das inelegibilidades pelo TSE, tem-se o seguinte julgado do TRE/AL:

PEDIDO DE REGISTRO DE CANDIDATURA. DEPUTADO ESTADUAL. ELEIÇÕES 2010. OFERECIMENTO DE IMPUGNAÇÃO. AUSÊNCIA DE DOCUMENTOS. DILIGÊNCIA CUMPRIDA. PROCESSO INSTRUÍDO COM TODOS OS DOCUMENTOS EXIGIDOS PELA RESOLUÇÃO TSE Nº 23.221/2010 E PELA LEI Nº 9.504/97. IMPROCEDÊNCIA DA IMPUGNAÇÃO. QUITAÇÃO ELEITORAL. INEXISTÊNCIA. DESAPROVAÇÃO DAS CONTAS DE CAMPANHA. ART. 42, DA RESOLUÇÃO TSE Nº 23.221/2010. INDEFERIMENTO DO REGISTRO. 1. **Tendo em vista que a análise das contas de campanha tem a finalidade precípua de aferir a correta utilização de recursos e gastos de campanha pelo candidato, deve haver uma interpretação teleológica e sistemática do §7º, do art. 11, da Lei nº 9.504/97 (acrescido pela Lei nº 12.034/2009), a fim de se atender a finalidade normativa e a proteção à lisura do processo eleitoral.** 2. Na hipótese dos autos, condição de elegibilidade prevista no art. 11, §7º, da Lei nº 9.504/97, é de se conceder similar interpretação da que imprimiu o TSE quanto à causa de inelegibilidade prescrita no art. 1º, I, g, da LC 64/90. 3. Demonstrada a ausência da condição de elegibilidade 'quitação eleitoral', em face da não apresentação regular das contas de campanha (art. 26, §4º, da Res. TSE nº 23.221/2010), deve ser indeferido o pedido de registro de candidatura. (REGISTRO DE CANDIDATO E CANCELAMENTO nº 93798, Acórdão nº 7066 de 05/08/2010, Relator(a) MANOEL CAVALCANTE DE LIMA NETO, Publicação: PSESS - Publicado em Sessão, Data 05/08/2010). (Grifos nossos)

A partir do instante em que se percebe a adoção desse tipo de comportamento como padrão, fica claro que a utilização de métodos de interpretação é algo frágil, como bem aponta o quadro de categorização acima colocado, vez que não detém uma regra *mater* que oriente a sua aplicação, em cada caso, o que justifica as posições discutíveis dos julgados acima e geram decisões que ferem até a leitura crua de um texto legal.

Com isso o uso da 'teleologia da norma' como método interpretativo se constitui como uma capa de fumaça cinzenta sobre a compreensão e a aplicação de um texto normativo, sendo vista também como alçada meramente argumentativa que funciona como canalizador de determinados valores que se quer conservar (STRECK, 2011).

Ora, a questão teleológica, o estudo filosófico dos fins, justificada filosoficamente por Platão e Aristóteles, já não contempla o que se tem de mais atual

no campo da filosofia e, conseqüentemente, do direito, vez que um não se sustenta sem o outro.

Esse apego ao passado faz com que a recepção da viragem ontológico-linguística, que é a virada hermenêutica, fique de lado na interpretação do texto constitucional brasileiro e leve as tendências contemporâneas do direito para longe das discussões jurídicas pátrias.

Os termos usados nas conclusões dos julgamentos retro mencionados, como corriqueiramente se percebe nos Tribunais Eleitorais e em outras, como já demonstrado, leva a uma análise dos fatos. O que ocorre objetivamente é uma amoldagem dos termos legais de inelegibilidade, mas com uma conclusão diversa, como se coubesse somente ao Poder Judiciário, e não ao Poder Legislativo (produtor do direito objetivo), verificar a finalidade da norma, do sentido da norma.

O Julgador criativo, na aplicação do método teleológico, faz emergir, porque a ele somente importa o seu espírito (espírito da norma), seu sentimento de Justiça. Uma exceção ou uma hipótese não prevista pelo Poder Legislativo, atentando, inclusive, contra a segurança jurídica, posto que, ao cidadão, resta a cegueira, até que uma Corte firme 'seu entendimento' sobre uma matéria.

3.2.2 A Constituição Federal frente aos julgados criacionistas

Segundo a Constituição Federal, não estaria a cargo da Lei definir quais as hipóteses de inelegibilidade, bem como os cargos e em que situações se exigiria a desincompatibilização? A Constituição Federal, no seu art. 14, §9º, assim se manifesta:

§ 9º Lei complementar estabelecerá outros casos de inelegibilidade e os prazos de sua cessação, a fim de proteger a probidade administrativa, a moralidade para o exercício do mandato, considerada a vida pregressa do candidato, e a normalidade e legitimidade das eleições contra a influência do poder econômico ou o abuso do exercício de função, cargo ou emprego na administração direta ou indireta.

Os dispositivos legais da Lei Complementar 64/90 já não teriam, em seu âmago, a finalidade da norma inelegibilidade e desincompatibilização, já que chancelados diretamente pela Constituição Federal?

Houvessem situações em que se pudesse admitir excepcionalizar os dispositivos legais, a própria Lei não a traria expressamente, de forma direta ou indireta? Caberia ao Poder Judiciário atribuir, estabelecer hipóteses ou reconhecer exceções não previstas na Lei e sem bases constitucionais?

Poderia um Juiz afastar a aplicação da norma diante de um caso concreto a ela adequado (havendo tipicidade), simplesmente porque entende que não foi alcançado pela finalidade da norma? Poderia ela alcançar situação não prevista na lei, em razão da finalidade que entende da norma?

Quem dá essa finalidade à norma? O que é, afinal, essa finalidade? De onde vem e como se encontra e se chega a tal fim, se é que ela se esgota, em algum momento, na norma? Teria a norma senso, ânimo de vontade, podendo ser considerada até como ser pensante e atuante no âmbito do direito?

Mas, já não teria o legislador ordinário, esse sim dotado de discricionariedade (mas que também deve obediência à Constituição Federal), previsto ou inserido as situações de inelegibilidade, de maneira expressa para que outras hipóteses não fossem alcançadas ou exceções reconhecidas? Quem pode dizer o que é a finalidade da norma? Quem pode dizer com a exata precisão qual é a finalidade da norma? Quer a Constituição dar ao intérprete a condição de analisar o fim da norma ou aplicar a norma que existe, dentro do parâmetro criado pela Constituição?

Poder-se-ia, ainda, indagar, dos precedentes acima: qual o parâmetro jurídico, ou até mesmo não jurídico, para tais interpretações? Houve uma análise prática ou experimental para tais conclusões? Qual o fundamento dessas decisões apresentadas, senão a opinião pessoal, restrita e íntima do julgador sobre a justiça e a justeza da norma em análise?

Nesse contexto, em que se faz crescente a atuação do Poder Judiciário na vida social regulando coisas que a rigor não lhe seriam afetas, abrindo um largo flanco para que os Tribunais, país a fora, encontrem formas de elastecer a norma e, por vezes, assentar algo que ela não diz, é que se vivencia o avanço desse método interpretativo e a multiplicação de um ativismo judicial com características bem nacionais.

Porém, fica claro que a sua utilização não se adéqua aos preceitos constitucionais do direito pátrio, vez que quem faz o Direito não é o Judiciário, não se pode admitir a criação de novas normas, novos direito por decisões judiciais,

ainda mais em uma Justiça que visa a garantir a manutenção do sistema democrático, que é o caso da Justiça Eleitoral.

Permitir esse poder aos julgadores seria algo antidemocrático, pois os julgadores não tem legitimidade popular, como os representantes do Poder Legislativo, para criar direitos e estabelecer normas para a sociedade, pois a criação de direitos deve se dar pelo referido Poder pelo fato de lá estarem os representantes eleitos pelo povo, através do voto, para essa função, que é constitucionalmente delineada.

No caso do Direito Eleitoral, com diversas normas esparsas, recheadas de Resoluções e normativas infralegais, 'respeitadas' e impostas como se leis fossem, e em razão da alta rotatividade dos membros das Cortes Eleitorais, tal situação se agrava, tornando-se um campo fértil para o subjetivismo teleológico, em que a solução seria a aplicação da hermenêutica filosófica, na busca de decisões constitucionalmente adequadas às situações postas ao Poder Judiciário Eleitoral.

4 A HERMENÊUTICA FILOSÓFICA COMO CONDIÇÃO DE POSSIBILIDADE PARA O DESVELAMENTO DO CASO FRENTE AO ORDENAMENTO JURÍDICO ELEITORAL BRASILEIRO

A posição dos Tribunais pátrios no sentido de privilegiar a interpretação teleológica na solução de casos é deveras prejudicial à realização do Direito e da Justiça, principalmente na Justiça Eleitoral, vez que é comum a adoção dessa via para marginalizar, não raras vezes, um texto legal exposto para a apresentação de uma ‘solução’ mais adequada à consciência do intérprete-juiz, esses acontecimentos dão azo a decisões de cunho ativista-criacionistas, com características bem brasileiras.

De maneira que a interpretação pelo método finalístico, assim, se apresenta, no entender deste trabalho, como a mais eficaz ferramenta do ativismo judicial à brasileira, posto que os seus precedentes históricos e a sua atual aplicação se apresenta orgulhosamente, como bem criticou Bonavides (2008), de forma criacionista, tentando dar um sentido além ou aquém do texto normativo, legal e constitucional, rompendo as barreiras da distribuição harmônica dos poderes⁶⁰, seja pretendendo legislar, seja visando executar, demonstrando de forma visível um excesso na atuação jurisdicional, mas cujas luzes (aparentemente) ainda não alcançaram os próprios olhos dos julgadores.

4.1 O descompasso constitucional da interpretação teleológica:

Uma crítica ao método de interpretação utilizado nas Cortes Eleitorais brasileiras

Como é recorrente, inclusive conforme já dito neste trabalho, os próprios Ministros do STF fundamentam suas decisões na ‘teleologia da norma’, na ‘hermenêutica teleológica’, gerando precedentes de perigosa importação para as

⁶⁰ Pretende-se, com a interpretação teleológica, na verdade o exercício do poder de legislador positivo, criando situações que a lei não prevê, a exemplo de exceções à desincompatibilização não albergadas pelo ordenamento jurídico.

decisões judiciais dos demais Tribunais e instâncias, como em situações semelhante às apresentadas neste estudo⁶¹.

Mas, tal atitude não está completamente desprovida de certo incentivo legislativo, dentre os quais se identifica o art. 5º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, já citada, e o art. 23 da Lei Complementar 64/90, como se verá adiante.

4.1.1 O art. 5º da LINDB, a interpretação teleológica e a Constituição Federal

Com a crescente superação (ou tentativa de superação) do positivismo jurídico, embora de maneira tardia, em países como o Brasil, se reconheceu a importância trazida pela força impositiva das normas constitucionais, rompendo-se com os métodos tidos como clássicos, ou savignyanos, de interpretação do direito (ou da lei)⁶² porque, para esses, a Constituição merecia algo mais, criando-se diversos métodos de interpretação da constituição, dentre os quais se destaca o método concretizador de Friedrich Muller (2005).

Com isso, perdeu razão o fato de ter de se recorrer a uma norma infraconstitucional para se interpretar outra norma infraconstitucional, ou mesmo uma norma inserida no texto da Constituição, o que é um absurdo maior.

O art. 5º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro⁶³ não merece ser entendido como adequado a Constituição Federal, nem mesmo como forma de orientar o interprete na ‘aplicação’ do direito infraconstitucional, posto que se trata de norma ofensiva ao Estado Democrático de Direito, inculcado, dentre outros, no artigo inaugural da nossa Constituição⁶⁴.

Como menciona, sem nenhum equívoco, Streck (2012, p. 245): ‘Ainda não compreendemos o cerne da crise, isto é, que o novo paradigma do direito, instituído pelo Estado Democrático de Direito, é nitidamente incompatível com a velha teoria das fontes [...]’.

⁶¹ Conforme se manifesta nos julgados colacionados.

⁶² Mas não com os métodos, como se verificou nos capítulos anteriores.

⁶³ Art. 5º. Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum.

⁶⁴ Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos.

O Estado Democrático de Direito possui uma ligação indissociável com a realização dos direitos fundamentais, de forma que à ele se acopla o conteúdo material das constituições (STRECK, 2013), passando a Constituição a ser uma ‘forma privilegiada de instrumentalizar a ação do Estado na busca do desiderato apontado pelo texto constitucional, entendido no seu todo dirigente-principiológico’ (STRECK, 2013, p. 150).

Por isso, a conclusão de que qualquer abertura, mesmo que legislativa, para a discricionariedade na interpretação/aplicação do direito (Constituição e demais atos normativos), é indiscutivelmente inconstitucional⁶⁵.

Corrobora a posição do referido autor com a incompatibilidade material entre a LINDB e a nossa Carta Magna, questionando precisamente o seu art. 4º, infirmando que: a ‘redação de tais dispositivos é incompatível com o constitucionalismo do Estado Democrático de Direito e com a intersubjetividade superadora do esquema sujeito-objeto’ (STRECK 2012, p. 245).

Também é salutar a colocação do já mencionado doutrinador, ao referir que:

“[...] ao se manter, nesta quadra da história, uma “lei de introdução ao direito” pautada na interpretação do Código Civil e nos parâmetros para uma aplicação “geral” do direito, está-se contribuindo para uma resistência de um modelo (positivista) em relação ao constitucionalismo contemporâneo, que ingressa na história justamente para superar o antigo modelo.” (STRECK 2012, p. 262).

Em outras palavras, a aplicação da LINDB é um retrocesso diante do constitucionalismo contemporâneo, do fortalecimento dos princípios constitucionais pelo Poder Judiciário. Repisa-se, o art. 5º da LINDB, aliás toda ela, é incompatível materialmente com a atual Constituição Federal, não servindo de norte para a interpretação ou compreensão do Direito ou Normas do Direito brasileiro.

Ao enunciar que ‘o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum’, a referida Lei estabelece no seu texto cláusulas abertas de poder discricionário incentivando, mais uma vez, o criacionismo, o subjetivismo e a discricionariedade, que tanto se tenta superar (STRECK, 2012), inclusive com o fortalecimento e reconhecimento da normatividade da Constituição, como se verá adiante.

⁶⁵ Mesma conclusão se chega sobre o art. 23 da Lei Complementar 64/90, como se verificará adiante.

Dessa forma, se é inconstitucional, melhor afirmando, materialmente incompatível com a ordem constitucional, o dispositivo legal que suporta a interpretação teleológica, esse método de interpretação, certamente, assim também o será.

4.1.2 Crítica ao método de interpretação finalístico/teleológico e sua inevitável discricionariedade

A interpretação teleológica, mero ‘artifício interpretativo’, se torna, de certa forma, uma justificativa para que o intérprete busque a ‘finalidade da norma’, aliás, o seu entendimento pessoal sobre a finalidade da norma, ao invés de buscar a resposta adequada ao caso conforme a Constituição Federal e as normas aplicáveis.

Como exemplo de posicionamentos com fundamentos nesse ‘método’ muito controvertido de se entender o direito é possível citar precedente da corte Suprema, no julgamento do já mencionado RE 633703/MG⁶⁶.

Já foi dito neste trabalho que o grande perigo desses precedentes são a sua capacidade de influir não só no posicionamento dos demais Tribunais como na sua forma de julgar, principalmente a partir do momento em que o ‘guardião’ da Constituição contraria regras e princípios desse quilate, utilizando métodos arcaicos de interpretação. Isso leva a uma inegável ‘clonagem’ jurisprudencial para as demais Cortes, como ocorre na Justiça Eleitoral, conforme os precedentes já apresentados.

Com razão Sarmiento (2008), ao postular que ‘a objeção democrática contra o ativismo judicial se arrefece, sobretudo quando o Judiciário passa a agir em favor de causas ‘simpáticas’ aos anseios populares’, como se esse Poder estivesse buscando um respaldo, uma legitimidade (através do apoio popular), que não é inerente às suas atividades⁶⁷.

⁶⁶ Informativo 620 do STF. Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo620.htm>>. Acessado em 22/02/2013.

⁶⁷ No entanto, embora correta esta crítica, o autor acaba desaguando na discricionariedade ao acreditar na razoabilidade do julgador (SARMENTO, 2008), esboçando critérios que estão fora da hermenêutica contemporânea e reconhecendo o dever do julgador na inclusão dos excluídos, no que refere a aplicação dos direitos sociais, o que, ao fim e ao cabo, condiciona à uma atuação ativista do Poder Judiciário, embora com critérios.

O Poder Judiciário, mesmo não se podendo dizer nada contrário ao fato do mesmo ser democrático, não se forma pela vontade da maioria, mas pela delimitação constitucional, nas formas e limites que o texto coloca. Assim, não representa, pelo menos diretamente, a maioria, ou o pensamento e a vontade da maioria, mas aquilo que a Constituição coloca em primeiro lugar, como primordial, básico.

Esse apego ao passado faz com que a recepção da viragem ontológico-linguística, fique de lado na interpretação do texto constitucional, e na apreciação dos casos concretos postos ao Judiciário, levando as novas tendências para longe das discussões jurídicas brasileiras. É um portal imenso para a passagem de um Judiciário ativista, porque facilita e incentiva o subjetivismo dos julgadores solipsistas.

No Brasil, o uso desse método, tem contornos próprios, se perfazendo como um dos pontos que levam a um ativismo judicial, algo que tem raízes norte-americanas, e está associado a uma intervenção mais ampla do poder judiciário no reconhecimento, proteção e aplicação direta dos valores e fins constitucionalmente previstos com maior atuação no espaço de competência dos outros dois Poderes (BARROSO, 2011), mas que no Brasil tem características próprias.

4.2 O ativismo judicial com brasilidade

O ativismo judicial configura-se em um modo peculiar de interpretar a Constituição, buscando sua aplicação direta, mas estendendo o seu sentido e alcance (BARROSO, 2009). Decorreria, em regra, de uma ineficiência dos demais Poderes – Executivo, e sobretudo o Legislativo, na solução de conflitos entre classes políticas e sociais, abrindo um espaço para a atuação indevida do Judiciário.

Tassinari (2013) registra que a atuação do Poder Judiciário, de maneira inovadora, tem ênfase a partir de 1803, nos Estados Unidos, quando do julgamento do caso 'Marbury x Madison', que trouxe ao mundo jurídico ocidental o primeiro precedente de controle judicial de constitucionalidade.

Barroso (2009), em uma análise retrospectiva sobre o tema, entende que o ativismo, de origem norte-americana, se apresentou, inicialmente, de forma conservadora, sendo utilizado pela Suprema Corte para atender interesses reacionários, como no caso *Dred Scott v. Sanford*, 1857, onde se concluiu que

‘negros não eram cidadãos, na acepção constitucional do termo’ (BARROSO, 2011, p. 44).

Também se utilizou do ativismo para ‘a invalidação das leis sociais em geral (Era *Lochner*, 1905-1937), culminando no confronto entre o Presidente Roosevelt e a Corte Suprema, com a mudança da orientação jurisprudencial contrária ao intervencionismo estatal (*West Coast v. Parrish*, 1937)’, conforme Barroso (2009, p. 07).

A situação se inverteu somente a partir da década de 50 (cinquenta) do século passado:

[...] quando a Suprema Corte, sob a presidência de Warren (1953-1969) e nos primeiros anos da Corte Burger (até 1973), produziu jurisprudência progressista em matéria de direitos fundamentais, sobretudo envolvendo negros (*Brown v. Board of Education*, 1954), acusados em processo criminal (*Miranda v. Arizona*, 1966) e mulheres (*Richardson v. Frontiero*, 1973), assim como no tocante ao direito de privacidade (*Griswold v. Connecticut*, 1965) e de interrupção da gestação (*Roe v. Wade*, 1973). (BARROSO, 2008, p. 07).

Já no Brasil, tal discussão tornou-se expressiva com a criação da Constituição Federal da República Brasileira de 1988, em razão do extensivo rol dos Direitos Fundamentais, abarcando não só os direitos individuais como os sociais e políticos⁶⁸.

Essa própria condição de ser do Poder Judiciário pode dar azo ao avanço ativista disfarçado que se empreendeu nos últimos anos no Brasil, que em essência não passa de um mero e simples abuso de direito, ou de poder, como ocorre nos outros poderes, com a diferença de que com o Poder Judiciário, na sua função típica, não coexiste nenhum controle externo, no que tange a sua função fim.

⁶⁸ “O Poder Judiciário se configura, em relação aos outros poderes do Estado, como um contrapoder, no duplo sentido que é atribuído ao controle de legalidade ou de validade dos atos legislativos assim como dos administrativos e à tutela dos direitos fundamentais dos cidadãos contra as lesões ocasionadas pelo Estado. “Porque não se pode abusar do poder”, escreveu Montesquieu, “é necessário que, pela disposição das coisas, o poder freie o poder”. Para isto, acrescentou Carrara, “a um Estado que aspire reger-se com ordens liberais e duradouras, e que deseje responder ao propósito da tutela jurídica na qual se funda total e somente a razão de ser da autoridade social, é de suprema necessidade que aos possíveis abusos do Poder Executivo o Poder Judiciário seja perpétuo e sólido obstáculo” (FERRAJOLI, 2010, p. 534).

Streck (2013), afirma que o ativismo judicial fora indevidamente importado dos Estados Unidos, onde se efetivaram sérias discussões doutrinárias acerca do governo dos juízes e do ativismo judicial, só que há mais de duzentos anos.

Ora, uma Constituição recente pede por novos padrões de observação. 'No mínimo, uma nova teoria das fontes, uma nova teoria da norma, uma nova teoria hermenêutica [...] uma nova teoria da decisão'. (STRECK, 2013, p 284). Trata-se de um fenômeno intitulado, pelo mesmo autor de 'constitucionalismo contemporâneo'.

Até mesmo a 'escolha' pelo Estado Democrático de Direito trouxe transformações necessárias na relação entre os Poderes da República. Para que de fato ocorram tais mudanças para se passar de um Estado Social para um Estado Democrático, se faz necessário o 'deslocamento do polo de tensão do Executivo para o Judiciário' (TASSINARI, 2013, p. 36), posto que a natureza, a qualidade e a quantidade de conflitos impossíveis, ou impassíveis de autocomposição, cresceram em escalas inimagináveis.

A tudo ou a quase tudo se judicializa no Brasil, isso é fruto de um desenvolvimento social e econômico, bem como de uma maior preocupação com o acesso à Justiça. Outrossim, o Brasil sofre forte influência dos sistemas norte-americano e europeu, sem a devida aclimação desses institutos a realidade brasileira, como já dito anteriormente.

A legitimação dos direitos humanos também provocou uma grande interferência do Estado no meio social que, por meio da inércia dos outros Poderes, exigiu do Judiciário uma maior atenção, como que se preenchesse as lacunas até então deixadas de lado pelos outros Poderes que, em tese, não cumpriam(em) o seu papel constitucional.

No entanto, não há que se confundir ativismo com judicialização⁶⁹. Judicialização, aqui considerada, consiste na transferência das tensões sociais para o Judiciário, inclusive aquelas relacionadas à política. Dois fatos marcam a relação entre direito e política quais sejam, o fato do pluralismo que levou à complexidade de se buscar vias consensuais sobre desacordos morais e a crescente desconfiança da sociedade com o legislativo (GIOTTI DE PAULA, 2013).

⁶⁹ Parece haver certo consenso no sentido de que o ativismo judicial é uma prática dos tribunais que ocorre à revelia ou com a inércia dos outros poderes constituídos, enquanto a judicialização da política é uma atitude deliberada das próprias instâncias políticas em levar ao judiciário questões não resolvidas consensualmente nos parlamentos para mais uma rodada de decisão. (GIOTTI DE PAULA, 2013, p. 294)

Não há que se negar que após o surgimento dos direitos fundamentais, mormente os de segunda geração e a ineficácia dos poderes representativos na sua concretização, respaldaram a procura por uma terceira via, o Judiciário.

Assim, o que diferencia o ativismo da judicialização, para fins deste estudo, é a existência ou não de invasão na competência dos demais poderes, de forma que, obedecida a separação dos poderes (art. 2º da CF/88), não haverá ativismo judicial, mesmo que haja a (ordem de) concretização direta da Constituição Federal pelo poder jurisdicional.⁷⁰

Diante dessa realidade jurídica nova, mormente com o excesso de ajuizamento de ações e a aproximação do 'jurídico' com o 'político' transformações se fizeram necessárias, mas se deram de uma maneira desregulada, sem nenhum tipo de norte, de base, deixando que a consciência dos intérpretes/aplicadores do direito se destacasse frente à correta aplicação do texto constitucional.

Muito dessa situação se dá por conta da carência de uma teoria constitucional ajustada a realidade brasileira, ou seja, essencialmente nacional, pelo fato de se estar constantemente à procura de um novo paradigma jurídico fora do quadrante adequado ao sistema jurídico pátrio. Esse fato levou os juristas brasileiros a se embasarem em teorias totalmente estranhas, alienígenas, sendo as mesmas recepcionadas de maneira acrítica, como a jurisprudência dos valores, o realismo norte-americano e a teoria da argumentação de Robert Alexy⁷¹ (STRECK, 2013).

Não se pode entender que essas teorias podem de uma hora para outra começar a serem utilizadas no Brasil, primeiramente porque elas não se desenvolveram aqui, sob o prisma do sistema jurídico nacional. Impossível se

⁷⁰ Há quem defenda, ainda, como antítese do ativismo a “criação judicial de direitos”, como o faz Inocêncio Mártires Coelho (Ativismo Judicial ou criação judicial do direito, p. 482, in FELLET, A. L. F.; GIOTTI DE PAULA, D.; e NOVELINO, M. (Org.). **As novas faces do ativismo judicial**. Salvador: Editora Juspodivm, 2013), pelo qual o exercício do poder de modificar o direito criado pelo legislativo para uma realidade interpretada e aplicada, pertence aos juízes, que perpassa pelo geral e pelo abstrato até se concretizar com a prestação jurisdicional, para que se possa enfim proporcionar uma justiça material, mas que não passa, outrossim, de mais uma invasão à esfera de competências do legislativo, além de denunciar um retrocesso jurídico e doutrinário. Ora, conceber o juiz como criador do direito para a promoção da justiça material é defender o pensamento do juspositivismo moderno de Hart, presente no *post scriptum* de sua obra, o Conceito de Direito (2009), abordado em seguida, pensamento jurídico que este trabalho entende já estar ultrapassado pelo Constitucionalismo Contemporâneo.

⁷¹ Streck, no seu Livro Verdade e Consenso (2012), apresenta, já em notas introdutórias, que um dos grandes responsáveis pela crise hermenêutica e do baixo conteúdo constitucional que se registra, na atual doutrina e na jurisprudência, é a recepção equivocada de três teorias alienígenas: a jurisprudência dos valores, ponderação alexyana e o ativismo norte-americano.

aceitar essa situação sem que se observem as diferenças culturais e políticas para a implantação e uso dessas teorias.

Tomou-se emprestada, da doutrina alemã, conforme Streck (2013, p. 286) informa, a ideia principal de ser da Constituição, de uma ordem concreta de valores, sendo o papel dos intérpretes o de desvendar e revelar esses interesses ou valores, bem como o ativismo judicial norte-americano.

Nesse mesmo sentido, o termo 'Ativismo Judicial', vem sendo usado de maneira rasa no Brasil. Atualmente, transforma-se um Tribunal em órgão com poderes permanentes de alterar a Constituição, construir normas legais ao alvedrio da própria Constituição Federal. O perigo se dá justamente por existirem questões que não podem ser sanadas por ativismo judicial, posto que o Judiciário não possa substituir o legislador.

As inconsistências, do sistema jurídico pátrio, advindas do fato de se adotar métodos sem padrão definido, sem regra matriz orientadora, vez que a finalidade da norma, por exemplo, seria algo indefinível. Além disso, o fenômeno da 'constitucionalização' do direito no país levou ao que se chama de ativismo judicial, algo que pode aflorar de várias maneiras, tal como a busca por uma finalidade da norma, como já dito, se desprezando até o limite constitucional imposto pelo sistema posto e regulamentado pela Constituição Federal.

Por isso, falar do ativismo judicial com tons verdes e amarelos é algo factível, pois no fundo isso se constitui um problema 'carregado de pragmatismo que torna a interferência judicial, nos moldes de um ativismo judicial à brasileira perigosa, porque vinculada a um ato de vontade do julgador' (TASSINARI, 2013, p.13).

Nesse ponto, nota-se a existência do ativismo judicial, no Brasil, para concretizar direitos e para resolver o problema da vontade dos julgadores, sendo inadmissível se descontextualizar a Constituição somente para buscar sentido, finalidade, a uma norma, com o fim de justificar uma decisão judicial. Então, nesse contexto, Lenio Streck (2011, p.14) coloca que 'em defesa da Constituição e do direito democraticamente produzido, apresenta uma postura crítica em relação à atuação ativista do Judiciário no país'.

O ativismo judicial também é criticado por Barroso (2011, p. 11), para quem tais práticas 'distanciam juízes e tribunais de sua função típica de aplicação do direito vigente e os aproximam de uma função que mais se assemelha à de criação

do próprio direito'. O mesmo autor afirma que, no âmbito da Corte Suprema, o ativismo judicial se apresenta das seguintes formas:

a) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário, como se passou em casos como o da imposição de fidelidade partidária e o da vedação do nepotismo; b) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição, de que são exemplos as decisões referentes à verticalização das coligações partidárias e à cláusula de barreira; c) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, tanto em caso de inércia do legislador – como no precedente sobre greve no serviço público ou sobre criação de município – como no de políticas públicas insuficientes, de que têm sido exemplo as decisões sobre direito à saúde.

E a partir desse pensamento se chega à concepção que o ativismo judicial é um problema que abala as próprias estruturas da democracia constitucional (STRECK, 2011), daí a necessidade de se questionar decisões que excluem o texto constitucional e buscam justificativas longe da base do sistema jurídico, fato vivido quase que diariamente na Justiça Eleitoral, não sendo muito diferente no restante da Justiça pátria.

Na maioria das vezes o ativismo se revela como uma atitude do Judiciário, tal qual 'a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance. Normalmente ele se instala – e este é o caso do Brasil – em situações de retração do Poder Legislativo' (BARROSO, 2011, p. 11).

Esse proceder dos Juízes, como o que resultou nos arestos bases analisados neste trabalho, representa um verdadeiro 'rompimento constitucional'⁷² (STRECK, 2010, p. 53), conforme o entendimento de Hesse (1991), tal qual o ocorrido com a Constituição de Weimar e o nazismo, se tornando um 'problema democrático' (STRECK, 2010, p.53), tudo isso fruto do exemplo advindo da Suprema Corte brasileira, o STF.

Destarte, pertinente apresentar a crítica que Barroso (2011, p. 16) constrói nesse sentido:

⁷² Essa expressão não está aqui empregada como um mérito recurso retórico, posto que houve verdadeira ofensa ao art. 14, §9º, bem como afronta ao art. 93, IX, todos da Constituição Federal.

O fato de a última palavra acerca da interpretação da Constituição ser do Judiciário não o transforma no único – nem no principal – foro de debate e de reconhecimento da vontade constitucional a cada tempo. A jurisdição constitucional não deve suprimir nem oprimir a voz das ruas, o movimento social, os canais de expressão da sociedade. Nunca é demais lembrar que o poder emana do *povo*, não dos juízes.

Mesmo ciente disso, a atuação do referido autor como Ministro do STF parece contrariar a posição doutrinária que aparentemente adotara nos textos aqui citados. No julgamento conjunto das Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADIs 4947, 4963, 4965, 5020, 5028 e 5130) e de uma Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC 33), cujo objeto era a (in)constitucionalidade da Resolução TSE 23.389/2013 que modificou o quantitativo de vagas para deputado federal de alguns Estados da Federação⁷³, por exemplo⁷⁴.

Verifica-se uma fragilidade muito grande nas estruturas democráticas, mormente num dos poderes idealizados para representar o titular do poder, o povo (art. 1º, p. único da Constituição Federal), abalada por uma mera resolução, ato infralegal, de lavra de um Poder sem competência legislativa ordinária, mas meramente regulamentar, o TSE, quando a Constituição no seu art. 45, §1º expressamente define:

§ 1º - O número total de Deputados, bem como a representação por Estado e pelo Distrito Federal, será estabelecido por lei complementar, proporcionalmente à população, procedendo-se aos ajustes necessários, no ano anterior às eleições, para que nenhuma daquelas unidades da Federação tenha menos de oito ou mais de setenta Deputados.

Note-se que a Constituição delega ao Congresso Nacional, como legislador complementar, expressamente, a definição do número de deputados, não cabendo, no caso, a possibilidade de concessão de tal competência para qualquer outro poder.

⁷³ Pela Resolução, o Estado da Paraíba e do Piauí perdem duas cadeiras de deputados federais cada um, os Estados de Pernambuco, Paraná, Rio de Janeiro, Espírito Santo, Alagoas e Rio Grande do Sul perdem uma vaga de deputado cada. Já o Pará ganha quatro cadeiras. O Ceará e Minas Gerais terão mais duas cadeiras cada um e o Amazonas e Santa Catarina aumentam sua respectiva bancada em um deputado federal, disposto no sítio do TSE: <<http://www.tse.jus.br/noticias-tse/2013/Abril/tse-redefine-cadeiras-na-camara-dos-deputados-para-eleicoes-2014>>

⁷⁴ Através do Decreto Legislativo 424/2013, o Congresso Nacional sustou os efeitos da resolução do TSE.

Por tal razão, promulgou-se a Lei Complementar 78/93⁷⁵, pela qual, conforme seu art. 1º, parágrafo único: ‘Feitos os cálculos da representação dos Estados e do Distrito Federal, o Tribunal Superior Eleitoral fornecerá aos Tribunais Regionais Eleitorais e aos partidos políticos o número de vagas a serem disputadas’.

Lembra-se que a competência complementar é exclusiva do Poder Legislativo, não cabendo, sobre as matérias de sua competência, sequer medida provisória e lei delegada (art. 62, §1º, III e art. 68, §1º, Constituição Federal). Esse nível de ativismo é indiscutivelmente inaceitável, em um Estado Democrático do qual todo poder emana do povo, exercido através de seus representantes (art. 1º, parágrafo único da Constituição Federal).

A matéria chegou até o STF⁷⁶, que por maioria de votos, declarou a inconstitucionalidade da resolução do TSE, considerando que a Lei Complementar 78/93 não fixa critérios de cálculo, nem delega tal função à Corte Eleitoral, considerando que o TSE usou critérios próprios de fixação dos quantitativos dessas representações, introduzindo inovação legislativa, usurpando a competência do Poder Legislativo⁷⁷.

Trata-se de um posicionamento de autocontenção, antiativista, mas que contou com votos contrários dos Ministros Gilmar Mendes, Barroso, e Dias Tofoli, para quem não houve invasão de competência, mas mera aplicação do dispositivo constitucional⁷⁸.

Numa tendência ativista e ofensiva à expressão direta da Constituição Federal, o Min. Barroso argumentou que ‘a falta de consenso no Congresso não

⁷⁵ Art. 1º Proporcional à população dos Estados e do Distrito Federal, o número de deputados federais não ultrapassará quinhentos e treze representantes, fornecida, pela Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, no ano anterior às eleições, a atualização estatística demográfica das unidades da Federação.

Parágrafo único. Feitos os cálculos da representação dos Estados e do Distrito Federal, o Tribunal Superior Eleitoral fornecerá aos Tribunais Regionais Eleitorais e aos partidos políticos o número de vagas a serem disputadas.

Art. 2º Nenhum dos Estados membros da Federação terá menos de oito deputados federais.

Parágrafo único. Cada Território Federal será representado por quatro deputados federais.

Art. 3º O Estado mais populoso será representado por setenta deputados federais.

Art. 4º Esta Lei Complementar entra em vigor na data de sua publicação.

Art. 5º Revogam-se as disposições em contrário.

Brasília, 30 de dezembro de 1993, 172º da Independência e 105º da República.

⁷⁶ ADIs 4947, 5020, 5028 e 5130, e ADC 33, de relatoria do Min. Gilmar Mendes, e as ADIs 4963 e 4965, relatadas pela ministra Rosa Weber. Até o fechamento desta pesquisa ainda não havia sido disponibilizado o Acórdão do presente julgado.

⁷⁷⁷⁷ <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=269475>.

⁷⁸ <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=269475>.

pode congelar a representação política e produzir uma desproporcionalidade que viola, a meu ver, claramente a Constituição⁷⁹.

Não cabem discursos políticos na atuação da função jurisdicional do Estado. A ela cabem fundamentos jurídicos e constitucionais, ignorar a Constituição para subsidiar a invasão de competência do Poder Legislativo reflete a tendência solipsista e relativista que inundam as Cortes pátrias, que aparecem, sempre, como uma tentativa de suprir uma falha ou omissão legislativa, mas que representa uma (disfarçada) usurpação de poder, expressão do autoritarismo juristocrático, que merece combate.

Diante disso, não sem razão, Sarmiento (2008) expõe que o ativismo, mormente em relação aos direitos sociais, pode provocar a concentração de riquezas, elevando os custos do Estado em favor de um segmento da população mais abastado ante a dificuldade do acesso à justiça por parte da população carente, gerando um paradoxo, 'uma vez que, quando não pautado por certos parâmetros, o ativismo judicial em matéria de direitos sociais – que deveriam ser voltados à moção da igualdade material' (SARMENTO, 2008, p. 534).

A própria Democracia acaba desafiada pelo ativismo judicial. Os compromissos estatais não possuem uma extensão exata e nem a sua forma de implementação pode ser definida previamente por um texto normativo exaustivo de forma precisa, demandando um amplo espaço para a decisão política, que apesar de não ser infinita, vez que não balizado na Constituição, não pode ser amputado pelo Poder Judiciário (SARMENTO, 2008).

Ante tais premissas, é possível afirmar, aliando-se a Streck (2013), que o STF, e em consequência desse fato os demais órgãos do Judiciário, vêm julgando por políticas em grandes causas, e não por princípios, numa espécie de 'Presidencialismo de coalizão judicial' (STRECK, 2013, p. 295)⁸⁰.

⁷⁹ <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=269475>

⁸⁰ A discussão política dos problemas sociais deve se dar no ambiente próprio, ou seja, fora das portas do judiciário, na sociedade. É legítimo a sociedade pressionar seus representantes eleitos na criação, modificação e aplicação dos direitos e ações que reclamam. Nesse passo, o povo, através de manifestações sociais, sejam em praça pública, sejam através dos meios democráticos de comunicação, pode reivindicar a mudança de determinada lei ou até mesmo da constituição. O judiciário deve respeito à lei e à constituição, de forma que não pode inovar o ordenamento jurídico de forma positiva (criando direitos), razão pela qual não é o ambiente próprio para as mudanças sociais, porque não pode ceder à pressões de segmentos da sociedade, devendo respeitar a autonomia do Direito.

poder fazer 'brilhar' o seu protagonismo, e o pior é que esse comportamento faz escola nas instâncias inferiores.

A postura de clamar pela 'teleologia da norma' e negar um escrito de um texto legal positivado é mais uma das formas pragmáticas, como a ponderação de valores, a aplicação desenfreada da razoabilidade e da proporcionalidade, vez que o uso dessa expressão vem se tornando, também, um enunciado performativo.

O referido termo se faz assim pelo fato dos seus defensores quererem lhe impor como um verdadeiro escudo das críticas, dada à intangibilidade que eles creditam a expressão, por isso, a colocam como 'uma espécie de univocidade extorquida no plano das relações simbólicas de poder' (STRECK, 2010, p.53).

Por isso pode-se dizer que a utilização do método de interpretação teleológica pelos julgadores também pode levar os intérpretes a julgados diferentes partindo dos mesmos fatos e com a mesma fundamentação, vez que a percepção de consciência de cada um pode 'mostrar' finalidades diferentes da norma e, portanto, a aplicação dessa mesma 'técnica' pode levar a resultados diferentes, extrapolando os limites estabelecidos pelos textos legais.

Daí se entende que a adoção do referido 'método' interpretativo traz graves prejuízos ao direito, sendo mais adequado o uso do círculo hermenêutico como base para a análise das situações postas em juízo, principalmente na Justiça Eleitoral.

4.3 A necessária defesa da ordem constitucional por meio da interpretação

Não se pode duvidar que este trabalho busque a defesa da Ordem Constitucional Pátria rechaçando um meio perigoso de interpretação e reforçando a necessidade de um reconhecimento da normatividade constitucional que se vê hoje (ainda) abalada, não mais pelos poderes Legislativo e Executivo, mas pelo próprio Judiciário.

O constitucionalismo tido como moderno, na visão de Canotilho (2008), tem, ou teve, como uma de suas principais preocupações a relação, jurídica e política, entre estado e o cidadão, o que não mudou, mesmo em tempos de globalização.

Adianta o autor português (2008) que a redução ótica dos pilares de uma Constituição não é suficiente para se compreender um 'novo direito constitucional', demonstrando como a doutrina e os estudos constitucionais pátrios não estão

preparados para entender o Estado pós-moderno, a globalização e a integração comunitária entre os Estados.

Assenta, ainda, que haverá descumprimento da finalidade precípua das Constituições, quando essas estiverem baseadas em pressupostos que não podem garantir, e assim 'deixarão de desempenhar a sua função quando não conseguirem estabilizar as expectativas normativas'.

Na superação do positivismo exegético e da velha 'aplicação' do direito através da regra de subsunção, acaba-se, pelo menos no Brasil, diante de um vácuo regulatório, intitulado de discricionariedade, onde o intérprete se encontraria numa verdadeira situação jurídica de senhorio, em relação ao texto normativo objeto da interpretação/aplicação.

Para superar o positivismo, e tentar garantir um verdadeiro respeito à Constituição, surgiu um movimento, uma doutrina, hoje intitulada de neoconstitucionalismo, que visa(ria), ultrapassar a 'plenipotenciariade da regra' (STRECK, 2008, p. 336) e o antigo juspositivismo (STRECK, 2012, p. 36).

Nas palavras de Duarte e Pozzolo (2012, p. 16), 'a difusão de constituições longas e densas e a extensão do modelo democrático têm estimulado uma reflexão mais concentrada acerca da normatividade do direito e das razões de sua legitimidade.'

Duarte e Pozzolo (2012, p. 16) também afirmam que a 'emergência da conflitividade social e o caráter da não neutralidade do direito, assim como a impugnação da separação entre direito, sociedade e mercado', denunciaram a necessidade de uma superação de um Estado eminentemente liberal, forçando um novo entendimento de intervenção do Estado, bem como de uma maior demanda pública na área social, que desencadeou numa reformulação constitucional e em um novo entendimento sobre Constituição.

Streck (2008, p. 339), vai dizer, então, que a força normativa da Constituição nasce da revolução copernicana que institui o que ele chamou de '(neo)constitucionalismo'⁸², e que essa dependerá de uma adequada interpretação, que dentro de um Estado Democrático de Direito, é inevitável, e mesmo necessário,

⁸² O referido autor abandonou tal expressão por entender haver um desvirtuamento do direito e da aplicação da constituição decorrente do intitulado neoconstitucionalismo, que baseado na doutrina argumentativa acaba comprometendo a segurança jurídica ao dar espaço para o relativismo, passando a chamar de constitucionalismo contemporâneo, aquilo que antes entendia por neoconstitucionalismo (2011).

uma autonomização do direito, para que se firme, agora de maneira efetiva, um controle sobre o Poder, tratando-se de 'uma autonomia entendida como ordem de validade, representada pela força normativa de um direito produzido democraticamente e que institucionaliza essa(s) outras dimensões com ele intercambiáveis' (STRECK, 2008, p. 350).

Duarte e Pozzolo (2012, p. 21) descrevem essa situação como necessária para implantar um verdadeiro caráter normativo da Constituição, para que a mesma possa vir a figurar em um 'plano de juridicidade superior', que reclama a sua concretização.

Assim, mais do que limitar o poder (constitucionalismo clássico), o caráter ideológico do neoconstitucionalismo seria o de concretizar os direitos fundamentais, partindo-se de uma aplicação direta das normas constitucionais sempre que necessário, posto que suas regras e princípios são dotados de normatividade.

Uma das questões mais significativas em tempos de superação do juspositivismo, é a busca pela forma justa ou correta de interpretar a Constituição, mormente em razão da adoção do entendimento de que a Constituição seria um sistema aberto de regras e princípios (DUARTE, 2008), além da presença de direitos fundamentais, que supõe um compromisso de adoção de uma interpretação mais adequada.

Todo ordenamento jurídico deve respeito à Constituição, posto ser um sistema originário de uma ordem jurídica. No entanto, a presença dos direitos fundamentais de diversas ordens, possivelmente conflitantes, trouxe um desafio para esse novo momento de superação positivista, cuja presença dos princípios, como norma e não como valor, é apresentado como eficiente arma do Direito para legitimar e controlar o poder (DUARTE, 2008), levou a sociedade, ao menos inicialmente, a um 'direito' calcado em preceitos subjetivistas, mormente em razão das teorias erroneamente adotadas, como alerta Streck (2013), e ante o 'déficit de objetividade' (DUARTE, 2008, p. 201).

No entanto, Streck (2012), refletindo sobre a má utilização de certas teorias externas, já apresentadas no tópico anterior, e em razão do neoconstitucionalismo pátrio estar sendo utilizado como um alibi para o voluntarismo e o decisionismo nos tribunais, supera o neoconstitucionalismo, afirmando a existência de um 'Constitucionalismo Contemporâneo' (STRECK, 2012, p. 37), este sim voltado para o respeito à Constituição e ao Estado Democrático de Direito.

Duarte (2008, p. 201) entendeu o neoconstitucionalismo como uma necessária e adequada resposta constitucional, afirmando que além da necessidade de considerar uma teoria jurídica que enlace o direito com a moral⁸³ (DUARTE, 2008). Mas com razão maior Streck (2012) apresentou os fundamentos de superação do neoconstitucionalismo, que a pretexto de superar o positivismo, acabou por regredir às teorias voluntaristas do século XIX.

Não há como confundir constitucionalismo com decisionismo. A superação do positivismo, oferecida pelo neoconstitucionalismo nada mais representa do que o enfraquecimento do texto constitucional, colocando o Judiciário na base do sistema, e não em paralelo com os demais poderes.

Os princípios são normas, conforme Dworkin (2007) e Alexy (2008), mas a Constituição é um texto normativo escrito, que deve ser respeitado. O neoconstitucionalismo, assim, ofende o Estado Democrático de Direito e a divisão dos poderes, subsidiando um ativismo que verterá o Brasil numa juristocracia, se é que assim o país já não se encontra.

Não restam dúvidas sobre a necessidade de se superar o neoconstitucionalismo, construindo uma verdadeira e séria doutrina de respeito à força normativa da Constituição. As bases do neoconstitucionalismo identificam-se com o positivismo moderno, de forma que somente superou como já havia feito o próprio positivismo moderno, aquele positivismo exegético, calcado na subsunção e no silogismo.

É certo que um dos mais importantes positivistas ‘modernos’, como bem encerra Dworkin (2007, p. 27), foi H. L. A. Hart, com sua obra intitulada *O Conceito de Direito* (2009), cuja primeira publicação data de 1961. Respondendo diversas críticas, Hart elaborou um pós-escrito no referido livro posteriormente.

Já na década de 1970, Hart negava os argumentos positivistas de que o direito estava separado da moral ‘destacando as teorias da justiça de John Rawls e Robert Nozick como pontos de partida dessa mudança e a teoria dos princípios de Ronald Dworkin como pioneira dessa reviravolta no âmbito jurídico’ (NEVES, 2013, p. 43).

⁸³ Já foi visto que não há verdadeiramente um enlace, uma aproximação, mas um imanência, ou seja, a moral está dentro do direito e aquilo que ofender o direito, ofenderá a moral; e o que ofender a moral, ofenderá o direito.

Para o mesmo autor, a Teoria de Rawls irá influenciar o padrão empírico do desenvolvimento do indivíduo. De modo semelhante Kohlberg desenvolveu três níveis de julgamento moral: pré-convencional, convencional e pós-convencional ou baseado em princípios. Nesses níveis se relacionam três categorias de observação social: a concreta individual, a de membro da sociedade e a do prioritário-em-face-da-sociedade. De acordo com já citado autor os contratos sociais e as leis devem se apoiar nos princípios, e se não o fizerem o indivíduo deve seguir ao que diz os princípios gerais de justiça.

Acatou, portanto, Hart, críticas quanto a pouca importância que deu aos princípios, narrando, no entanto, que tanto princípios como 'normas'⁸⁴ podem ceder, sem no entanto restar prejudicadas sua validade e vigência (2009, p. 337), mas afirmando que a diferença entre regras e princípios seria uma questão de grau.

Afirma de maneira categórica sobre o poder discricionário do Juiz, atribuindo-lhe, inclusive, poderes de legislador positivo:

[...] sempre haverá, em qualquer sistema jurídico, casos não regulamentados juridicamente sobre os quais, em certos momentos, o direito não pode fundamentar uma decisão em nenhum sentido [...]. Para que possa proferir uma decisão em tais casos, o juiz não deverá declarar-se incompetente nem remeter os pontos não regulamentados ao Poder Legislativo [...], mas terá de exercer sua discricionariedade e criar o direito referente àquele caso, em vez de simplesmente aplicar o direito estabelecido já existente. (HART, 2009, p. 351).

Hart (1980), também entende que o preenchimento dos espaços na solução de casos concretos tinha relação com uma compreensão clara do processo judicial, que, para ele, seria a característica que chamava mais atenção na Teoria do Direito americano, pois a partir dessa prática o intérprete teria mais condições de se orientar a respeito das regras estabelecidas pelo sistema jurídico, quando afirma:

El énfasis dirigido por los antipositivistas hacia la naturaleza del proceso judicial puede sorprender a los juristas y filósofos del derecho europeos. Siempre –pienso– ha sido la característica más llamativa de la Teoría del derecho americano pensar que una comprensión clara del proceso judicial es la mejor clave para el entendimiento de lo que es el derecho, y pensar también que se

⁸⁴ Para diferenciar princípios de regras, Hart chama essas de normas e aquelas de princípios não-conclusivos (2009, p. 339).

obtiene mayor luz de orientar la atención no a las claras reglas establecidas por el sistema jurídico y a la manera en que funcionan fuera de los tribunales, sino más bien a los controvertidos casos difíciles, que son aquellos en los que cualificados juristas pueden estar en desacuerdo sobre lo que es el derecho en algún punto.

Note-se que já houve um rompimento com o positivismo de outrora, mais exegético, permitindo a discricionariedade e colocando o Juiz no protagonismo da criação e da aplicação do direito. Um prenúncio do neoconstitucionalismo.

Mas, Duarte (2008, p. 202), entende, sobre o tema, que:

Indeterminação do direito e a interpretação da constituição possam ser enfrentadas por um Positivismo Jurídico que aceita (adota), por exemplo, um modelo de interpretação constitucional estruturado com respostas advindas do relativismo ou do decisionismo.

No entanto, na visão (positivista) de Hart (2009), o juiz, quem constataria a ausência de norma reguladora e ele mesmo criaria o novo direito, que não era predisposto aos interessados quando da época dos fatos analisados, de acordo com o seu conhecimento, e de maneira racional e fundamentada (HART, 2009, p. 352).

O mesmo autor compreende uma compatibilidade entre positivismo e noção de princípios, bem como se mostraria compatível com uma noção de direito e moral, encerrando mais um novo rompimento da ideia positivista tradicional:

También es importante hacer hincapié en que esta tesis positivista es también perfectamente compatible con un sistema jurídico que incorpore de diversos modos pautas morales, tanto generales como específicas, dotándolas así de un status jurídico. Así, en algunos sistemas jurídicos, la conformidad con ciertos principios morales –por ejemplo, un catálogo de derechos y libertades individuales– es reconocida por los tribunales como parte de un criterio básico de validez jurídica. En tales casos, incluso los actos normativos de los supremos Legisladores pueden ser considerados inválidos si carecen de conformidad con tales principios, mientras que en otros sistemas jurídicos que no se los incorporan, tales principios tendrían sólo una fuerza moral y no una fuerza jurídicamente invalidante. (HART, 1980).

Mas, Hart (1980) aponta que ‘tal incorporación puede ser realizada por ley (statute), o, como en los Estados Unidos, por un documento o enmienda constitucional escritos’, ou onde não haja tal documento escrito, ‘a través de la

práctica sistemática de los tribunales de considerar la conformidad con ciertos principios morales como un test de validez jurídica.’

Muitos dos conceitos do neoconstitucionalismo partiram de uma ideia desfocada da lei, da regra, superando o positivismo (exegético), tendo assim, um grande ponto de interseção na teoria positivista de Hart, cujas colocações acima muito se assemelham à ponderação e à argumentação jurídica, verdadeiras ‘armas’ do mencionado neoconstitucionalismo, mas que, como referenciou Streck (2012, p. 48 e 51), é (está sendo) um perigo para a Democracia.

Denuncia Streck (2012, p. 43), que a discricionariedade aplicada (pelos neoconstitucionalistas) no direito brasileiro e na forma de se decidir, supera aquela apresentada acima pelo autor inglês, mas ainda sim acreditam (os neoconstitucionais) que estão superando o direito formal-exegético⁸⁵ (mas somente ele), com um excessivo protagonismo do Poder Judiciário, que levou o direito pátrio às trevas do ativismo.

Duarte e Pozzolo (2012), no entanto, embora se apresentem contrários à discricionariedade do julgador, parecem adotar a tese da moral corretiva, ou seja, a moral fora do direito, mas com ele se relacionando, com aposta no procedimentalismo habermasiano:

Nesse sentido, pensamos que a crítica à separação entre direito e moral tenha mais motivação política que teórica. O neoconstitucionalismo tem se tornado porta-voz dessa exigência de fundação, argumentação e justificação do direito e, também, das eleições políticas que estão por trás.

O neoconstitucionalismo encontra-se num limbo, no meio de duas grandes doutrinas jurídicas, o jusnaturalismo e o juspositivismo (DUARTE e POZZOLO, 2012), refletindo o pensamento do homem da modernidade, conflituoso entre o passado, o presente e o futuro, como mencionado por Hanna Arendt (2011), para quem o passado nos empurra para frente o futuro para traz.

Streck (2012) supera o neoconstitucionalismo que representa, no entendimento esposado neste trabalho, apenas outro nome para positivismo

⁸⁵ Mas somente ele, posto que não se superou o moderno positivismo, como se vê através da semelhança das teorias, mormente quanto à discricionariedade.

moderno ou hartiano⁸⁶, apresentando uma necessidade de respeito maior à normatividade constitucional. É necessário romper com algo maior que o positivismo (moderno), que tem em sua base a discricionariedade (e o ativismo) no ato de interpretar/aplicar o texto normativo, agindo a partir de uma relatividade hermenêutica.

Encontra-se, ainda, uma aposta na teoria argumentativa para uma resposta prática, racional e lógica do direito, exigindo-se uma justificação racional das decisões judiciais (DUARTE e POZZOLO, 2012).

No entanto, o direito não oferece uma justificação racional como apresentam tais teorias, que utilizam a linguagem (como uma terceira coisa) como correção do direito, mas uma justificação no próprio ordenamento pátrio, do qual a moral faz parte e que tem como peça base a Constituição. A justificação racional que o direito que o julgador pode dar é justamente a necessária resposta ou decisão constitucionalmente adequada⁸⁷ (STRECK, 2011).

Tais falhas, discricionariedade e ativismo, decorreriam de uma forte aposta no ‘protagonismo judicial’, algo que passou a se chamar de Constitucionalismo Contemporâneo, através da construção de um direito democraticamente produzido, sob o signo de uma Constituição normativa e da integridade da jurisdição (STRECK, 2012, p. 37).

Nas palavras de Canotilho (2008, p. 126), é possível ver a importância do respeito à normatividade dos dispositivos constitucionais, não podendo ser ignorado por qualquer dos poderes constituídos:

Uma constituição – desde logo pela sua gênese histórica e política – se não pode ser hoje um documento sagrado ou um condensado de políticas, tem de continuar a fornecer as exigências constitucionais mínimas (“constitutional essential”, nas palavras de Rawls), ou seja, o complexo de direitos e liberdades definidoras das cidadanias pessoal, política e econômica, intocáveis pelas maiorias parlamentares. Aqui, o dito constitucional é uma dimensão básica da legitimidade moral e material, e, por isso, um elemento de garantia contra a deslegitimação ética e contra a desconstrução moral de um texto básico através de desregulações, flexibilidades, desentulhos e liberalizações.

⁸⁶ Embora alguma doutrina neoconstitucional se filie mais à tese habermasiana, que combate a discricionariedade.

⁸⁷ Tratada mais enfaticamente nos tópicos seguintes.

Streck (2012, p. 37), entende que para se atingir esse grau de respeito à normatividade da Constituição e da integridade de jurisdição ainda resta necessário um 'redimensionamento na práxis político-jurídica', com uma nova teoria das fontes, reformulação na teoria da norma e da interpretação, formando uma 'blindagem' contra a discricionariedade e o ativismo.

Ou seja, em tempos de (neo)constitucionalismo, de um avanço na superação das amarras do positivismo não se pode aceitar mais a discricionariedade e o desrespeito à Constituição Federal, texto normativo que merece ser levado à sério e nem se pode apostar numa correção argumentativa ou uma espécie de racionalidade prática (DUARTE e POZZOLO, 2012).

Para tanto, em termos de Direito brasileiro, há um ordenamento constitucional avançado, de forma que se pode descartar essa tendência 'moralizadora' evidente nas decisões judiciais aqui comentadas, porque a Constituição Federal pátria já está imbuída de conceito moral (moral dentro do direito), de forma que não se precisa fazer uma leitura moral de seu texto.

O que a doutrina pátria deve à Constituição Cidadã é fazer uma leitura dela por ela mesma, e, assim, de todo o ordenamento jurídico por ela, mormente através de seus artigos iniciais que são amplamente ignorados pelos tribunais, e, como primeiro passo necessário, se faz reconhecer a incompatibilidade tão marcante da Constituição com alguns métodos 'hermenêuticos' difundidos nos Tribunais e os dispositivos legais que lhe dão suporte.

Eis, então, a grande essência deste trabalho, buscando denunciar e impedir que uma forma tão arcaica, perigosa (além de inconstitucional), possa ser utilizada na interpretação/aplicação de uma lei cujo uso merece tanto cuidado, posto que pode atingir diretamente a vontade popular da maioria e 'desabilitar' um representante eleito de suas funções.

Em verdade, está-se aqui buscando um alinhamento e uma defesa do Constitucionalismo Contemporâneo, pelo qual, é possível concluir, inspirado em Canotilho (2008), que todos os poderes estão sujeitos à Constituição, inclusive e sobretudo o Judiciário, não cabendo à nenhum deles a discricionariedade e o subjetivismo na aplicação do direito.

5 A LEI DAS INELEGIBILIDADES, A HERMENÊUTICA FILOSÓFICA E A CRÍTICA HERMENÊUTICA DO DIREITO

Visto a necessidade de se fazer uma releitura, se lançar um novo olhar, algo mais adequado à contemporaneidade do direito, há de se observar o que foi pontuado no capítulo anterior, no momento da análise de questões relativas à aplicação da Lei das Inelegibilidades, se apontando soluções para que sua interpretação se dê de uma forma constitucionalmente adequada.

Para tanto, há de se reconhecer a existência de uma abertura legislativa que possibilita os acontecimentos que aqui se estuda, como se vê a partir do art. 23 da própria Lei das Inelegibilidades que de maneira quase silenciosa permite o desvirtuamento do ato de interpretar a referida legislação, por isso merece bastante atenção.

5.1 O art. 23 da Lei das Inelegibilidades e a sua (in)constitucionalidade

Embora o Poder Legislativo seja um dos mais atingidos com as posturas ativistas do Judiciário, aquele acabou fornecendo, no âmbito da Justiça Eleitoral, um suporte legal para o exercício indistinto do subjetivismo, trata-se do artigo 23 da Lei Complementar nº 64/90, presente nesta legislação desde a sua redação original, que dita:

O Tribunal formará sua convicção pela livre apreciação dos fatos públicos e notórios, dos indícios e presunções e prova produzida, atentando para circunstâncias ou fatos, ainda que não indicados ou alegados pelas partes, mas que preservem o interesse público de lisura eleitoral.

Antes de ultimar a análise que se propõe nesse trabalho é interessante notar que esse texto tem uma grande similaridade com o art. 131 do Código de Processo Civil, mas com diferenças muito visíveis, o referido dispositivo afirma que ‘O juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes; mas deverá indicar, na sentença, os motivos que lhe formaram o convencimento’.

É perceptível que o legislador quando tratou sobre a legislação eleitoral a diferenciou da processual civil, mas ao mesmo tempo o Código de Processo Civil

serve como norma de aplicação subsidiária ao processo cível eleitoral, vez que se trata de norma fundamental de direito processual civil, não sendo necessário um esforço diferenciado para se assentar essa afirmação.

Fica claro que a legislação eleitoral, no caso a Lei Complementar 64/90 (Lei das Inelegibilidades), desde a sua redação original, tenta abrir a possibilidade de se julgar por presunção, por fatos não alegados pelas partes e ao bel-prazer do interesse público (ou seria das convicções pessoais do julgador?) e da lisura do processo eleitoral (sentido macro e não processual substantivo), ainda que, por vezes esses fatos e provas, por serem públicos, sequer estejam nos autos.

Difícilmente há quem consiga descrever com objetividade o que seria 'o interesse público e a lisura eleitoral', como também o universo de 'fatos públicos e notórios' e de 'indícios e presunções' é algo que não se pode mensurar, muito menos se pode afirmar com exatidão onde estão e como as partes terão acesso aos mesmos de forma que o devido processo legal seja respeitado.

Mesmo com toda essa dificuldade, recentemente o STF teve a oportunidade, mas a desperdiçou, de discutir melhor a constitucionalidade do referido dispositivo legal, mas em um julgamento que não durou mais do que alguns minutos, sem intervenções ou participação enérgica, interessada, de qualquer membro da referida Corte, declarou constitucional o art. 23⁸⁸ da Lei 64/90.

No referido julgamento concluíram os Ministros da Suprema Corte, à unanimidade, ausente e declarando-se impedido o Min. Gilmar Mendes, que:

A investigação judicial eleitoral e o conhecimento de fatos notórios pelo magistrado, bem como de fatos constantes do processo, ainda que não tenham sido articulados como causa de pedir por qualquer das partes, não afronta o princípio do devido processo legal [...] e no art. 23 ('O Tribunal formará sua convicção pela livre apreciação dos fatos públicos e notórios, dos indícios e presunções e prova produzida, atentando para circunstâncias ou fatos, ainda que não indicados ou alegados pelas partes, mas que preservem o interesse público de lisura eleitoral'), ambos da LC 64/1990. A Corte lembrou que o CPC/1939, em seu art. 118, já facultava ao magistrado considerar os fatos e circunstâncias constantes no processo, ainda que não alegados pelas partes. Destacou que o CPC/1973 conferiu maiores poderes ao juiz na condução e instrução do processo. Asseverou que as normas processuais eleitorais questionadas direcionariam direitos e interesses indisponíveis, de ordem pública.

⁸⁸ Trata-se do julgamento da ADI nº 1082/DF, de relatoria do ocorrido no dia 22 de maio de 2014, cujo vídeo da sessão está disponível em: < <https://www.youtube.com/watch?v=uG1M951H7m4> >..

Apontou que, tendo em conta a existência de relação direta entre o exercício da atividade probatória e a qualidade da tutela jurisdicional, a finalidade da produção de provas de ofício pelo magistrado seria possibilitar a elucidação de fatos imprescindíveis para a formação da convicção necessária ao julgamento do mérito⁸⁹.

A discussão mínima sobre tão grave dispositivo legal, ofensivo ao Estado Democrático de Direito, em um processo que tramitava há mais de vinte anos na Corte Suprema demonstra a pouca importância dada a uma aplicação correta dos dispositivos legais do Direito eleitoral, para que se tenham julgamentos com uma adequação hermenêutica compatível com a Constituição Federal.

O Relator, Ministro Marco Aurélio Mello, afirmou, ainda, como fundamento de seu voto que tais dispositivos não ofendem o devido processo legal, o 'princípio do dispositivo' e que imparcialidade não se confunde com 'indiferença', ainda que não tenha aprofundado o que se entende por 'indiferença', pelo menos na visão que ele adotou para este julgamento.

Nesta última parte, trata-se da comparação de um termo jurídico (imparcialidade) com um conceito não-jurídico (indiferença), posto que o termo imparcialidade encontra disciplina legal⁹⁰, não havendo como comparar juridicamente imparcialidade e indiferença. Mas, é cediço que o magistrado tem o dever de cumprir as regras processuais e dar andamento ao processo, conforme ao art. 262 do CPC⁹¹, e o princípio do devido processo legal presente na Constituição Federal.

Tal julgamento do STF é a prova da prevalência do protagonismo da subjetividade na mais alta Corte de Justiça do Brasil e da falta de critérios aqui denunciadas, que já se inicia com a aparente pouca importância que os membros naquela corte dão aos casos postos em análise, como fizeram no caso da ADI 1082/DF. Ora, qual outro tema mereceria maior destaque do que este?

Quem decide que uma sessão que julga questões relacionadas às células-tronco merece mais atenção, mais discussão, maior participação popular que a ADI em comento, considerando que há no art. 23 em questão, uma clara ofensa ao

⁸⁹ Conforme informativo semanal do STF disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo.htm#LC%2064/1990%20e%20investiga%C3%A7%C3%A3o%20judicial%20eleitoral>>

⁹⁰ Art. 134 e 135 do CPC, que trás regras que impedem atuação do magistrado no processo em razão de impedimento e suspeição, por exemplo.

⁹¹ Art. 262. O processo civil começa por iniciativa da parte, mas se desenvolve por impulso oficial.

Estado Democrático Direito? Porque esse julgamento, durante os mais de 20 (vinte) anos que este processo dormitou nas gavetas da Suprema Corte, não foi alvo de audiências públicas para discutir a aplicação e se seria adequado o uso de termos, conceitos e expressões que não têm muita relação com o Estado Democrático de Direito?

Seriam, por exemplo, as pesquisas com células-tronco algo comum na sociedade brasileira⁹², ainda com toda a importância que o tema tenha e mereça? A prática mostra que não, se trata de algo bastante distante no cenário do Brasil, mas os julgamentos conforme as posições pessoais dos juízes é algo que, a cada dia que passa, fica mais comum no cotidiano daqueles que convivem com a prática processual na Justiça brasileira, mesmo assim esse assunto não ‘rendeu’ dentro do STF, fato que aqui se denuncia e se lamenta, mas somente com os olhos da Doutrina se voltando para esse importante problema é que será possível que o mesmo venha a não mais acontecer.

Como dito, infelizmente, não foi somente o STF que ignorou a importância deste debate. A doutrina nacional, neste ponto, não está cumprindo seu papel, não tem combatido a contento a figura do juiz inquisidor, sendo mais raro ainda a discussão sobre a interpretação/aplicação e a (in)constitucionalidade do referido art. 23, mesmo diante de uma ADI que tramitou durante mais de vinte anos no STF.

Após a declaração de constitucionalidade do art. 23, a sua aplicação se replicará inegavelmente nos juízos inferiores, levando a posicionamentos incompatíveis com a Constituição Federal e a decisões judiciais contra majoritárias, rejeitando a finalidade do processo e a imparcialidade do juiz, bem como ignorando a impossibilidade constitucional de julgamento por presunções.

Após essa posição do STF fica claro que somente à doutrina caberá o ‘controle’ de tais decisões, já que o STF entendeu constitucional tal anomalia jurídica. O afastamento deste tipo de postura só acontecerá se houver produção científica de qualidade combatendo esse tipo de entendimento, por isso necessário se faz incentivar e aprofundar pesquisas no combate a tal dispositivo legal, como forma de enriquecer o debate e demonstrar ao Poder Judiciário que o Direito é maior do que a Justiça institucionalizada, que é inadmissível o emprego de tal visão em

⁹² Mas é fácil verificar, de algum modo com alguma razão, qual dessas questões, ou quais questões, são mais atrativas para a mídia pátria.

processos tão ligados ao regular funcionamento e à manutenção da Democracia e do processo democrático, como os processos judiciais eleitorais.

Por isso, buscando uma verificação mais rigorosa da constitucionalidade de tal dispositivo legal, verifica-se que o legislador pós-constitucional tentou dar uma abertura, em nome, aparentemente, de algo maior, metafísico e metajurídico, passando por cima, desconsiderando, do texto da Constituição Federal de 1988 e isso tem que ser analisado de maneira muito criteriosa, ainda que discordando da posição do STF, vez que não se localiza na doutrina uma preocupação contundente com esse tema.

Para chegar a esse ponto é interessante lembrar que o Estado Democrático de Direito vivido no Brasil (art. 1º da Constituição Federal) impõe a todos o respeito ao Direito, que tem como maior fonte a própria Constituição, que informa existir no país um sistema judicial acusatório⁹³ e não inquisitivo.

A Constituição de 1988, no seu art. 5º, apresenta o catálogo de direitos e garantias individuais, contendo diversas passagens sobre o Processo, judicial ou administrativo, apresentando como cláusula máxima o Princípio do Devido Processo Legal (Inciso LIV) e seus derivativos, o contraditório e a ampla defesa (Inciso LV).

Por tais afirmações, é possível se sustentar, sem sombra de dúvidas, e qualquer processualista e constitucionalista há de concordar, que esse é um dos grandes pilares de sustentação do Processo, sendo uma garantia irrevogável do cidadão o Devido processo Legal, pois sem respeitá-lo o Estado não poderá intervir em relações jurídicas e nos direitos dos seus jurisdicionados.

Desta forma, diante de um sistema acusatório, com premissas constitucionais fortes, é ininteligível aceitar um Juiz produtor de provas, uma espécie de juiz-acusador ou juiz-defensor, como sendo aquele que ignora os fatos existentes nos autos do processo e busca elementos de convicção extraprocessuais, conscienciais, tal qual prega o art. 23 da Lei das Inelegibilidades.

⁹³ Em síntese, seria o Sistema onde há sensível diferença entre os órgãos de acusação, defesa e julgamento, com a garantia do contraditório e da ampla defesa, com a manutenção do juiz numa posição equilibrada (PRADO, 2001). As três funções, em regra, competem ao Estado, embora a defesa e a acusação possam decorrer de atuação de advogados privados, mas cuja profissão decorre de delegação estatal, mas são executadas por órgãos estatais distintos, não podendo a tarefa de defesa e acusação pertencerem ao mesmo órgão, assim como nenhuma destas pode ser aferida à um órgão detido da função de julgar. É o que o diferencia do sistema inquisitório.

É isso que enuncia o trecho do referido dispositivo legal quando afirma: ‘atentando para circunstâncias ou fatos, ainda que não indicados ou alegados pelas partes, mas que preservem o interesse público de lisura eleitoral’, ofendendo o devido processo legal, bem como o art. 93, IX, da Constituição Federal de 1988, que determina o dever de fundamentação das decisões judiciais, sob pena de nulidade.

A tentativa de se ‘melhorar’ o art. 131 do Código de Processo Civil não observou premissas constitucionais básicas, desconsiderou a aplicação subsidiária do que já existia no próprio direito processual civil. Até por levar isso em consideração Streck e Mendes (2013, p. 1324), ensinam que:

[...] a fundamentação das decisões – o que, repita-se, inclui a motivação – mais do que uma exigência própria do Estado Democrático de Direito, é um direito fundamental do cidadão [...]. Todas as decisões devem estar justificadas e tal justificação deve ser feita a partir da invocação de razões e oferecimento de argumentos de caráter jurídico [...]. Não é da subjetividade dos juízes ou dos integrantes dos Tribunais que deve advir o sentido a ser atribuído à lei, caindo por terra o antigo aforisma de que ‘sentença vem de ‘sentire’’, erigido no superado paradigma da filosofia da consciência.

Para os mesmos autores (2013, p. 1324), o dever de fundamentar as decisões, ou seja, o art. 93, IX da Constituição Federal, é corolário do Estado Democrático de Direito e, mais que uma obrigação do Estado-Juiz, é um direito fundamental do cidadão.

A questão da discricionariedade em um país com o regime adotado pelo Brasil é um ponto fundamental para a realização da Justiça e do Direito, sobre o tema Streck (2013, p 117) afirma:

[...] o Estado democrático de Direito não admite discricionariedade (nem) para o legislador, porque está vinculado à Constituição. Sendo bom esclarecer que, a discricionariedade aqui, quer dizer que o legislador não pode fazer o que quer. Há uma legitimidade política do legislador que lhe permite, no ‘espaço estrutural-constitucional’ fazer opções.

É possível concluir, com isso, que a finalidade do Processo é garantir o acesso à Justiça, mas principalmente, garantir o direito de defesa, não podendo o judiciário fazer tabula rasa de tais preceitos constitucionais para aplicação de um dispositivo inconstitucional, hoje referenciado e referendado pelo STF.

A inconstitucionalidade do art. 23 da Lei Complementar 64/90 é inegável, posto que opera na contramão da Constituição Federal que impõe um sistema acusatório e não inquisitório e exige do juiz imparcialidade.

Esta também é a conclusão de Streck (2014)⁹⁴, para quem:

[...] além de inconstitucional, o dispositivo é contraditório e paradoxal. Para preservar o interesse público e a lisura, devemos exigir que qualquer anulação de eleição (ou algo do gênero) deve estar calcada em provas firmes. Robustas. Consistentes [...] a democracia não se coaduna com esse grau de subjetivismo, subjetividades e/ou com epítetos “tipo-ponderação” ou qualquer coisa similar.

Ora, a partir do momento em que o Juiz sai de sua postura imparcial, passiva na produção das provas e busca elementos extraprocessuais, ou ele se vale de ‘circunstâncias ou fatos, ainda que não indicados ou alegados pelas partes’, quebra o devido processo legal e ofende a obrigação de fundamentação das decisões judiciais, então não há como se admitir o uso desse dispositivo para fundamentar verdadeiros ativismos judiciais.

Streck (2014), também critica especificamente a decisão por presunções, colocando que tal método ou forma de decidir ‘retira a apreciação das irregularidades (lato sensu) ocorridas nos pleitos eleitorais a partir de critérios objetivos e entrega-os à livre apreciação de outro poder.’ E ‘quanto mais apostamos na subjetividade (por exemplo, em presunções), mais aumenta o grau de insegurança’.

Na dicção do art. 23, o Juiz deixa de ser um órgão imparcial e passa a figurar como ‘testemunha’ de fatos notórios, trazendo-o para dentro do processo. Trata-se de uma produção de prova mais do que incoerente ou ilegal⁹⁵, posto que é desprovida de contraditório, vindo, tais ‘fatos notórios’, à tona somente no momento da sentença, como fundamento da decisão judicial.

⁹⁴ Conforme artigo publicado na revista eletrônica, Conjur, em 13 de fevereiro de 2014, cujo título é: “O que é a livre convicção dos indícios e presunções?”

⁹⁵ Já que o juiz está impedido de exercer jurisdição no mesmo que figurou como testemunha, conforme dispõe o art. 134, II do CPC. Streck (2014) também assim alertou: “Digo eu: E daí? Juiz que testemunha os fatos não pode julgá-los. Ele pode, no máximo, ser arrolado como testemunha. E testemunha não julga(...).”

Incomodado com essa situação, Streck (2014)⁹⁶, reforçando a crítica ao ativismo, trouxe como exemplo o julgamento dos processos 396-31.2012.6.05.0091 e no 394-61.2012.6.05.0091⁹⁷, onde o julgador se apresentou como testemunha do seguinte fato:

“Cumpre ressaltar a dicção do art. 23 da Lei Complementar no 64/1990, que autoriza o julgador a formar sua convicção ‘pela livre apreciação dos fatos públicos e notórios, dos indícios e presunções e prova produzida (...). Em sintonia com este comando legal, saliento que esta julgadora estava diuturnamente presente na Comarca e, acompanhou de perto todo o pleito eleitoral de 2012, presenciando a dificuldade dos investigadores, para comprovar os ilícitos praticados pelos investigados.”⁹⁸

Em relação a essa decisão, é possível observar que, com respaldo no art. 23, a Juíza trouxe à sentença sua opinião pessoal, baseada em presunções e extraída de sua subjetividade, apresentando sua visão pessoal (pessoalmente vivida) dos fatos, mesmo que os atos processuais presentes nos autos assim não concluíssem, posto que pra ela ‘não importa se ficou ou não provada a culpa do réu; o que importa é que ‘eu-sei-que-ele-é-culpado’ (STRECK, 2014).

Esse caso é a prova do problema vivido no Brasil, e que tende a se multiplicar com a declaração de constitucionalidade do art. 23 da Lei das Inelegibilidades, a partir da abertura que esse dispositivo legal possibilita, de maneira que as citadas colocações do referido autor combinam com o entendimento exposto neste trabalho quando o mesmo afirma que a Lei deveria exigir uma prova robusta, para que nenhum dos poderes pudesse utilizar da subjetividade para apreciar causas tão sensíveis, preservando o interesse público e a lisura eleitoral, mas dentro das exigências do Estado Democrático de Direito (STRECK, 2014).

O constitucionalismo contemporâneo, modo de compreender a atual fase do constitucionalismo, proposto por Streck (2013), calcado nas bases doutrinária da crítica hermenêutica do direito e na teoria da decisão judicial, não mais aceita tais premissas, mesmo diante da voluntária realização legislativa em conceder tais

⁹⁶ Conforme artigo que publicou na revista eletrônica, Conjur, em 10 de junho de 2014, cujo título é: “Não havia provas, mas a juíza disse: testemunhei os fatos! E cassou o réu!”

⁹⁷ Autos nº 396-31.2012.6.05.0091 e nº 394-61.2012.6.05.0091: Ações de Investigação Judicial Eleitoral, Município: Maiquinique/Ba, cujas sentenças foram publicados no Diário Oficial do TRE-BA, no dia 12 de maio de 2014.

⁹⁸ É esta também o trecho da decisão apresentada por Streck (2014), como exemplo de aplicação do art. 23 e as suas consequências deletérias para o Estado Democrático de Direito.

poderes ao intérprete juiz, posto que os poderes constituídos assim o são de acordo com a norma *mater* do nosso sistema jurídico. O legislador infraconstitucional não tem o poder de infirmar, de negar o Estado Democrático de Direito, de acordo com o conceito aqui adotado em capítulos anteriores.

A história da hermenêutica revela uma superação de modelos ao longo dos tempos, dentre os quais colocam em destaque a superação do positivismo exegético, do fatiamento da interpretação defendida por Schleiermacher (2010) e da discricionariedade, defendida pelos positivistas ditos modernos, como Hart (1980 e 2009).

Atualmente, é possível superar a atual doutrina do neoconstitucionalismo, a ponderação de valores e as teorias argumentativas, adotadas de maneira equivocada pelos Tribunais brasileiros, conforme lições de Streck (2013, p. 284).

É preciso compreender que a ideia proposta por Streck (2013), de superação das posturas voluntaristas (e, portanto, do ativismo, da ponderação de valores e das teorias argumentativas) a partir da construção de uma teoria da decisão, é elaborada a partir de uma imbricação entre Filosofia e Direito. A Crítica Hermenêutica do Direito, na forma como apresentada pelo referido jurista, é desenvolvida sob os pressupostos da filosofia hermenêutica (de Heidegger) e da hermenêutica filosófica (de Gadamer). Contudo, o modo como é estabelecida a relação entre estes dois campos dos saberes não implica uma apropriação jurídica de elementos filosóficos.

A Filosofia, portanto, no interior do que pode ser compreendido como uma 'leitura hermenêutica' do Direito, é um vetor de racionalidade, não um instrumento à disposição do jurista. Lenio Streck, com a Crítica Hermenêutica do Direito, busca adicionar ao conhecimento jurídico o caráter reflexivo da Filosofia, bem como a percepção de que a ciência jurídica não pode estar alheia aos acontecimentos filosóficos (aos paradigmas filosóficos). Por isso, conjuga elementos estruturantes da Filosofia (que são pressupostos ao discurso jurídico) com aqueles próprios da teoria do Direito.

É desse modo que devem ser desenvolvidos os apontamentos presentes nessa dissertação: através de uma leitura possibilitada pela Crítica Hermenêutica do Direito, que conjuga o reconhecimento de paradigmas filosóficos (como vetores de racionalidade estruturantes) com as reflexões exigidas por uma Teoria do Direito crítica. Assim, o esforço reflexivo sobre este tema é conduzido por todos os pressupostos que compõem essa visão crítica do Direito.

Tratando especificamente do objetivo desta dissertação, para ilustrar o estado da arte no que diz respeito às decisões dos Tribunais Eleitorais na aplicação da Lei das Inelegibilidades, mas especificamente o seu art. 23, em incessantes consultas nos bancos de dados jurisprudenciais foi encontrado um único julgado, Recurso Eleitoral nº 72786, do Tribunal Regional do Mato Grosso do Sul, que evidencia o início de um questionamento sobre a constitucionalidade do dispositivo legal aqui questionado, como demonstra a seguinte ementa:

RECURSO ELEITORAL. REPRESENTAÇÃO. CAPTAÇÃO ILÍCITA DE SUFRÁGIO. ART. 41-A DA LEI N.º 9.504/97 E ABUSO DE PODER ECONÔMICO. (...). INADMISSIBILIDADE DE CONDENAÇÃO POR PRESUNÇÃO. ILÍCITO E PENALIDADE. PRINCÍPIO DA LEGALIDADE. NORMAS DE CARÁTER PUNITIVO. INTERPRETAÇÃO RESTRITIVA. ART. 23 DA LEI COMPLEMENTAR N.º 64/90 À LUZ DOS PRINCÍPIOS JURÍDICOS E DIANTE DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA. NECESSIDADE DE SUSTENTAÇÃO FÁTICA DE FORMA CERTA E NÃO MÍNIMA. GARANTIA INDIVIDUAL DE APLICAÇÃO DE PENALIDADES DE FORMA RAZOÁVEL E PROPORCIONAL. PONDERAÇÃO JURÍDICA. (...) (RECURSO ELEITORAL nº 72786, Acórdão nº 8014 de 07/10/2013, Relator(a) HERALDO GARCIA VITTA, Publicação: DJE - Diário da Justiça Eleitoral, Tomo 914, Data 10/10/2013, Página 07/09)

No referido julgado se questionou a forma de aplicação do art. 23 da Lei Complementar 64/90, concluindo aquele Tribunal por uma leitura constitucional do referido artigo, através de 'princípios' constitucionalmente estabelecidos, numa espécie de interpretação conforme. Mas, infelizmente, não evoluíram para a declaração da incompatibilidade material com a Constituição que se põe clara, pelo menos, aos olhos deste trabalho.

No referido Acórdão ainda consta que:

O disposto no art. 23 da Lei Complementar n.º 64/90, especificamente quanto aos fatos públicos e notórios, deve ser interpretado à luz dos princípios jurídicos, alicerces do Direito positivo e, desta forma, em face da presunção de inocência das pessoas, já que, pelo princípio constitucional exige-se a prova efetiva do fato ilícito, como decorrência do regime Democrático de Direito (art. 1.º, caput, da Constituição Federal).

Para a condenação pela captação ilícita de sufrágio, há a necessidade de que haja sustento fático suficiente, o qual supõe que os fatos invocados sejam certos, e não mínimos; e estejam devidamente provados e razoavelmente apreciados.

Trata-se de uma esperança, um início para a colocação da Constituição em primeiro lugar, algo que deveria ser corriqueiro numa Corte de Justiça especializada, como a eleitoral, mas não é.

Encontrou-se, sobre este tema, também, mas neste caso em sentido contrário, recente precedente aplicando o referido art. 23 no processo nº 152-97.2012.6.18.0008 – Ação de Investigação Judicial, de lavra de Tribunal Regional Eleitoral do Piauí⁹⁹, para quem:

[...] 1. Deve ser afastado o incidente de inconstitucionalidade arguido pelos investigados, pois a simples leitura do art. 23 da LC 64/90 deixa claro que as presunções e os indícios só poderão formar o convencimento do juiz quando em consonância com as provas produzidas nos autos. [...]

Note-se que já nesta decisão, o Tribunal ignorou qualquer tentativa de leitura constitucional do referido dispositivo legal, não se enfrenta, não se interpreta o dispositivo de maneira completa, ampla. No entanto, a inconstitucionalidade total de tal dispositivo legal é inquestionável, ante as ofensas às normas constitucionais já citadas.

Por isso, não se acomodar com esse dispositivo é de uma importância ímpar para que não haja abertura para o uso de algo que, no entender deste trabalho, é completamente incompatível com a Constituição Federal brasileira, de forma a permitir o uso de elementos extraprocessuais, sem a devida fundamentação, se perfaçam no mundo jurídico retirando mandatos eletivos conferidos nas urnas.

À luz dessas premissas e abrindo espaço para uma discussão mais exaustiva sobre o tema, causa perplexidade e preocupação o reconhecimento, sem qualquer restrição, da constitucionalidade do art. 23 da Lei Complementar nº 64/90. Afirma-se aqui que o STF apenas apontou que o dispositivo não pode ser interpretado de qualquer forma, mas não limitou a sua interpretação/aplicação, satisfazendo-se em afirmar, segundo o informativo já citado, que:

[...] tendo em conta a existência de relação direta entre o exercício da atividade probatória e a qualidade da tutela jurisdicional, a finalidade da produção de provas de ofício pelo magistrado seria possibilitar a elucidação de fatos imprescindíveis para a formação da convicção

⁹⁹ Sessão de 1º de abril de 2014.

necessária ao julgamento do mérito. Saliou que as partes continuariam a ter a função precípua de propor os elementos indispensáveis à instrução do processo [...].

Neste último trecho – ‘que as partes continuariam a ter a função precípua de propor os elementos indispensáveis à instrução do processo’, o STF sem desfaçatez alguma coloca o juiz nas mesmas condições que as partes em relação à produção de provas, tudo na condição de elucidar os fatos, insistindo na tese de que existem três atores na produção processual, o Autor, o Réu e o Juiz.

Mas, em favor de quem o Juiz atua? Nem mesmo o Ministério Público, quando parte em processo judicial eleitoral, deixa de ser fiscal da lei e pode opinar pela improcedência da ação quando ausente os elementos probatórios.

E quando o Juiz se depara com causas mal formuladas, pedidos ineptos e provas mal produzidas, poderá ele repeti-las, desconsiderar a inépcia e corrigir de ofício as ações judiciais, tudo em nome de uma tutela qualificada?

Questiona-se, também, porque longe de ser um termo jurídico: o que seria tutela qualificada, ou nos termos empregado retro, ‘qualidade de tutela jurisdicional’? Como seria uma tutela jurisdicional de qualidade? Seria aquela que atendesse a obtenção de provas não trazidas pelas partes, mas buscadas pelo Juiz para a solução do litígio e dele conhecidas pela livre apreciação dos fatos públicos e notórios? Eis mais uma ‘abertura hermenêutica’ que certamente custará muito caro à Justiça e ao Direito no Brasil.

Mas, mesmo assim, pode-se arriscar que a tutela jurisdicional de qualidade seria aquela obtida através do processo e em respeito à Constituição Federal, e não através de ações parciais do magistrado. A busca por fatos e provas é tarefa das partes, e exige certo interesse e simpatia por uma dada tese (de defesa ou de acusação), porque o Juiz não é onisciente para saber de tudo e tudo lhe ser notório e, assim, mesmo na sua produção direta de provas, manter-se imparcial, porque colheu provas ou considerou fatos ‘notórios’ de maneira equilibrada para ambas as partes, realmente se tratando de algo impossível e inteiramente incompatível com a Constituição Federal.

No entanto, embora o art. 23 da Lei Complementar 64/90 trate sobre a Ação de Investigação Judicial Eleitoral, esta mesma lei trouxe outra regra de interpretação referente aos meios de prova e à forma de apreciação pelo magistrado, a ser observada nas ações de impugnação de registro de candidatura, prevista no art. 7º,

parágrafo único, com uma redação idêntica ao disposto no art. 131 do Código de Processo Civil, afirmando que:

‘O Juiz, ou Tribunal, formará sua convicção pela livre apreciação da prova, atendendo aos fatos e às circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes, mencionando, na decisão, os que motivaram seu convencimento’.

A diferença entre esse dispositivo legal e aquele do art. 23 é porque, apesar de abrir a possibilidade do livre convencimento (ofensivo ao Estado Democrático de Direito e ao art. 93, IX da C.F.), limita a apreciação às provas contidas nos autos, trazidas pelas partes.

A própria Teoria da Decisão Judicial (STRECK, 2011) aqui mencionada que, dentre os princípios elencados por Streck (2013), está o ‘efetivo respeito à integridade e à coerência do direito’, inadmite contradições lógico-jurídicas dentre do ordenamento. Streck (2013) também aponta como uma das seis hipóteses para que um Juiz possa deixar de aplicar a lei a identificação de antinomia normativa.

Embora seja possível compreender que o art. 131 do Código de Processo Civil tenha sido fruto de um pensamento inquisitivo próprio da realidade política em que era vivida em 1973 e, como tal, não foi (ou não deveria ter sido) recepcionado pela Constituição Federal de 1988, o art. 7º, parágrafo único e o próprio art. 23 da LC 64/90 são frutos do legislador ordinário atual, pós-ditadura.

A existência, numa mesma lei, de dois dispositivos legais incompatíveis demonstra o despreparo de nosso legislador. E a falta de meios capazes de harmonizar o microssistema inaugurado pela Lei Complementar 64/90 atendendo aos ditames do art. 14, §9º, da Constituição Federal, escancarando a ausência de parâmetros de cunho hermenêutico-filosófico dos julgadores.

Embora um dispositivo legal encerre a forma de julgamento da ação de impugnação de registro de candidatura e o outro trate das ações decorrentes de abuso de poder econômico, político ou dos meios de comunicação social, algumas características destas duas espécies de demanda são extremamente semelhantes. A grande diferença entre a condenação em uma AIJE e em uma AIRC¹⁰⁰, refere-se ao reconhecimento de inelegibilidade que aquela atribui ao candidato condenado,

¹⁰⁰ Ação de Impugnação de Registro de Candidatura.

mas ambas são capazes de gerar o cancelamento de registro do candidato ou a cassação de seu diploma, conforme o art. 15¹⁰¹ e o art. 22, XIV¹⁰², da Lei das Inelegibilidades.

Assim, em duas situações específicas que podem levar à cassação do registro de candidatura, atingindo o direito político e a capacidade política passiva do candidato, ou à invalidação do diploma, atingindo diretamente a vontade da maioria conforme os ditames democráticos, os meios de julgamento e da formação de convicção do julgador não podem ser controversos.

Dentro dessa visão, viu-se que, como o STF julgou constitucional o art. 23 da Lei das Inelegibilidades, ainda há uma antinomia a ser resolvida: a sua incompatibilidade com o art. 7º, parágrafo único da mesma Lei.

Como afirmado alhures, o referido dispositivo, que copia o texto do art. 131 do Código de Processo Civil, quanto ao 'livre convencimento', está incompatível com o art. 1º, *caput* e o art. 93, IX da Constituição Federal, merecendo ou uma interpretação conforme o próprio texto constitucional ou uma nulidade parcial com redução do texto, para excluir justamente esta expressão: 'livre convencimento'.

Resolvido a questão da compatibilidade constitucional, o art. 7º, parágrafo único em tela, ao afirmar que o Juiz está limitado às provas e circunstâncias trazidas nos autos do processo, deve prevalecer sobre o art. 23, porque é compatível com os ditames da Constituição Federal na forma aqui relatada, ou seja, com o Estado Democrático de Direito e o dever de fundamentar as decisões judiciais, encerrando

¹⁰¹ Art. 15. Transitada em julgado ou publicada a decisão proferida por órgão colegiado que declarar a inelegibilidade do candidato, ser-lhe-á negado registro, ou cancelado, se já tiver sido feito, ou declarado nulo o diploma, se já expedido. (Redação dada pela Lei Complementar nº 135, de 2010) Parágrafo único. A decisão a que se refere o **caput**, independentemente da apresentação de recurso, deverá ser comunicada, de imediato, ao Ministério Público Eleitoral e ao órgão da Justiça Eleitoral competente para o registro de candidatura e expedição de diploma do réu. (Incluído pela Lei Complementar nº 135, de 2010)

¹⁰² Art. 22. Qualquer partido político, coligação, candidato ou Ministério Público Eleitoral poderá representar à Justiça Eleitoral, diretamente ao Corregedor-Geral ou Regional, relatando fatos e indicando provas, indícios e circunstâncias e pedir abertura de investigação judicial para apurar uso indevido, desvio ou abuso do poder econômico ou do poder de autoridade, ou utilização indevida de veículos ou meios de comunicação social, em benefício de candidato ou de partido político, obedecido o seguinte rito: (Vide Lei nº 9.504, de 1997) [...] XIV – julgada procedente a representação, ainda que após a proclamação dos eleitos, o Tribunal declarará a inelegibilidade do representado e de quantos hajam contribuído para a prática do ato, cominando-lhes sanção de inelegibilidade para as eleições a se realizarem nos 8 (oito) anos subsequentes à eleição em que se verificou, além da cassação do registro ou diploma do candidato diretamente beneficiado pela interferência do poder econômico ou pelo desvio ou abuso do poder de autoridade ou dos meios de comunicação, determinando a remessa dos autos ao Ministério Público Eleitoral, para instauração de processo disciplinar, se for o caso, e de ação penal, ordenando quaisquer outras providências que a espécie comportar; (Redação dada pela Lei Complementar nº 135, de 2010)

um juízo acusatório e não inquisitório, apresentando uma ‘trava’ hermenêutica, impedindo que o Juiz traga suas convicções pessoais para o ato decisório ou que julgue por presunção.

5.2 O círculo hermenêutico na Justiça Eleitoral e as bases hermenêuticas da interpretação teleológica:

A voluntas legis, o voluntas legislatoris e a sua inadequação à hermenêutica contemporânea.

A questão da presença de um dispositivo no ordenamento jurídico eleitoral brasileiro, que desde o seu nascedouro é inconstitucional, remonta a questão já analisada neste trabalho que se refere ao repositório dos julgados das Cortes Eleitorais país afora.

É fato que não há registro do termo ‘círculo hermenêutico’, ou de ‘giro ontológico-linguístico’, mas há referências à palavra hermenêutica, o que já nem é um alento, pois quase sempre é feito num contexto do que se pode chamar de uma antiga hermenêutica.

O TSE somente se reporta a palavra hermenêutica sete vezes, conforme o seu sítio de internet¹⁰³ informa, não sendo muito animadoras as situações que o termo é colocado, pois, como dito acima, é num contexto de uma hermenêutica ultrapassada, mas isso não quer dizer que a hermenêutica em si não venha sendo respeitada, porém o que é presenciado por aqueles que estão na prática cotidiana dessa Justiça Especializada é que as más tendências pontuadas nesse trabalho têm encontrado guarida na atividade jurisdicional da Justiça Eleitoral.

Tal recorrência é que inspira as piores manobras retóricas, travestidas de métodos de interpretação, como a interpretação teleológica assente nos julgados aqui transcritos, gerando uma cadeia de repetições com fundamentos não na Lei, não na Constituição, mas nos precedentes como se valessem por si mesmos, como se nosso sistema fosse outro que não o romano-germânico.

A preocupação com a viragem ontológico-linguística e o círculo hermenêutico é justamente pela necessidade de se buscar uma correta compreensão dos julgados, espancando as arbitrariedades próprias do subjetivismo e do realismo

¹⁰³ <http://www.tse.jus.br/jurisprudencia/pesquisa-de-jurisprudencia>

relativista. Nem tudo é relativo. E a hermenêutica, como se dirá adiante, não afirma uma relatividade da interpretação, mas sim uma segurança para a correta compreensão.

É por isso que Gadamer (2012, p. 355) afirma que o círculo hermenêutico tem um sentido ontológico positivo, de forma a proteger (o texto) das arbitrariedades do intérprete. Aliás, esta é a função da interpretação, embora os intérpretes que proferem decisões judiciais no Brasil não atentem muito para isso, e, via de regra, não se sintam a vontade com essa discussão.

Assim, as opiniões não podem ser entendidas de maneira arbitrária. Da mesma forma que não é possível manter por muito tempo uma compreensão incorreta de um hábito da linguagem, sem que se destrua o sentido do todo, tampouco se podem manter às cegas, as próprias opiniões prévias sobre as coisas, quando se busca compreender a opinião de outro.

Quando se ouve alguém, ou quando se empreende uma leitura, não é necessário que se esqueça todas as opiniões prévias sobre seu conteúdo e todas as opiniões próprias, o que se exige é simplesmente a abertura para a opinião do outro ou para a opinião sobre o texto interpretado (GADAMER, 2012, p. 358).

Por isso, o fato principal para a ocorrência da compreensão não está na formulação de aparato metodológico, mas sim na junção dialética entre o ser que busca compreender e o objeto a ser compreendido, em uma relação de circularidade e integração.

Embora não se possa dizer que seja regra, e que isso venha atrapalhando ou inviabilizando a atividade jurisdicional eleitoral, é preocupante o não reconhecimento do giro ontológico-linguístico e do círculo hermenêutico numa Justiça que busca a eficiência como a sua principal característica desde o seu surgimento, como já demonstrado no segundo capítulo desse trabalho.

É inegável que a interpretação teleológica é inerente ao fatiamento do processo interpretativo, separando o texto normativo de seu sentido, sua finalidade. Na interpretação teleológica o intérprete primeiro analisa o seu conteúdo textual, lhe separando a finalidade de seu texto, e somente depois realiza a sua aplicação.

Tal processo interpretativo, com base nos estudos de Schleiermacher (2010) há muito já foi superado, como se verifica nos ensinamentos de Gadamer, mormente no segundo volume do seu livro *Verdade e Método* (2011).

A visão do referido autor (2011, p. 119) demonstra que, na interpretação subjetiva de Schleiermacher, o intérprete deveria fazer uma incursão, uma investigação na estrutura espiritual (consciência) do autor do texto.

Trata de uma divisão do processo interpretativo, em que, para Schleiermacher (2010, p. 35), deveria uma equipe de intérpretes compreender o texto escrito, e outra compreender o pensamento do autor, o seu espírito, numa espécie de interpretação psicológica, podendo até se dizer espiritual.

Entende SCHLEIERMACHER (2010) que toda interpretação deveria ser realizada por duas 'categorias', duas classes de intérpretes, uma classe ou categoria deveria analisar questões referentes à linguagem e a história, de acordo com um padrão igualitário de compreensão de escritores de uma mesma língua, enquanto a outra categoria de intérpretes deveria observar a pessoa do escritor, do emissor da informação, considerando a linguagem apenas como um meio de expressão e a história apenas como referência, observando e buscando compreender a pessoa do autor, a vontade do autor do texto.

Essa divisão de grupos ou categorias de intérpretes, em uma visão procedimental ou metódica, é dividida em método comparativo e divinatório, havendo intérpretes mais voltados para os aspectos da língua, da gramática e outro grupo mais direcionado para as características pessoais do autor do texto, cuja atividade seria restrita a adivinhar o sentido correto do texto, com base na pesquisa da pessoa do autor, encerrando uma análise psicológica (SCHLEIERMACHER, 2010).

Daí a separação, hoje superada pelo círculo hermenêutico, da '*voluntas legis*' e '*voluntas legislatoris*', que nada mais é do que uma falha no processo de compreensão do texto, que Gadamer (2011, p. 73) criticou severamente:

Pode-se deixar de lado aquilo que Schleiermacher desenvolveu como interpretação subjetiva. Quando procuramos compreender um texto, não nos transferimos para a estrutura espiritual do autor, mas desde que se possa falar em transferência, transferimo-nos para seu pensamento [...]. Na conversação e ainda mais na compreensão do escrito movemo-nos numa dimensão de sentido compreensível em si mesmo que como tal não motiva nenhum retorno à subjetividade do outro. É tarefa da hermenêutica esclarecer o milagre da compreensão, que não é uma comunicação misteriosa entre as almas, mas participação num sentido comum.

Não há, assim, uma análise transcendental espiritual da norma, não se pode conceber um espírito por trás do texto interpretado, como se fosse um ente diferente do próprio texto, até mesmo porque quem pensa e tem espírito é o ser que interpreta. Isso seria tal qual uma busca espiritual transcendental somente possível através da interpretação teleológica, num movimento de cisão, entre o “espírito e o corpo”, entre o texto normativo e sua finalidade.

Assim como corpo e o espírito de um texto legal são um só, diferente do que muitos pensam a respeito do ser humano, um texto normativo e sua finalidade não podem ser cingidos, sob pena de se sacrificar o texto normativo, ignorá-lo, rebaixá-lo a um menor nível, a uma semiexistência, como se fosse um mero recipiente, cujo selo precisa ser rompido para a correta compreensão.

A cisão no método de compreensão é inoportuna. Assim, Gadamer (2011), entende que o processo de compreensão flui do todo para a parte, e da parte volta para o todo, ampliando-se, em círculos concêntricos, a unidade de sentido compreendido. ‘E a falta de concordância, de justeza, entre a parte e o todo, nesse movimento circular, representa a frustração no processo de compreender’ (GADAMER, 2011, p. 72).

A ausência de correspondência entre o todo e a parte, e vice-versa, rompe com a correta compreensão, não havendo fundamento hermenêutico ou filosófico para a cisão entre texto normativo e sua finalidade, ou seja, para o seu fatiamento.

Com base em tais premissas, Gadamer (2011, p. 119) ensina que ‘o sentido normativo básico dos textos, aquilo que originariamente confere sentido ao esforço hermenêutico, em Schleiermacher encontra-se em segundo plano’, crítica essa que também se estende à interpretação teleológica, que deixa a normatividade do texto de lado, numa incessante busca pela sua oculta finalidade.

A interpretação teleológica força as barreiras da compreensão, numa busca muitas vezes desnordeada de qualquer conteúdo científico, buscando o intérprete revestir-se do espírito do legislador, para compreender a sua finalidade, esquecendo-se que o enunciado, o texto, as palavras escritas, também fazem parte desse todo, que é objeto da compreensão, tratando, de forma míope o processo de compreensão, como se ao intérprete fosse dado somente realizar o encontro do sentido de qualquer discurso ou texto, dispensando-se a verdade de seu enunciado (GADAMER, 2011).

5.3 O modelo hermenêutico contemporâneo de interpretar: a necessidade de adoção de um roteiro hermenêutico pelo intérprete das normas eleitorais e a sua compatibilidade com a Teoria da Decisão Judicial de Lênio Streck

Mesmo com a abertura legislativa existente no art. 23 da Lei Complementar 64/90 (Lei das Inelegibilidades), que permite o uso da teleologia da norma, não há como se admitir essa interpretação, pois de contemporânea ela não tem nada e não atende aos desafios do intérprete atual do direito, pelo contrário, entrega uma discricionariedade ao intérprete julgador e ocasiona decisões fundamentadas em consciências, solipsistas, desapegadas de um texto base. Isso dá asas a um ativismo judicial que não rima com a Constituição Federal Democrática que o Brasil possui hoje.

O que se tem hoje no Direito e, infelizmente, atinge a Justiça Eleitoral, é o problema interpretativo, na medida em que, preponderantemente, mantem-se o entendimento equivocado de que o ato aplicativo do Direito consiste numa extração de sentidos, em contraposição a ideia de que o 'processo' interpretativo envolve atribuição de sentido por parte de um intérprete, onde 'a compreensão é precedida pela pré-compreensão' (ENGELMANN, 2007, p. 238), sendo nesse contexto que 'a interpretação deverá ser renovada a cada caso concreto, pois a conjuntura fática e o mundo que está em volta dele não serão mais os mesmos que animaram a interpretação anterior' (ENGELMANN, 2007, p. 240).

Porém, o que se vê, via de regra, é que, ao que parece, os julgadores não têm consciência do seu poder e de seu papel, não conhecendo as suas possibilidades hermenêuticas de produção de sentido (STRECK, 2011).

O grande problema que se coloca, mais uma vez, agora no âmbito da justiça eleitoral, é a dificuldade de assimilação por parte dos juristas dos avanços ocorridos no âmbito da Filosofia. Na verdade, eles fazem parte – são inerentes, mesmo contra a vontade de muitos teóricos do Direito – da construção de qualquer teoria do Direito, mesmo daquelas que negam o elo entre Direito e Filosofia.

Ou seja, elementos como a linguagem e a tradição fazem parte de uma postura hermenêutica (vinculada à tradição gadameriana) perante o fenômeno jurídico. A primeira é necessária para se projetar as possibilidades que o homem tem, a segunda tem como seu elemento a linguagem para se dominar os acontecimentos através da experiência, de um acúmulo histórico.

Por isso, a linguagem é uma condição de possibilidade de toda a experiência hermenêutica, sendo o *medium* universal em que se realiza a compreensão e a forma de realização dessas é a interpretação.

O texto tem que ser compreendido a cada momento, de acordo com o caso concreto. Por isso não pode haver separação entre compreensão, interpretação e aplicação da norma, sendo essa última tão importante e integrante do processo hermenêutico quanto à compreensão e a interpretação (ENGELMANN, 2007):

[...] Assim essa fusão de horizontes irradia um 'horizonte de expectativas' em torno do qual o direito se aplica por isso o círculo hermenêutico deverá se assentar em uma série de aspectos, incluindo o consenso social, a tradição, os valores da sociedade, e, especialmente os princípios da lei natural. Sendo o diálogo e a linguagem os responsáveis por estabelecer um 'meio termo' entre o vigor de ter sido e o presente, olhando sempre para o futuro. (ENGELMANN 2007, p. 244-245).

Vê-se que o exercício do intérprete é sempre construir possibilidades para a correta aplicação do fenômeno jurídico, que não deve ser considerado dentro de um contexto de legitimação democrática, não podendo o intérprete jurídico criar e impor a sua particular compreensão (STRECK, 2010), 'de forma que o intérprete deve compreender para interpretar dentro do círculo hermenêutico' (STRECK, 2010, p. 89).

Daí se pode dizer que a interpretação contemporânea, através do estudo da nova crítica do direito ou da crítica hermenêutica do direito, é a aplicação de uma nova teoria advinda da fusão de horizontes da filosofia hermenêutica, da hermenêutica filosófica e da Teoria integrativa de Dworkin, de onde surge a tese de que 'há um direito fundamental a uma resposta correta, entendida como adequada à Constituição Federal' (STRECK, 2010, p.91), pensar diferente é desconsiderar o Estado Democrático de Direito.

Formando, a partir disso, a hermenêutica contemporânea, uma blindagem 'contra interpretações arbitrárias e discricionariedades e/ou decisionismos, superando o esquema sujeito-objeto' (STRECK, 2010, p.92) para assim trazer mais segurança ao jurisdicionado.

A hermenêutica não é relativa, como dito antes, ela é finita não aceita conclusões subjetivas desprovidas de conteúdo racional e de historicidade/faticidade. Na opinião de Streck (2011, p. 356-357):

[...] jamais existiu um relativismo para a hermenêutica; são antes adversários da hermenêutica que conjuram o fantasma do relativismo, porque suspeitam existir na hermenêutica uma concepção de verdade, a qual não corresponde às suas expectativas fundamentais.

Desta forma, qualquer método de interpretação subjetivista/relativista é, em sua essência, e na sua aparência, anti-hermenêutico, como ocorre com a interpretação teleológica e as técnicas imaginativamente criacionistas¹⁰⁴ de interpretação/aplicação do direito.

O ativismo judicial também surge dessa ausência de um roteiro hermenêutico, da grande abertura que o intérprete entende que tem, por não entender ser necessário guardar respeito à hermenêutica contemporânea e seus paradigmas (viragem ontológico-linguística, superação do esquema sujeito-objeto e o círculo hermenêutico), o que leva a ausência de uma criteriologia, padrões na aplicação das normas, na Justiça Eleitoral mormente quando chegado o momento de decidir sobre os casos que lhes são postos.

Ora, o texto interpretado (legal ou constitucional) será o de sempre o 'já normado' (STRECK, 2011, p. 357), que 'não subsiste como um 'ente disperso' no mundo' (STRECK, 2011, p. 357). Ele não está à disposição do intérprete, por isso é tão grave desconsiderar a segurança jurídica que o uso da hermenêutica contemporânea oferta, principalmente na Justiça Eleitoral a quem, dentre outros objetos, cabe analisar aquilo que seria o foco principal do fundamento primário da Democracia: a aferição da vontade popular (como por exemplo, em análise de ações eleitorais que podem gerar a cassação de um representante eleito pela maioria dos eleitores votantes).

Após o advento da Carta Constitucional de 1988, o Brasil passou a estar diante de um sistema totalmente novo. Uma Constituição que assegurou, de forma perene, o Estado Democrático de Direito.

No entanto, 'uma Constituição nova exige novos modos de análise: no mínimo uma nova teoria das fontes, uma nova teoria da norma, uma nova teoria

¹⁰⁴ Apesar do paradoxo – criar na aplicação ou interpretação – é isso que se observa nos julgadores de hoje. Quase que diariamente se cria uma norma ou um sentido de norma que se encaixe numa situação fático-jurídica não prevista ou rechaçada pelo texto normativo. Trata-se, na verdade, de um sistema de criação-interpretação/aplicação ou pior, de uma interpretação-criação/aplicação.

hermenêutica' (STRECK, 2012, p. 47), sendo de grande utilidade, no entender deste trabalho, a adoção de um roteiro hermenêutico que auxilie o esparçamento do relativismo ou criacionismo no judiciário, bem como o ativismo judicial. Paralelo à interpretação teleológica e como forma mais preponderante de solipsismo, está uma aplicação, de forma equivocada, da teoria de Robert Alexy de ponderação de interesses ou valores.

Após a 2º Guerra Mundial, surge a jurisprudência dos valores, 'na tentativa voluntarista de encontrar/descobrir, para além do direito escrito, os valores da sociedade' (STRECK, 2013, p. 285).

Em paralelo a esse acontecimento histórico, surge a teoria argumentativa de Robert Alexy (2008). Tal 'teoria' surgiu em uma realidade sociopolítica bem diferente do que aconteceu no Brasil após a novel Constituição de 1988, posto que a teoria argumentativa buscou legitimar uma Constituição form(ul)ada sem ampla participação popular (STRECK, 2013). Daí a 'necessidade' de reconhecer um Direito ou direitos além da lei¹⁰⁵ escrita.

Já no Brasil, como bem afirma Streck (2013, p. 286), a grande dificuldade tem sido a de 'estabelecer as condições para o fortalecimento de um espaço democrático de edificação da legalidade, plasmado no texto constitucional', ou seja, há aqui uma crise de constitucionalidade e legitimidade da produção legislativa.

Mas, apesar do contraponto retro, no Brasil adotou-se o fundamento da escola da jurisprudência dos valores, segundo o qual, 'a Constituição é uma ordem concreta de valores, sendo o papel dos intérpretes o de encontrar e revelar esses interesses ou valores' (STRECK, 2013, p. 286).

Adotou-se, no Brasil, a teoria da argumentação alexiana, no entanto, de forma equivocada, na visão de Streck (2013), ignorando seus pressupostos lógicos, que seriam a racionalização da ponderação. Essa viria em momento posterior à colisão de direitos: 'no Brasil, os pressupostos formais – racionalizadores – são praticamente desconsiderados, retornando à estratégia de fundamentação da jurisprudência da valoração' (STRECK, 2013, p. 287).

Comprovada está, então, a afirmação de Streck (2010), aqui seguida, sobre a incorreta recepção e compreensão de tal teoria argumentativa, posto que a doutrina que a recepcionou vem compreendendo que havendo uma colisão, onde se faz

¹⁰⁵ Sentido amplo.

necessária à ponderação e a argumentação, não haverá, nesses casos uma posição ou resposta correta, mas soluções argumentativas e racionais plausíveis (BARROSO, 2011).

Ora, mas num Estado Democrático de Direito, o intérprete/aplicador não possui essa abertura hermenêutica e criacionista, se fosse assim para que serviria o legislativo? A argumentação jurídica racional, embora se apresente lógica, se partir de um pressuposto inconstitucional, como o caso do art. 23 da Lei Complementar nº 64/90 posto acima, não será correta.

Tal conclusão de Barroso leva à discricionariedade, posto que, ante duas ou mais 'soluções argumentativamente racionais e plausíveis', não estará o intérprete absolutamente livre para a sua escolha, mesmo que plausível e juridicamente defensável o posicionamento.

Essa postura ofende o art. 93, IX da Constituição Federal e destoia inclusive do que afirma o próprio Alexy (2008, p. 131), quando propõe que:

[...] a legitimidade da ponderação no direito depende de sua racionalidade. Quando mais racional é a ponderação, tanto mais legítimo é o ponderar. Sobre a racionalidade da ponderação [...]. Caso sua análise mostre que o ponderar não pode ser outra coisa senão decidir arbitrário, então estaria com a racionalidade da ponderação posto em dúvida, simultaneamente, a sua legitimidade na aplicação do direito, especialmente, na jurisprudência constitucional.

A teoria da ponderação de Alexy (2008) não aceita a discricionariedade, a arbitrariedade, ou seja, repele decisões solipsistas. Assim, não permite a mera escolha entre dois princípios (STRECK, 2013, p. 287), posto que a escolha sem racionalidade não é ponderação, escapa ao próprio significado usual do termo. É necessário que se atente ao postulado da coerência (ALEXY, 2008, p. 117)¹⁰⁶, inclusive com o sistema de hierarquia e adequação de normas existentes.

¹⁰⁶ De qualquer sorte, numa leitura inteligente da Constituição Federal brasileira encontram-se certas barreiras à adoção (seja a correta ou a equivocada) da ponderação alexyana (esta é uma conclusão aparentemente isolada, de forma que, nas pesquisas realizadas para este estudo não se encontrou, seja na doutrina, seja na jurisprudência, qualquer colocação semelhante, ou seja, a Constituição Federal como barreira para a aplicação da teoria da ponderação de Robert Alexy). Tais barreiras, propositais ou não, encontram-se principalmente na aplicação da ponderação no caso concreto sem uma criteriologia, ou seja, quando o Poder Judiciário, diante no exercício do seu mister tem que resolver (dar solução) à relações jurídicas ou conflitos de relações jurídicas a ele postas pelo jurisdicionado. A ponderação não existe sem o conflito *in concreto* de princípios constitucionais, apresentada principalmente como meio de solução à colisão entre direitos fundamentais num

Fica claro que essa teoria não fora corretamente recepcionada no Brasil, pois o que Alexy propõe é uma reestruturação do pensamento dworkiano sobre os princípios. Ele não acredita que as regras são utilizadas através do modo do tudo ou nada, pois, para Alexy as exceções não podem ter um número exato, nem em teoria. Ele afirma, segundo Neves (2013), que ‘as regras são normas que são sempre ou satisfeitas ou não satisfeitas’ e que, porquanto isso se plainar dúvida sobre a qual regra subsumir o caso concreto, e não houver exceção enumerada que desfaça o conflito, uma deverá ser tida como inválida.

A Teoria dos princípios de Alexy está ligada à máxima da proporcionalidade *strictu sensu*, mas não somente. ‘A primeira e a segunda máximas parciais da proporcionalidade, a saber, os critérios da adequação e da necessidade (...), decorrem da natureza dos princípios como mandamentos de otimização em face das possibilidades fáticas’, enquanto a máxima da proporcionalidade em sentido estrito decorre da relativização em face das possibilidades jurídicas’ (NEVES, 2013, p. 65).

Para Alexy, os princípios têm um caráter *prima facie* enquanto as regras possuem caráter definitivo, ou seja: ‘Princípios são sempre *prima facie* e as regras são, se não houver o estabelecimento de alguma exceção, *razões definitivas*’ (NEVES, 2013, p. 68). Afirma ainda que não só as regras como também os princípios podem servir de razões diretas para decisões no caso concreto.

O problema da utilização dessa Teoria seria o fato da mesma, enquanto técnica de decisão, dentro da jurisdição constitucional brasileira, ser utilizada de forma limitada ao caso concreto *sub judice*, sem oferecer ‘critérios para que

determinado (a) caso concreto. É certo que o jurisdicionado, somente através do Processo pode alcançar a tutela pretendida ou mesmo obter uma resposta (adequada) do Estado-Juiz, estando todos, o Estado-Juiz e as partes litigantes, submetidos e ao mesmo tempo protegidos, pelo *due process of law*, garantia constitucional prevista no art. 5º, LIV da Carta Magna. De forma que não se vislumbra como ou quando tal direito fundamental deixará de prevalecer, à mercê de outro. Por isso é sustentável, como parte da doutrina afirma, ser inconstitucional o brocardo *in dubio pro societatis*, fundamento para o recebimento de denúncias criminais quando pairam dúvidas sobre a autoria e/ou materialidade do crime. Igualmente não se observa situação em que a aplicação do “princípio da verdade real” possa flexibilizar as normas processuais (pré-) postas no ordenamento jurídico. Outra barreira, e esta se crê aqui esvaziar a necessidade de aplicação da teoria alexyana, seria o art. 5º, §1º da Constituição Federal, segundo o qual “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”. O constituinte originário determinou a aplicabilidade imediata. Com isso é possível concluir que não há legitimidade na ponderação cujo resultado subjuga um direito fundamental. É um paradoxo dar-se plena efetividade à uma norma (e princípio é norma), afetando a efetividade de outra. Ao se fazer isso ofende-se dois dispositivos constitucionais, aquele cuja efetividade fora reduzida, preterida, e o art. 5º, §1º. Tal paradoxo é insustentável no Estado Democrático de Direito. Por isso se faz a defesa aqui de que a solução será, através da resposta constitucionalmente adequada idealizada por Streck (2011).

se reduza o 'valor surpresa' das decisões de futuros casos onde haja identidade jurídica dos fatos subjacentes' (NEVES, 2013, p.199) isso faz com que a clareza na hora de motivar a decisão seja enfraquecida.

O certo é que, pela visão acima transcrita, não há como querer se diferenciar regra e princípio de maneira banal, em geral, são obedecidos ou porque os membros da sociedade os percebem como normas obrigatórias, ou porque se identificam com os valores expressos em seu texto, ou ainda porque realizam um cálculo de custos e benefícios e percebem que o melhor para eles é seguir a norma. Se não existe um motivo para um indivíduo não seguir as normas vigentes, e ocorre o descumprimento das mesmas surge a situação de se separar o que é regra e o que é princípio e qual desses dois tipos de norma vai ser utilizado para a subsunção de um caso concreto.

Por isso que a utilização dessa Teoria enquanto técnica de decisões técnicas é algo nocivo ao sistema jurídico brasileiro, pois leva a uma busca pela definição de situações com um grau de maleabilidade e imediatismo muito grande, de forma que isso 'pode invadir, com mais facilidade, o processo de concretização e minar, caso a caso, a ordem constitucional' (NEVES, 2013, p.200), vez que em todos os casos o parâmetro utilizado não tem concretude, apenas um vínculo à consciência de quem decide.

É fato que o problema da utilização das regras e princípios, no Brasil, passa pela questão de como se utiliza a Constituição. No Estado moderno, democrático de direito, como o nosso, a política não está além do direito ou da Constituição, não se trata de uma instância superior ou separada. O dever de concretização da Constituição, um texto material como reclama a modernidade, atinge igualmente a política, que está ligada às dimensões democrática, liberal e social (STRECK, 2013). É o que Streck (2013, p. 118) denomina de 'essência' do constitucionalismo do segundo pós-guerra.

Com isso, não há como se considerar que as relações entre os Poderes do Estado se estabilizaram, pelo contrário, a política chegou aos textos constitucionais, como forma de tentar garantir alguns direitos básicos de todos os cidadãos, a Constituição passa a ser uma Carta Política de garantias e intenções (STRECK, 2013).

Nesse ponto o mesmo Streck (2013) deixa bem claro seu ponto de vista, no qual este trabalho se filia, sobre a questão da criação do direito, que, em um

ambiente constitucional semelhante ao vivido no Brasil, jamais pode ficar a cargo dos Juízes e do Poder Judiciário, pois essa tarefa é papel exclusivo do Poder Legislativo, que, em função do princípio da separação dos poderes, não pode ser substituído por nenhum outro.

Um Tribunal do Judiciário, na sua relação com a política e com o fazer política deve guardar respeito à Constituição, que gere todo o sistema jurídico brasileiro. Admitir a criação de direitos pelos Tribunais é subverter a ordem democrática da conquista e criação de direitos na sociedade.

O Tribunal Constitucional inevitavelmente se envolve em questões políticas. Mas, a inércia e a submissão ao Executivo fazem o Poder Legislativo enfraquecer. A omissão e o desrespeito conjunto desses dois poderes na concretização dos direitos constitucionalmente previstos transferem a discussão para a justiça constitucional, porém há de respeitar os mecanismos de controle ou freio nessa atuação, porque o Poder Judiciário na nobre função Jurisdicional não pode embalar no desrespeito à Constituição Federal, mormente quanto à separação dos poderes, e imitar-se na vontade do legislador ou do executor da norma (STRECK, 2013).

Nesse novo modelo institucional de judicialização da política, o grande parâmetro é a democracia e os direitos fundamentais, sendo inaceitável o retrocesso social das conquistas de agora. 'Por isso [...] é possível dizer que a noção de Estado Democrático de Direito é, assim, um 'desde-já-sempre' condicionando nosso 'agir-no-mundo', porque faz parte de nosso modo-se-ser no mundo'. (STRECK, 2013, p. 125).

É inegável ser de bom grado a conclusão de Streck (2011) pela necessidade da elaboração de uma Teoria da Decisão Judicial, que possa levar o judiciário a exercer e respeitar o texto constitucional, buscando garantir o direito fundamental a uma decisão constitucionalmente adequada (STRECK, 2011), posto que 'nada pode ser se não for constitucionalmente legítimo' (STRECK, 2011, p. 346).

Desta forma o julgador-intérprete deve afastar as suas convicções pessoais como fundamento do exercício do seu *mister*, pois a finalidade da sua atuação é outra, devendo garantir que, mesmo diante de suas convicções pessoais, afaste sue juízo axiológico e pré-conceitos, 'no sentido de que todos os cidadãos comunguem da mesma concepção, ou que os valores ali expostos na sentença vinculem normativamente todos os demais sujeitos do processo' (STRECK 2011, p. 396).

Streck (2013, p.329), melhora sua proposta com cinco princípios ‘conformadores de um agir concretizador da Constituição’, sendo o primeiro deles a preservação da autonomia do Direito, pelo qual o texto da constituição e da norma interpretada deve ser levado a sério como condição de possibilidade do Estado Democrático de Direito, tratando-se da ‘institucionalização de uma verdadeira blindagem contra os predadores do acentuado grau de autonomia conquistado pelo direito nesta quadra da história’ (STRECK, 2013, p. 331), combatendo o relativismo e a subjugação do Direito pela moral e a economia, fundamentos presentes nas decisões pragmatic(ist)as.

O segundo princípio seria o controle hermenêutico da interpretação constitucional, que apresenta limites às decisões judiciais, como um remédio contra o poder discricionário dos juízes, já que parece evidente a necessidade de uso permanente da Constituição Federal, para a preservação do nível de autonomia conquistado pelo Direito, evitando-se manobras para o subjetivismo, hoje assente já na escolha do método a ser utilizado na interpretação.

O terceiro princípio é o do efetivo respeito à integridade e à coerência do direito, ligada intimamente à democracia, exigindo do julgador respeito ao ordenamento jurídico. A partir desse tem-se o objetivo de ‘estabelecer efetivas barreiras contra a fragmentação própria das teorias pragmati(ci)stas em geral’ (STRECK, 2013, p. 335).

Como quarto princípio apresenta Streck (2013) o dever fundamental de justificar as decisões, posto que compete ao juiz responder por qualquer decisão de sua lavra, o que decorre sua responsabilidade política, devendo justificar o que foi decidido apresentar os argumentos jurídicos que justifiquem a sua fundamentação.

O dever de fundamentar, já trazido à baila neste estudo, deve estar acompanhado de uma justificativa sobre a sua fundamentação, e, assim, evitando-se embargos de declaração (STRECK, 2013).

Por fim, o quinto princípio, que visando preservar a força normativa da Constituição, corresponde ao direito fundamental a uma resposta constitucionalmente adequada, que se traduz ‘na garantia de que cada cidadão tenha sua causa julgada a partir da Constituição e de que haja condições de aferir se essa resposta está ou não constitucionalmente adequada’ (STRECK, 2013 p. 343).

Como “filtro final”, Streck (2013), apresenta as seis hipóteses em que o Juiz pode deixar de aplicar a lei: quando a lei for inconstitucional; quando for o caso de

aplicação dos critérios da resolução de antinomias; quando aplicar a interpretação conforme a Constituição, caso e que o texto da lei permanecerá intacto, mas mudando o seu sentido; quando aplicar a nulidade parcial sem redução de texto, pela qual permanece a literalidade do dispositivo, sendo alterada apenas a sua incidência; quando for o caso declaração de inconstitucionalidade com redução de texto, onde se retira um termo do dispositivo analisado, conduzindo-o à constitucionalidade; e quando for o caso de deixar de aplicar uma regra em face de um princípio¹⁰⁷.

Assim, ao julgador é admitido possuir suas convicções e ‘valores’, todos característicos de sua personalidade, posto que factível, histórico. O Juiz é um ser-no-mundo e, como tal, o influencia e dele recebe influências, não podendo simplesmente fingir que elas não existem.

Não há que se falar, outrossim, em vinculação extrema a precedentes, pois ‘para que os Tribunais mantenham a uniformidade do direito é necessário que haja uniformidade na sua interpretação e aplicação quando do julgamento dos casos, por ser um requisito do próprio Estado Constitucional de Direito’. (BARBOZA, p. 240, 2014)

O tratamento igualitário entre as partes é algo inerente ao Estado Democrático e Constitucional de Direito. Quando o Estado tem situações idênticas que lhe são postas para solucionar, através do Judiciário, e confere destinos diferentes isso atrapalha a consolidação desse tipo de Estado.

Embora o respeito estrito a julgados seja algo mais ligado a sistemas vinculados *commom law*, o que se faz necessário no sistema que se tem no Brasil, a que se empreenda uma maneira sólida de interpretar as normas e solucionar os casos, pois, segundo Barboza (2014):

Não é admissível que o direito seja interpretado de maneiras diferentes em casos similares, isso é uma afronta não só ao princípio da segurança jurídica, mas também ao princípio da igualdade garantido na Constituição. Veja-se que a uniformidade do direito nas decisões judiciais é parte essencial da igualdade de tratamento em casos essencialmente similares, e, que, portanto, devem ser julgados de acordo com uma interpretação similar e estável do direito. Até porque é legítima a expectativa daquele que se encontra em situação

¹⁰⁷ Mas fora de qualquer pampricipiologismo.

similar à decisão já julgada pelo Judiciário de não ser surpreendido por situação diversa.

Por isso que se deve buscar sempre decisões que tenham por base a Constituição Federal, visto que a decisão fundamentada é aquela fundamentada constitucionalmente e integralmente justificada e não o ato de decidir por convicções ou escolhas, onde a Constituição não passaria de um mero recurso retórico de fundamentação, ou em elementos extraprocessuais, baseados em critérios abstratos e não definidos¹⁰⁸.

Daí se propor, através deste trabalho, um roteiro hermenêutico, visando auxiliar o intérprete aplicado do direito responsável por decisões judiciais, com seis passos ou critérios, iniciando-se e finalizando-se o seguimento desse caminho através da estrita observância à Constituição Federal.

O primeiro critério seria verificar se a norma a ser aplicada é constitucional, e aqui a oportunidade para a observação das seis hipóteses em que pode o juiz deixar de aplicar a lei (STRECK, 2013).

Em seguida deveria o intérprete observar se a aplicação da norma por ele proposta poderia significar uma “invasão” na competência dos Poderes Legislativo ou Executivo. Como terceiro critério, deve o julgador observar se houve respeito ao devido processo legal até o momento da aplicação da norma.

O julgador deveria ainda fundamentar, com integral justificativa, a aplicação da norma no caso concreto (Art. 93, IX, da Constituição Federal), havendo neste ponto respeito ao quarto princípio apontado por Streck (2013), bem como observar o texto legal interpretado no seu sentido, sem ampliá-lo, ignorando conclusões subjetivistas, com aplicação do primeiro, segundo e terceiro princípios idealizados por Streck (2013).

Como último critério: verificar se a conclusão da interpretação dada ofende a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da Constituição Federal), o princípio da moralidade (Art. 37, *caput*, Constituição Federal) ou o Estado Democrático de Direito, observando-se o quinto princípio apontado por Streck (2013).

A observância de tais critérios se iniciaria a partir do momento do encontro do intérprete com o caso concreto, para aplicar o roteiro proposto, primeiramente, o

¹⁰⁸ O julgador deve aplicar certa norma constitucional não porque se adequa às suas convicções ‘morais, mas apesar delas.

intérprete (1º critério), quando está posto diante de uma norma jurídica infra-legal apontada ao julgador como solução (possível) do caso concreto, deve verificar se a norma é constitucionalmente compatível, avançando-se, já, para a proposta de interpretação/aplicação.

Após esse momento (2º critério), deve o julgador, observar se a interpretação/aplicação proposta ofende o art. 2º, da Constituição Federal, segundo o qual: “são Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”. Como já defendido neste trabalho, não pode o Poder Judiciário legislar¹⁰⁹ e nem executar/administrar (como por exemplo: determinar a construção de um posto de saúde ou hospital ou que certo recurso financeiro seja alterado para atender outras necessidades públicas).

Os dispositivos constitucionais de distribuição das competências e atribuições dos poderes (artigos 48, 49, 52, 84 e 96 da Constituição Federal¹¹⁰, dentre outros) dão o norte principal para a verificação de tal separação.

¹⁰⁹ Salvo de forma negativa para resguardar o texto constitucional ou quando permitido pelo ordenamento jurídico pátrio (art. 93, *caput* da Constituição Federal)

¹¹⁰ Art. 48. Cabe ao Congresso Nacional, com a sanção do Presidente da República, não exigida esta para o especificado nos arts. 49, 51 e 52, dispor sobre todas as matérias de competência da União, especialmente sobre:

I - sistema tributário, arrecadação e distribuição de rendas;

II - plano plurianual, diretrizes orçamentárias, orçamento anual, operações de crédito, dívida pública e emissões de curso forçado;

III - fixação e modificação do efetivo das Forças Armadas;

IV - planos e programas nacionais, regionais e setoriais de desenvolvimento;

V - limites do território nacional, espaço aéreo e marítimo e bens do domínio da União;

VI - incorporação, subdivisão ou desmembramento de áreas de Territórios ou Estados, ouvidas as respectivas Assembléias Legislativas;

VII - transferência temporária da sede do Governo Federal;

VIII - concessão de anistia;

IX - organização administrativa, judiciária, do Ministério Público e da Defensoria Pública da União e dos Territórios e organização judiciária e do Ministério Público do Distrito Federal;(Redação dada pela Emenda Constitucional nº 69, de 2012) (Produção de efeito)

X – criação, transformação e extinção de cargos, empregos e funções públicas, observado o que estabelece o art. 84, VI, *b*; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 32, de 2001)

XI – criação e extinção de Ministérios e órgãos da administração pública; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 32, de 2001)

XII - telecomunicações e radiodifusão;

XIII - matéria financeira, cambial e monetária, instituições financeiras e suas operações;

XIV - moeda, seus limites de emissão, e montante da dívida mobiliária federal.

XV - fixação do subsídio dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, observado o que dispõem os arts. 39, § 4º; 150, II; 153, III; e 153, § 2º, I. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 41, 19.12.2003)

Art. 49. É da competência exclusiva do Congresso Nacional:

I - resolver definitivamente sobre tratados, acordos ou atos internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional;

II - autorizar o Presidente da República a declarar guerra, a celebrar a paz, a permitir que forças estrangeiras transitem pelo território nacional ou nele permaneçam temporariamente, ressalvados os casos previstos em lei complementar;

III - autorizar o Presidente e o Vice-Presidente da República a se ausentarem do País, quando a ausência exceder a quinze dias;

IV - aprovar o estado de defesa e a intervenção federal, autorizar o estado de sítio, ou suspender qualquer uma dessas medidas;

V - sustar os atos normativos do Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar ou dos limites de delegação legislativa;

VI - mudar temporariamente sua sede;

VII - fixar idêntico subsídio para os Deputados Federais e os Senadores, observado o que dispõem os arts. 37, XI, 39, § 4º, 150, II, 153, III, e 153, § 2º, I; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

VIII - fixar os subsídios do Presidente e do Vice-Presidente da República e dos Ministros de Estado, observado o que dispõem os arts. 37, XI, 39, § 4º, 150, II, 153, III, e 153, § 2º, I; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

IX - julgar anualmente as contas prestadas pelo Presidente da República e apreciar os relatórios sobre a execução dos planos de governo;

X - fiscalizar e controlar, diretamente, ou por qualquer de suas Casas, os atos do Poder Executivo, incluídos os da administração indireta;

XI - zelar pela preservação de sua competência legislativa em face da atribuição normativa dos outros Poderes;

XII - apreciar os atos de concessão e renovação de concessão de emissoras de rádio e televisão;

XIII - escolher dois terços dos membros do Tribunal de Contas da União;

XIV - aprovar iniciativas do Poder Executivo referentes a atividades nucleares;

XV - autorizar referendo e convocar plebiscito;

XVI - autorizar, em terras indígenas, a exploração e o aproveitamento de recursos hídricos e a pesquisa e lavra de riquezas minerais;

XVII - aprovar, previamente, a alienação ou concessão de terras públicas com área superior a dois mil e quinhentos hectares.

Art. 52. Compete privativamente ao Senado Federal:

I - processar e julgar o Presidente e o Vice-Presidente da República nos crimes de responsabilidade, bem como os Ministros de Estado e os Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica nos crimes da mesma natureza conexos com aqueles; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 23, de 02/09/99)

II processar e julgar os Ministros do Supremo Tribunal Federal, os membros do Conselho Nacional de Justiça e do Conselho Nacional do Ministério Público, o Procurador-Geral da República e o Advogado-Geral da União nos crimes de responsabilidade; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

III - aprovar previamente, por voto secreto, após arguição pública, a escolha de:

a) Magistrados, nos casos estabelecidos nesta Constituição;

b) Ministros do Tribunal de Contas da União indicados pelo Presidente da República;

c) Governador de Território;

d) Presidente e diretores do banco central;

e) Procurador-Geral da República;

f) titulares de outros cargos que a lei determinar;

IV - aprovar previamente, por voto secreto, após arguição em sessão secreta, a escolha dos chefes de missão diplomática de caráter permanente;

V - autorizar operações externas de natureza financeira, de interesse da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Territórios e dos Municípios;

VI - fixar, por proposta do Presidente da República, limites globais para o montante da dívida consolidada da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios;

VII - dispor sobre limites globais e condições para as operações de crédito externo e interno da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, de suas autarquias e demais entidades controladas pelo Poder Público federal;

VIII - dispor sobre limites e condições para a concessão de garantia da União em operações de crédito externo e interno;

IX - estabelecer limites globais e condições para o montante da dívida mobiliária dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios;

X - suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal;

XI - aprovar, por maioria absoluta e por voto secreto, a exoneração, de ofício, do Procurador-Geral da República antes do término de seu mandato;

XII - elaborar seu regimento interno;

XIII - dispor sobre sua organização, funcionamento, polícia, criação, transformação ou extinção dos cargos, empregos e funções de seus serviços, e a iniciativa de lei para fixação da respectiva remuneração, observados os parâmetros estabelecidos na lei de diretrizes orçamentárias; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

XIV - eleger membros do Conselho da República, nos termos do art. 89, VII.

XV - avaliar periodicamente a funcionalidade do Sistema Tributário Nacional, em sua estrutura e seus componentes, e o desempenho das administrações tributárias da União, dos Estados e do Distrito Federal e dos Municípios. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 42, de 19.12.2003)

Parágrafo único. Nos casos previstos nos incisos I e II, funcionará como Presidente o do Supremo Tribunal Federal, limitando-se a condenação, que somente será proferida por dois terços dos votos do Senado Federal, à perda do cargo, com inabilitação, por oito anos, para o exercício de função pública, sem prejuízo das demais sanções judiciais cabíveis.

Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República:

I - nomear e exonerar os Ministros de Estado;

II - exercer, com o auxílio dos Ministros de Estado, a direção superior da administração federal;

III - iniciar o processo legislativo, na forma e nos casos previstos nesta Constituição;

IV - sancionar, promulgar e fazer publicar as leis, bem como expedir decretos e regulamentos para sua fiel execução;

V - vetar projetos de lei, total ou parcialmente;

VI - dispor, mediante decreto, sobre: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 32, de 2001)

a) organização e funcionamento da administração federal, quando não implicar aumento de despesa nem criação ou extinção de órgãos públicos; (Incluída pela Emenda Constitucional nº 32, de 2001)

b) extinção de funções ou cargos públicos, quando vagos; (Incluída pela Emenda Constitucional nº 32, de 2001)

VII - manter relações com Estados estrangeiros e acreditar seus representantes diplomáticos;

VIII - celebrar tratados, convenções e atos internacionais, sujeitos a referendo do Congresso Nacional;

IX - decretar o estado de defesa e o estado de sítio;

X - decretar e executar a intervenção federal;

XI - remeter mensagem e plano de governo ao Congresso Nacional por ocasião da abertura da sessão legislativa, expondo a situação do País e solicitando as providências que julgar necessárias;

XII - conceder indulto e comutar penas, com audiência, se necessário, dos órgãos instituídos em lei;

XIII - exercer o comando supremo das Forças Armadas, nomear os Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica, promover seus oficiais-generais e nomeá-los para os cargos que lhes são privativos; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 23, de 02/09/99)

XIV - nomear, após aprovação pelo Senado Federal, os Ministros do Supremo Tribunal Federal e dos Tribunais Superiores, os Governadores de Territórios, o Procurador-Geral da República, o presidente e os diretores do banco central e outros servidores, quando determinado em lei;

XV - nomear, observado o disposto no art. 73, os Ministros do Tribunal de Contas da União;

XVI - nomear os magistrados, nos casos previstos nesta Constituição, e o Advogado-Geral da União;

XVII - nomear membros do Conselho da República, nos termos do art. 89, VII;

XVIII - convocar e presidir o Conselho da República e o Conselho de Defesa Nacional;

XIX - declarar guerra, no caso de agressão estrangeira, autorizado pelo Congresso Nacional ou referendado por ele, quando ocorrida no intervalo das sessões legislativas, e, nas mesmas condições, decretar, total ou parcialmente, a mobilização nacional;

XX - celebrar a paz, autorizado ou com o referendo do Congresso Nacional;

XXI - conferir condecorações e distinções honoríficas;

XXII - permitir, nos casos previstos em lei complementar, que forças estrangeiras transitem pelo território nacional ou nele permaneçam temporariamente;

XXIII - enviar ao Congresso Nacional o plano plurianual, o projeto de lei de diretrizes orçamentárias e as propostas de orçamento previstos nesta Constituição;

O terceiro critério estaria observado através de uma precisa aplicação do art. 5º, LIV¹¹¹ da Constituição Federal, ou seja, da devida observância do devido processo legal. O Estado-Juiz é inerte até que seja provocado através de uma ação (sentido amplo), que deflagra a sequência de atos processuais previamente previstos.

Assim, a interpretação/aplicação, não pode desprezar o devido processo legal e os procedimentos legais (constitucionalmente compatíveis) previstos no ordenamento jurídico, que servem para proteger o cidadão, na forma expressa do dispositivo constitucional acima, e não para a revelação da verdade ('real' ou 'formal').

A interpretação que ofende as garantias processuais, que não são meramente formais, mas direito essencial e garantia de proteção à dignidade da pessoa

XXIV - prestar, anualmente, ao Congresso Nacional, dentro de sessenta dias após a abertura da sessão legislativa, as contas referentes ao exercício anterior;

XXV - prover e extinguir os cargos públicos federais, na forma da lei;

XXVI - editar medidas provisórias com força de lei, nos termos do art. 62;

XXVII - exercer outras atribuições previstas nesta Constituição.

Parágrafo único. O Presidente da República poderá delegar as atribuições mencionadas nos incisos VI, XII e XXV, primeira parte, aos Ministros de Estado, ao Procurador-Geral da República ou ao Advogado-Geral da União, que observarão os limites traçados nas respectivas delegações.

Art. 96. Compete privativamente:

I - aos tribunais:

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

b) organizar suas secretarias e serviços auxiliares e os dos juízos que lhes forem vinculados, velando pelo exercício da atividade correicional respectiva;

c) prover, na forma prevista nesta Constituição, os cargos de juiz de carreira da respectiva jurisdição;

d) propor a criação de novas varas judiciárias;

e) prover, por concurso público de provas, ou de provas e títulos, obedecido o disposto no art. 169, parágrafo único, os cargos necessários à administração da Justiça, exceto os de confiança assim definidos em lei;

f) conceder licença, férias e outros afastamentos a seus membros e aos juízes e servidores que lhes forem imediatamente vinculados;

II - ao Supremo Tribunal Federal, aos Tribunais Superiores e aos Tribunais de Justiça propor ao Poder Legislativo respectivo, observado o disposto no art. 169:

a) a alteração do número de membros dos tribunais inferiores;

b) a criação e a extinção de cargos e a remuneração dos seus serviços auxiliares e dos juízos que lhes forem vinculados, bem como a fixação do subsídio de seus membros e dos juízes, inclusive dos tribunais inferiores, onde houver; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 41, 19.12.2003)

c) a criação ou extinção dos tribunais inferiores;

d) a alteração da organização e da divisão judiciárias;

III - aos Tribunais de Justiça julgar os juízes estaduais e do Distrito Federal e Territórios, bem como os membros do Ministério Público, nos crimes comuns e de responsabilidade, ressalvada a competência da Justiça Eleitoral.

¹¹¹ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;

humana, devem ser rechaçadas, porque incompatíveis com a Constituição. É despidendo se alongar para dizer que a exigência de um Juiz imparcial e o respeito ao sistema acusatório fazem parte da garantia do *due process of law*. O Juiz não produz prova, mas a analisa, não pode buscar fatos extraprocessuais para uma conclusão ou outra e nem presumir que eles existam por conta de um ou outro fato processual.

O quarto critério, a fundamentação da decisão, é exigência expressa do art. 93, IX, da Constituição Federal. Mas, não se trata de qualquer fundamentação. Como afirmado anteriormente, o Direito, a Constituição, não podem ser tratados como um álibi para a aplicação de convicções pessoais, como um instrumento de justificativa da vontade do julgador. Deve, a fundamentação, necessariamente preceder a conclusão da decisão. Fundamenta-se antes de decidir e a fundamentação deve sempre ser constitucional ou constitucionalmente adequada e integralmente justificada (STRECK, 2013).

Não existe um “princípio da intervenção mínima” do direito constitucional ou da Constituição. Toda decisão deve partir da Constituição e a ela ser adequada. É um direito fundamental do cidadão, esculpido no art. 93, IX¹¹² da Constituição Federal. É exatamente aqui, nesse ponto, que se reconheceria a inconstitucionalidade da interpretação teleológica.

Como quinto critério, o intérprete deve observar o texto legal interpretado no seu sentido mesmo, sem criacionismo, dentro do ordenamento jurídico, ignorando conclusões subjetivistas, mas buscando na doutrina o entendimento dos estudiosos sobre o tema, e na jurisprudência, no entendimento que os Tribunais Superiores e “locais”, mas sem se prender a tais “precedentes”, posto que tais julgados devem primeiro se enquadrar nos critérios anteriores, pois a Constituição é mais forte.

Ao final, o intérprete deve verificar se a conclusão da interpretação dada ofende, de alguma forma, a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, Constituição

¹¹² Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios: [...]

IX - todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

Federal¹¹³), ou se ofende o princípio da moralidade, inserido no art. 37, *caput* da Constituição Federal¹¹⁴), posto que não pode haver, no Estado Democrático de Direito, ‘ato legal, mas imoral ou injusto’, quando nossa Constituição exige o respeito à moralidade e a probidade e determina como seus objetivos a construção de uma sociedade justa¹¹⁵.

Não há aqui qualquer tentativa de autoengano em concluir afirmando que todo este roteiro hermenêutico poderia ser resumido na obediência necessária a um só artigo da Constituição, o seu art. 1º, *caput*, ou seja, o respeito ao Estado Democrático de Direito, mas o que se vivencia principalmente na militância Advocatícia na Justiça Eleitoral é a necessidade de se adotar esse caminho para que se evitem decisões como as que foram estudadas neste trabalho, que não se coadunam com o Direito contemporâneo.

Esses julgados que desconsideram a hermenêutica em sua forma mais adequada a contemporaneidade leva a necessidade da análise de tal postura do Judiciário Eleitoral, que é apresentada e investigada neste estudo. Por isso, é imperioso se verificar a forma de interpretação utilizada na aplicação do direito para que se tente demonstrar onde residem os equívocos e quais as soluções trazidas por esse movimento de crítica (ou nova crítica) ao direito para a correção das decisões judiciais.

¹¹³ Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...]
III - a dignidade da pessoa humana;

¹¹⁴ Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

¹¹⁵ Art. 3º, I, da Constituição Federal.

6 CONCLUSÃO

Verificou-se, com este estudo, que a formação da Justiça Eleitoral Brasileira se deu a partir dos problemas históricos enfrentados no país para se realizar a escolha dos representantes políticos no Brasil. A parcela da história nacional trazida na primeira parte deste trabalho demonstra que as características sociais, políticas e jurídicas do país, na época do processo de criação da Justiça Eleitoral, se refletiram na consolidação deste importante ramo da Justiça Pátria.

A formação cultural brasileira, fora dos centros urbanos, com raízes rurais, refletiram na criação da Justiça Eleitoral, na necessidade da criação de um ramo do Poder Judiciário para se buscar dar legitimidade à escolha dos representantes populares no Brasil, pois a história demonstra que a forma em que se davam essas escolhas por aqui não era nada republicana.

Até mesmo porque o que se tinha no Brasil até a primeira metade do século XIX era algo que não se podia chamar de Estado, até mesmo porque o Estado português era algo diferente do resto da Europa, fato que levou a colonização brasileira guardar certa distância de outras que se deram sob o manto de outras potências europeias.

Enquanto os outros países europeus desenvolviam colonizações que visavam instalar um prolongamento do Estado que existia na sua sede, em Portugal o que aconteceu foi um processo que visava retirar dependentes da coroa do seu amplo raio de atuação, mas os portugueses ao empreenderem seu plano não dotavam quem saía de um mínimo de estrutura, isso amarrou o desenvolvimento do Brasil - Colônia.

Por isso os fazendeiros escravocratas dominavam toda a cena política através de seus descendentes, todos formados em profissões liberais, monopolizando as posições de mando da sociedade e plantando a sua mentalidade nas instituições que se formavam dentro desse domínio que, já no século XIX, passou a ser muito contestado, pois as modificações econômicas e sociais que se deram nesse século levaram a uma superação, até certo ponto rápida, da velha herança colonial e rural.

Os questionamentos foram fruto da necessidade de mudanças organizacionais na sociedade para que se acobertassem as demandas que advinham dos avanços econômicos, ao mesmo tempo estruturas como os engenhos

ainda eram tidas como importantíssimas no que tange a representação e a participação política, o que levou, até pela forma como essas estruturas eram organizadas, a uma mistura entre o público e o privado, entre os interesses econômicos e políticos, e, conseqüentemente, fez com que esses grupos que ocupavam o poder se utilizassem de todos os meios imagináveis para se perpetuarem no poder, em suas diversas esferas.

Nessa realidade se destacou o Coronelismo, movimento que aliava a dependência econômica de certos líderes rurais a um domínio político, que incluía a realização de toda sorte de fraudes eleitorais para permitir que os seus aliados se perpetuassem no poder, mas esse tipo de situação não se coadunava com a Democracia, com a República.

Por isso se registrou na primeira metade no Século XX que figuras proeminentes da República começaram a se manifestar no sentido de se organizar uma estrutura estatal para cuidar do processo de escolha dos representantes políticos no Brasil.

Isso porque a população, de um modo geral, estava cansada de uma classe política, que ao mesmo tempo em que lhes cerceava vários direitos fundamentais, não lhes representava. Por isso é possível afirmar que as mudanças surgidas no Brasil nesse período foram frutos de uma hipercomplexidade do quadro social, que trouxe à tona a necessidade de revisão da distribuição do poder, vez que o que existia até então era sinal de que a estrutura de Estado no Brasil carecia de mudanças.

Essas modificações podem ser pontuadas melhor a partir da explosão do movimento sulista liderado por Assis Brasil. Naquela quadra histórica Getúlio Vargas promulga o Código Eleitoral, que cria a Justiça Eleitoral, tanto em respeito a um acordo feito previamente com o próprio Assis Brasil, em troca de apoio no golpe de 1930, quanto pelo fato de saber que a política chegara a um ponto insustentável, pois as fraudes eleitorais não tinham freio, tendo ele visto a necessidade do Judiciário controlar e reger o processo de escolha dos representantes políticos, além de ter pensado em agradar as classes populares e prevenir, claro, novas tentativas de golpes.

Por isso, fica claro, pela análise histórica empreendida no trabalho, desde o estudo de toda a história do voto no país até a citada criação da Justiça Eleitoral por Decreto-Lei por Getúlio Vargas, que houve uma grande influência política na criação

deste ramo da Justiça pátria, a partir de grandes figuras públicas, tendo destaque, como dito acima, a atuação de Joaquim Francisco de Assis Brasil, que defendeu de maneira intransigente a criação de uma Justiça Eleitoral no país, já que sofrera bastante com fraudes eleitorais nas suas tentativas de ascender ao governo gaúcho no início da primeira metade do século XX, quando não conseguira superar Borges de Medeiros, que, quando da sua quinta eleição para o cargo de Governador do Rio Grande do Sul, conseguiu derrotar Assis Brasil se utilizando de uma infinidade de fraudes na disputa eleitoral.

A partir desse fato, Assis Brasil liderou a Revolução de 1923 com o objetivo de chamar a atenção do então Presidente Artur Bernardes que teria que intervir na ocupação do cargo por Borges de Medeiros, mas, mesmo não conseguindo seu intento, Assis Brasil conseguiu um entendimento para por fim a essa revolução, o Pacto de Pedras Altas, que permitiu a continuidade de Borges de Medeiros no governo gaúcho até 1928, para que depois o mesmo passasse o seu lugar para Getúlio Vargas, que, como visto, ascendera a Presidente da República através de um golpe, também estimulado pelo sentimento de impotência em relação às fraudes eleitorais na escolha do cargo de Presidente da República e rendeu frutos em 1932, vez que no acordo entre Assis Brasil e Getúlio surge, como dito, o Código Eleitoral e a Justiça Eleitoral.

Esse fato histórico é muito importante, pois a Justiça Eleitoral, com a previsão de sua organização, bem como seus órgãos de julgamentos, passa a figurar em todos os textos constitucionais até os dias de hoje, porém a concepção, os conceitos, e os paradigmas dessa Justiça passaram muitos anos engessados.

Só se registra significativas modificações a partir da Constituição de 1988, através das legislações produzidas deste marco legal em diante, com destaque para a Lei das Inelegibilidades (Lei Complementar 64/90) e suas atualizações, tal como a Lei da Ficha Limpa (Lei Complementar 135/10), além das Leis Gerais das Eleições que aprovavam pleito após pleito no país até a Lei 9.504/97, que teve também significativas atualizações ao longo dos anos.

A mudança de paradigma da Justiça Eleitoral no tocante a sua atuação jurisdicional, porém é que deveria ter despertado maior preocupação da comunidade jurídica, porém assim não ocorreu, e a sanha de alguns pela solução de problemas pontuais da Democracia brasileira, se transformaram em desrespeito a Constituição Federal.

Isso pode ser dito, porque, atualmente, o que se registra é o fato dos Tribunais Eleitorais pátrios que fazem a Justiça Eleitoral, bem como a nossa Corte Suprema, embora tentem ser adeptos de práticas mais contemporâneas no seu âmbito administrativo, não se esforçarem para que essa obsessão para com a busca de avanços tecnológicos também se desse na sua atividade jurisdicional.

É perfeitamente perceptível que essa Justiça Especializada está padecendo dos mesmos problemas das outras áreas da Justiça brasileira (o ativismo e o solipsismo decorrentes da interpretação teleológica). O que se assiste, segundo propaganda da própria Justiça Eleitoral, é que o Brasil tem o 'sistema' de votação mais seguro e rápido do mundo, mas na atuação jurisdicional, em termos de interpretação/aplicação da legislação eleitoral, ainda há um apego a um passado que não se adéqua a um sistema democrático como o vivido hoje no Brasil.

Detectou-se, neste trabalho, que esta opção por esse método interpretativo deixa de lado a observância do que se tem de melhor no que tange a interpretação de normas no direito, que seria a hermenêutica constitucional, não há apego, principalmente pelos intérpretes da Justiça Eleitoral, a utilização dos conhecimentos hermenêuticos que a contemporaneidade trouxe para a ciência jurídica. Infelizmente essa postura de se esquecer da hermenêutica na atuação jurisdicional do Poder Judiciário, no caso o Eleitoral, conflita com a evolução da ciência hermenêutica no decorrer dos séculos.

A história mostra que se transpassou de uma hermenêutica eminentemente teleológica para um estudo jurídico da interpretação, superou-se o jus naturalismo e atualmente já se fala em pós-positivismo, avançando século a século, para desaguar num paradoxo (in)constitucional dos dias atuais: A Constituição limita os poderes do Estado, lhe exige atuação na satisfação dos direitos sociais, mas a atuação jurisdicional aparece, na prática cotidiana dos Tribunais, livre de qualquer estrutura normatizada-organizada, onde a figura do Juiz, e não a Constituição, parece ser o grande protagonista do Estado Democrático de Direito, posto que é aquele, o julgador, que dá os limites da Constituição, e não o contrário.

Esses acontecimentos registrados na Justiça Eleitoral demonstram que a doutrina ou a ciência que estuda a jurisdição, os seus limites e a atuação dos seus atores dentro da mesma, parece estar estagnada, atrasada dois séculos, com bases em premissas individualistas e conceitos pré-constitucionais, investindo em bancar decisões que andam longe de estarem adequadas à Constituição, que desprezam o

sistema do ordenamento jurídico pátrio e ofendem diretamente o texto constitucional, como é o caso daquelas que se valem da interpretação teleológica.

Não há como se ter qualquer tipo de interpretação no direito que não repare nos limites constitucionais impostos. É certo que haja finalidade no direito e que a mesma até possa ser perseguida, mas, como dito, dentro da estrutura e limites constitucionalmente impostos. Ela não tem que ser desvendada, mas reconhecida a partir da produção legislativa dentro do sistema constitucional em que se insere.

Este trabalho aponta que há uma necessidade de uma mudança de visão quanto à forma em que se encara a função jurisdicional do estado, pois a mesma deve ser desenvolvida através de estudos e com o mesmo rigor científico que as demais, não é possível aceitar o exercício da jurisdição como atualmente vem se registrando no Brasil, onde muitos Magistrados entendem que são detentores do poder de ditar o Direito, criar o Direito e fazer dele aquilo que acha melhor, entende que determinar o que é o direito de acordo com o seu entendimento pessoal é o melhor Direito.

Isso está levando a uma crise de identidade jurídica no Brasil, onde uma mesma lei, um mesmo dispositivo legal encontra diferentes formas de aplicação, diferentes significados e alcances, sem limites, mas em nenhuma dessas situações representa o sentido do texto normativo apreciado pelo intérprete.

Isso é um problema que está passando despercebido pela comunidade acadêmica jurídica, mesmo com a interpretação teleológica deixando de lado a verdade, a reconstrução da realidade, e tentando encontrar o sentido do intérprete e não se apegando ao que realmente diz o dispositivo da norma, muito menos leva em consideração premissas constitucionais, gerando uma situação que pode não realizar a justiça, como foi visto nesse trabalho na análise de alguns casos concretos.

Infelizmente, este trabalho identificou o uso desse método de interpretação que não se desenvolveu em um ambiente constitucional, muito menos para um ambiente democrático e constitucional. O que se verificou, a partir da pesquisa aqui empreendida, foi o registro no cotidiano da Justiça Eleitoral brasileira da possibilidade do uso de uma interpretação teleológica, finalista, discricionária, aberta, conforme a consciência de um Juiz.

Esse tipo de atuação jurisdicional passa a ser mais notada quando em casos que envolvem a Lei das Inelegibilidades (Lei Complementar 64/90), que permite

grande abertura hermenêutica através do seu art. 23, alvo de muita atenção deste trabalho, mas que caso houvesse no Brasil um respeito maior, um conhecimento devido da hermenêutica contemporânea, não se teria tantos registros de julgamentos desconexos com a Constituição Federal na Justiça Eleitoral.

Mesmo com a liberdade que a ausência de uma Teoria de Base que vise orientar o intérprete na hora de uma decisão judicial, por exemplo, traz não há como se justificar que escolhas de métodos interpretativos levem a desconsideração da Constituição Federal.

Na busca de uma adequada defesa dos Direitos Fundamentais e na mudança de paradigma, após a segunda Guerra Mundial, que trouxe os Direitos Humanos (o indivíduo) para o centro das questões jurídicas, o ativismo judicial foi encontrando um largo campo de atuação, não sendo diferente na Justiça Eleitoral com a mudança de paradigma que teve através das modificações legislativas aqui já discorridas. Notou-se que com o advento da Constituição cidadã, no Brasil importou-se teorias (bases teóricas) de forma equivocada (apressada), algo não muito incomum no ambiente jurídico brasileiro.

Na seara eleitoral, essa ocorrência se nota de maneira acentuada, pois o que se encontrou nos registros dos julgados pesquisados foram atuações de Juízes desconsiderando a interpretação hermenêutica hodierna, embora isso não devesse ser algo comum, pois tal comportamento é que leva a decisões ativistas e que desconsideram muitas vezes a legislação constitucional e infraconstitucional existente no país.

O que se identificou na Justiça Eleitoral foi um avanço para um campo além da subsunção, dando-se um salto para o arbítrio. Daí se registrou o que se chama de pamprincipiologismo, um campo fértil para o desenvolvimento de arbítrios judiciais, demonstrando certo conforto do Poder Judiciário com o protagonismo judicial que vem se destacando no Brasil, principalmente na Justiça Eleitoral, que chama, muitas vezes, mais atenção do que outros ramos da Justiça, principalmente pelo fato de se registrar constantes mudanças de posicionamento em relação a julgamento de matérias com fácil enquadramento legal.

Ficou registrado com esta pesquisa que a Justiça Eleitoral pratica um ativismo judicial com contornos bem brasileiros, algo preocupante, mormente em razão da existência de um apego às técnicas de interpretação que levam discricionariedade

às decisões judiciais e que podem deslegitimar o principal instrumento de exercício da cidadania que é o voto.

As formas de interpretação estudadas priorizam a concretização de textos legais através de princípios, que são transformados em normas, não se podendo depender de uma subjetividade assujeitadora, como se os sentidos a serem atribuídos fossem fruto da vontade do intérprete, pois interpretação não é ato de vontade. Por isso, verificou-se que é extremamente danoso ao sistema jurídico o Poder Legislativo entregar a realização do direito a um julgamento por presunção, como fez o referido Poder, ao aprovar o já citado o art. 23 da Lei Complementar 64/90.

É inegável, portanto, o esquecimento ou a não recepção da hermenêutica contemporânea na Justiça Eleitoral, calcada na *linguistic turn* e no círculo hermenêutico, onde a filosofia (necessária) se apresenta como qualificadora, por um *déficit* do Direito pátrio em incorporar os movimentos contemporâneos de compreensão do Direito desenvolvidos a partir de modelos constitucionais.

Para se melhorar a qualidade das decisões judiciais, no que tange ao quesito adequação a Constituição Federal, se faz necessário que a concepção contemporânea a respeito da interpretação nas ciências jurídicas, obtida através do estudo da hermenêutica, seja aceita pelos responsáveis pelas decisões judiciais, pois se trata de uma nova concepção quanto à constituição do sentido das normas jurídicas e do direito.

Por isso se apegar a métodos para realizar o direito é algo extremamente perigoso, pois essas formas de interpretar não se adéquam às necessidades que um texto constitucional impõe ao processo interpretativo, visto que o advento da Constituição Federal transforma o processo interpretativo de algo metodológico científico para uma acontecer ontológico, de maneira a aproximar o ser intérprete do seu tempo.

Essa aproximação que o intérprete deve ter pode ser facilitada pelo conhecimento dos ensinamentos que trazem a Hermenêutica Filosófica enquanto ciência, mormente através do estudo da obra de do filósofo Hans-Georg Gadamer, que buscou libertar a verdade das amarras da metodologia científica e romper com o pensamento de que as ciências humanas e a filosofia se apresentam de forma puramente arbitrária e subjetivista, ou seja, um rompimento com a filosofia da consciência.

Não há, a partir dos ensinamentos desse autor, como se vincular o processo de compreensão e interpretação de textos a um método científico, ou a alguns métodos, pois a forma de encontrar um caminho para a obtenção do conhecimento e da solução de contendas não pode ser algo engessado ou subjetivo.

Por isso os intérpretes devem se ater mais à linguagem enquanto elemento formador das suas opiniões, principalmente quando decidem pelo direito de uma pessoa, pois estão intimamente ligados à linguagem que manuseiam e utilizam, pois todo o ato de pensar se agita no seio da linguagem e proporciona experiências de compreensão sobre o mundo aos intérpretes, de forma que sem a linguagem não há condições de o acontecer hermenêutico se realizar, por isso que a mesma deve ser encarada como condição de possibilidade para que um correto ato de interpretar se desenvolva.

De sorte que os intérpretes devem tem que se basear no fato de que compreender é interpretar, sendo que para haver compreensão o intérprete deve se inserir dentro do seu contexto temporal e considerar que a linguagem passa a ser o elemento de conexão que liga o conteúdo internalizado do intérprete com o conhecimento a ser aplicado no processo interpretativo, não mais podendo ser considerado como algo irrelevante nesse contexto.

Devem os intérpretes responsáveis por decisões judiciais também atentarem para a escrita contida nas normas jurídicas, respeitando o seu limite, pois a escrita faz com que a linguagem alcance o intérprete de maneira íntima. Por isso esses profissionais responsáveis pela definição de direitos no âmbito judicial podem desenvolver melhor os seus respectivos papéis caso se ambientem com a mudança ocorrida no âmbito da hermenêutica, que é giro ontológico-linguístico.

Trata-se da ruptura com a filosofia da consciência por parte dos responsáveis por exarar as decisões judiciais, do reconhecimento de que a metafísica, que seria a ontologia, é algo necessário para o entendimento do ser, do próprio intérprete, pois o conhecimento passa a ter ligação intrínseca com a linguagem, que é a real responsável por descortinar o mundo, não sendo mais o sujeito intérprete o responsável pelo protagonismo do conhecimento, mas sim a linguagem, como dito anteriormente, enquanto pressuposto da compreensão humana, que passa a fazer parte da dimensão ontológica e a integrar o que se chama de círculo hermenêutico-ontológico.

Deve o intérprete tomar conhecimento da viragem ontológico-linguística, pois se trata de algo que definitivamente alterou toda a noção de conhecimento, não havendo como se fazer interpretações adequadas com noções antigas a respeito da formação do conhecimento, como muito se vê nos Tribunais brasileiros.

Não há como se admitir mais que casos postos para serem resolvidos pelo Poder Judiciário se dissolvam apenas com a subsunção do caso a norma, com a utilização de uma lógica que se extrai das normas gerais do direito, pois em um ambiente constitucional não há que se falar em normas gerais, muito menos em métodos de interpretação que levam em consideração a finalidade da norma, como o teleológico, cuja história, discorrida neste trabalho, demonstra que nada tem de íntimo com um sistema constitucional, mas é muito utilizado pelos Tribunais no Brasil, com destaque para os Eleitorais quando da resolução de casos que envolvem a Lei das Inelegibilidades (Lei Complementar 64/90), de forma a privilegiar julgamentos parciais e subjetivos.

Não há como se adaptar à busca de fins para o direito, porque a Lei não tem um fim, ela não acaba a sua finalidade não está escondida, a sua consciência não está perdida por aí, não se tropeça no ponto final da norma, muito menos se pode precisar de maneira objetiva o que intenta a norma, que não é ente, muito menos o legislador que a fez, pois no momento em que a norma faz parte de um sistema, não há como retirá-la dessa realidade.

A busca pela finalidade da norma permite a participação do intérprete de maneira ativa na criação do direito, gerando uma expectativa muito maior em relação ao Poder Judiciário, que com o seu uso pode conviver com verdadeiras deformações do texto normativo da maneira que o julgador bem entender como demonstrou o estudo de casos empreendido neste trabalho, que registrou a larga utilização desse método de interpretação e as tendências criacionistas que o acompanham, destacando-se a padronização desse tipo de postura que foi possível encontrar na análise desses casos.

Essa ausência de horizontes de possibilidades é que assola o direito brasileiro hodiernamente, fruto da desconsideração da mudança do panorama hermenêutico, que se manifesta, em uma de suas facetas, com a aplicação da interpretação da citada teleológica concebida no e para o século passado.

Assim, é importante reconhecer que as posturas analisadas neste trabalho prejudicam a realização do Direito, principalmente na seara eleitoral, pois a

utilização dessa postura marginaliza, muitas vezes, o texto da Lei e, até mesmo, o disposto na Constituição Federal, por isso a postura dos julgadores merecer ser repensada.

É verdade que não há um sujeito absolutamente imparcial, amoral e completamente objetivista, nem se exige que o Juiz ponha de lado, completamente, tudo o que adquiriu na sua formação pessoal, mas o que não se admite, o que o Estado Democrático de Direito refuta, é que tais convicções e “valores” sejam definitivos no ato de decidir, julgando-se, por exemplo, por presunção, como permitido pelo art. 23 da Lei das Inelegibilidades.

O que se busca é que a forma de interpretar, dos julgadores, não seja algo que seja feito a partir do seu próprio critério, vez que em sistema constitucional como o que se tem no Brasil, não há como se dizer que o Juiz tem a liberdade de decidir com base em sua consciência, pois isso causa um problema de insegurança jurídica crônica.

Por outro lado, a utilização do método teleológico, por exemplo, não guarda compasso com a Constituição Federal, com um sistema constitucional de um Estado Democrático de Direito, como o vivido no Brasil, valendo a crítica quanto à utilização de uma Lei para orientar a interpretação de normas, a Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro, pois essa Lei dá vazão a utilização da interpretação teleológica, de forma que vai de encontro direto com o texto constitucional, pois se trata de um retrocesso diante do constitucionalismo contemporâneo, do fortalecimento de princípios constitucionais do Poder Judiciário.

Normas como essa conferem cláusulas abertas à interpretação do Direito e enfraquecem a atuação do intérprete, que passa a buscar justificativas no fim da Lei para suas posições pessoais, na prática de verdadeiros atos de ativismo judicial, no caso do Brasil, com contornos bem característicos, como já dito anteriormente.

A partir dessa premissa, este trabalho demonstra que é possível a adoção de medidas, por parte dos julgadores, para melhorarem a sua atuação jurisdicional, sendo adequado o uso da hermenêutica filosófica, que repudia a existência de métodos ou supra métodos (pré)definidos, cuja escolha já revela de antemão a decisão antes da fundamentação. A arbitrariedade já está presente nessa escolha, e junto com ela a insegurança, sem que haja uma espécie de padrão, uma criteriologia.

Assim, se a escolha do método é subjetivo, o que define o método do método? Porque em um caso se aplica a interpretação teleológica e em outro não? Quando se deve atender a 'letra' da lei e quando lhe dá uma interpretação sistemática?

As respostas dessas perguntas, a partir de uma análise constitucional, são indefinidas, não levam a lugares certos. Não pode o jurisdicionado, o candidato eleito democraticamente, ou qualquer outro sujeito à Jurisdição eleitoral ficar sujeito a essa insegurança.

Daí se verifica que o ponto crucial da questão de se saber 'como se interpreta/aplica a lei', localiza-se no sujeito da contemporaneidade, da subjetividade assujeitadora, que é o objeto da ruptura ocorrida há algum tempo no campo da filosofia pelo giro ontológico-linguístico e que não foi recepcionado pelo Direito no Brasil, muito menos na nossa Justiça Eleitoral, como foi dito de maneira mais contundente anteriormente.

Necessário se faz romper com a utilização inadequada de Teorias externas erroneamente adotadas no Brasil, que levaram ao abuso do decisionismo nos Tribunais, com citações e utilizações inadequadas até do neoconstitucionalismo contemporâneo, citado por alguns que se justificam afirmando tentar, com isso, superar do positivismo, tentando casar constitucionalismo com decisões fundamentadas em posições pessoais de julgadores.

Por isso é importante à posição defendida neste trabalho de que o neoconstitucionalismo precisa ser superado no Brasil também, se construindo uma doutrina séria de respeito à Constituição Federal e a sua força normativa, pois não se pode conviver com Juízes, dentro de um direito de tradição romano-germânico, como o brasileiro, que entendem ter poderes de legislador positivo através do uso de sua discricionariedade que busca um protagonismo inadequado ao ambiente constitucional vivido no Brasil.

É cediço que o trabalho a ser empreendido não é simples, pois se libertar de uma carga conceitual construída com anos de culto ao positivismo não é fácil, mas há de se buscar soluções para o pior mal dessa adoração positivista, oferecendo-se uma saída para a concretização dos direitos na forma preconizada pela Constituição Federal, trabalhando pelo fortalecimento da normatividade dos dispositivos constitucionais e por uma blindagem contra a discricionariedade e o ativismo judicial brasileiro, levando-se a sério o texto normativo constitucional de 1988.

Por isso, a identificação, por parte da pesquisa feita neste trabalho, se fez importante, visto restou demonstrado que os Tribunais não seguem sequer um padrão dentro de sua própria forma de julgar, ainda que essas maneiras de julgar não se adéquem à Constituição Federal, não se adota qualquer tipo de critério na aplicação da lei, na resolução dos casos, não há registro de que haja uma criteriológica adequada à contemporaneidade.

Ora, pelos julgados analisados nesse trabalho, se percebe que a aplicação do texto normativo ora é restringida, ora é ampliada, sem a menor fundamentação plausível, ofendendo de imediato a Constituição Federal, art. 93, IX, e desrespeitando o direito fundamental do cidadão em ter uma resposta jurisdicional constitucionalmente adequada.

A ignorância ou omissão na observância e aplicação da Constituição, suas regras e princípios, é muito cara a sociedade atual. Hodiernamente, se vive nas Cortes pátrias, com destaque para os Tribunais Superiores, uma espécie de “princípio” da intervenção mínima do Direito Constitucional ou da Constituição Federal, sendo que, em verdade, toda a decisão judicial, deve partir e ser adequada à Constituição Federal.

Por isso, a importância da hermenêutica filosófica com os devidos acréscimos doutrinários da crítica hermenêutica do Direito, proposta por Streck, que se perfaz através de espaços nos quais se pode pensar uma teoria da decisão judicial, através do estabelecimento de um direito fundamental a resposta adequada ao texto constitucional, pois é dever dos juízes fundamentarem suas decisões, e não buscarem a finalidade das normas em sua atuação, sob pena de serem decisões não democráticas e nulas de pleno direito, pois decidir, interpretar, não é sinônimo de escolher, mas de aplicar o sentido correto da norma, conforme os contornos constitucionais.

O Estado Democrático de Direito, inserto no art. 1º, *caput* da Constituição Federal, já diz muito sobre esse tema, exige como se deve agir: respeitando, primeiramente a Constituição, a divisão (harmônica) dos poderes, com suas regras de competência expressamente definidas, os direitos fundamentais e o obedecer às regras infraconstitucionais, quando adequadas à Constituição.

É importante que haja algo que auxilie o julgador a estruturar sua interpretação até chegar a uma melhor resposta adequada constitucionalmente àquilo que lhes são postos, de forma que se possa discutir as possibilidades

democráticas, sem que isso signifique a diminuição do papel da Jurisdição, sendo que as matrizes para tanto estão postas na teoria proposta por Lenio Streck, aqui já citada e o instrumento que se desenvolveu e se propõe neste trabalho é a adoção de um roteiro hermenêutico.

Essa ferramenta pode ser preciosa para os responsáveis por proferir decisões judiciais, pois sempre que o Juiz tenta inovar, colocando o seu “ponto de vista pessoal”, a tendência de se ter uma decisão desamparada de base constitucional é enorme, tal como se percebeu nas decisões analisadas neste estudo, porém, por vezes, a aplicação hermenêutica correta só depende de se fazer o trivial.

Prova disso é o resultado dos julgados colacionados neste estudo, os quais demonstram que, muitas vezes, fazer o simples é fazer uma hermenêutica pura, elevando a justiça, mesmo que o intérprete nem esteja atento a isso; colocando a Constituição em primeiro lugar, ao invés das suas impressões pessoais, enquanto que buscar sentido em algo que não está no texto é um risco e constantemente apresenta distorções de sentido e atrapalha na realização da justiça.

Por isso satisfatoriamente comprovadas estão as hipóteses apresentadas nesse estudo, pelas quais a interpretação teleológica leva a conclusões subjetivas e sem critérios, ofendendo a segurança jurídica e o Estado Democrático de Direito, ante a falta de critérios de julgamento e desrespeito à competência constitucional típica do Poder Legislativo, sendo necessário se adotar no âmbito da justiça eleitoral uma conduta que privilegie respostas mais adequadas a Constituição Federal, para tanto se propôs aqui um roteiro hermenêutico.

Ao se perceber que fazendo o simples se chega a um resultado que exclui as impressões pessoais e homenageia a segurança jurídica, a realização da justiça e, portanto, aos jurisdicionados, verifica-se que é possível sim mudar essa tendência que está posta hoje, bastando a defesa e aplicação do que há de mais contemporâneo no direito em termos de interpretação/aplicação, rompendo com formas antigas e ultrapassadas de interpretar.

É importante, assim, observar e reconhecer a necessidade de revisar os critérios de julgamento de nossas Cortes, quando as mesmas se propõe a apresenta-los, bem como dos Magistrados de primeira instância, descobrindo a hermenêutica enquanto ciência que se melhora com o passar do tempo, para que o direito construído, a partir do constitucionalismo contemporâneo, seja desvelado.

Há de se aceitar, pelos intérpretes julgadores, a virada hermenêutica, respeitando de maneira sacral os dispositivos constitucionais, apresentando argumentos sólidos e objetivos, fundamentados (constitucionalmente), tecendo o caminho para a decisão mais acertada, ou mais adequada, dentro da aplicação do direito, do ponto de vista constitucional, ao caso.

Mas as críticas nunca vem (ou deveriam vir) desacompanhadas de uma solução, ou de uma busca racional para o melhoramento do objeto desafiado, no caso o “sistema” ou a forma de decisão com aplicação de recursos hermenêuticos de dois séculos atrás (interpretação teleológica).

Por isso, se apresenta o que seria um roteiro hermenêutico, que, obedecendo a todo o fundamento filosófico, mormente o heideggeriano e gadameriano, com as contribuições da doutrina nacional, visa se colocar como uma ferramenta que auxilia o julgador a proferir decisões que possam ter critérios e serem adequadas à Constituição Federal, com o fito de levar segurança jurídica aos jurisdicionados. O uso dessa ferramenta, desenvolvida neste trabalho, exclui, repele, o subjetivismo e a simplificação do direito, trazendo uma “missão” para o julgador, que é a de colocar sua decisão com os necessários fundamentos e limites constitucionalmente expressos.

Não se trata aqui de idealização de um caminho que estaria implícito no texto constitucional, ou que seria a vontade do constituinte, muito menos de amarrar a atuação do intérprete, mas o estabelecimento de uma trilha (ou trilho) segura(o) e constitucionalmente fundamentada nos art. 2º, 5º, LIV e 93, IX (dentre outros) da Constituição Federal brasileira.

Por isso, este trabalho está propondo um roteiro que se abre e se fecha na Constituição Federal, perfazendo um círculo, que, com o uso do roteiro citado, enquanto ferramenta de trabalho pra os intérpretes Juízes que entendam como necessário desenvolver seu *mister* com apego irrestrito à Constituição Federal, ante a impossibilidade, dentro de uma visão constitucional contemporânea, de haver qualquer decisão judicial que possa ignorar a base do ordenamento jurídico pátrio, ou que entenda o respeito a Constituição como desnecessário.

Não se trata de método para os intérpretes julgadores, o que se propõe é a apuração da técnica de julgar para que os julgados possam ser cada vez mais adequados a Constituição Federal, por isso o roteiro hermenêutico proposto tem seis critérios básicos: verificar se a norma a ser aplicada é compatível com a

constituição, observar se a interpretação/aplicação proposta ofende o art. 2º, da Constituição Federal (independência dos poderes), verificar se há observância do caso concreto com o art. 5º, LIV da Constituição Federal (devido processo legal), fundamentar a decisão conforme o art. 93, IX do mesmo texto, antes de decidir, sem criacionismos e verificar se a conclusão da interpretação dada ofende de alguma forma a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da Constituição Federal), ou o princípio da moralidade, inserido no art. 37, *caput* da Constituição Federal, que demonstra estar a moral dentro do Direito e não o contrário.

Seria esse, assim, um roteiro hermenêutico, com critérios bem definidos, um caminho para a aplicação e o reconhecimento da hermenêutica contemporânea. Algo calcado no respeito à Constituição e na segurança de uma resposta adequada, sem relativismo, solipsismo ou ponderação, que, como comprovado retro, são meros instrumentos, no Judiciário brasileiro, para o pragmatismo e arbitrariedade do julgador.

Caso o julgador intérprete observe esse roteiro hermenêutico certamente estaria estabelecendo as bases para possibilitar o alcance de uma situação que reflita melhor o contexto hodierno do Direito como um todo em sua decisão, não podendo ser diferente na Justiça Eleitoral, responsável por tomar decisões tão delicadas, como a cassação de um mandato eletivo, gerando, a suspensão de direitos políticos, a aplicação de elevadas multas, e, até, a anulação da maior festa democrática de nosso País, que são as Eleições livres.

REFERÊNCIAS

AITA, Carmen. **Joaquim Francisco de Assis Brasil**: perfil biográfico e discursos (1857-1938). Porto Alegre: Assembléia Legislativa do Estado do Rio Grande do Sul, 2006.

AGUIAR, Alcides dos Santos Aguiar. Adoção da atuação restrita da Justiça Eleitoral aos períodos de eleições - consequências. Resenha Eleitoral. **Revista Nova Série**, Florianópolis, v. 6, n. 2, jul-dez. 1999.

ALEXY, Robert. **Constitucionalismo discursivo**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

ALMEIDA, Roberto Moreira de. **Curso de direito eleitoral**. 5. ed. Salvador: Juspodvim, 2011.

ARENDT, Hanna **Entre o Passado e o Futuro**. 7 ed. São Paulo: Perspectiva, 2011.

BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. **Precedentes judiciais e segurança jurídica**: fundamentos e possibilidades para a jurisdição constitucional brasileira. São Paulo: Saraiva, 2014.

BARROS, Francisco Dirceu. **Direito eleitoral**. 11 ed. Rio de Janeiro: Elseiver, 2012.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. Retrospectiva 2008: Judicialização, ativismo e legitimidade democrática. **Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE)**. Instituto Brasileiro de Direito Público, 2009. Disponível na Internet em <http://www.direitodoestado.com.br/rede.asp>. Acesso em: 18 dez. 2013, 18.

BERNARDI, Dieison Picin Soares. **Justiça Eleitoral no Brasil**: História e Desafios no contexto da Pós-Modernidade e do Futuro da Democracia. Disponível em: http://www.tre-sc.jus.br/site/fileadmin/arquivos/ejesc/documentos/publicacoes/ULTIMO_JE_historia_e_DESAFIOS_POS_MODERNIDADE_p_EJESC__p_Goncal.pdf. Acesso em: 24 fev. 2013.

_____. Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo. **Revista Eletrônica do Conselho Federal da OAB**, Brasília-DF, n. 11, janeiro a março de 2011.

BETTI, Emílio. **Interpretação das leis e dos atos jurídicos**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2007.

_____. **Teoria Geral do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 22 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

BRASIL. **Constituição Federal**. Vade Mécum. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. Superior Tribunal Federal. **Informativo 620 do STF**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo620.htm>. Acesso em: 22 fev. 2013.

_____. Tribunal Superior Eleitoral. **Jurisprudência**. <<http://www.tse.jus.br/jurisprudencia/pesquisa-de-jurisprudencia>>. Acesso em: 22 fev. 2013.

BRASIL, Joaquim Francisco de Assis. **Do Governo Presidencial**. 2 ed. Rio de Janeiro: Calvino Filho, 1934.

_____. **Democracia representativa, do voto e do modo de votar**. 4 ed. Rio de Janeiro: Calvino Filho, 1931.

BUSTAMANTE, Thomas. **Conflitos normativos e decisões judiciais contra legem**: uma nota sobre superabilidade das regras jurídicas. In: FELLET, A. L. F.; GIOTTI DE PAULA, D; e NOVELINO, M. (Org.). **As novas faces do ativismo judicial**. Salvador: Editora Juspodivm, 2013.

CABRAL, João C da Rocha. **O Código eleitoral de 1932**. Brasília: Similar, 2004.

CAMPOS, Francisco. **A Constituição de 1937**. Série Constituições do Brasil, v. 4. Brasília: Centro de ensino à distância, 1987.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **“Brançosos” e Interconstitucionalidade**: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional. 2ª ed. Coimbra: Almedina, 2008.

CARNEIRO, Wálber Araújo. **Hermenêutica jurídica heterorreflexiva**. Uma teoria dialógica do Direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

CARVALHO, José Murilo de. **A construção da ordem**: a elite política imperial. 2. ed. Rio de Janeiro: Relume-Dumará, 1996.

CHEVALLIER, Jacques. **O Estado pós-moderno**. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

COELHO, Inocêncio Mártires. **Ativismo judicial ou criação judicial do direito** In FELLET, A. L. F.; GIOTTI DE PAULA, D; e NOVELINO, M. (Org.). **As novas faces do ativismo judicial**. Salvador: Editora Juspodivm, 2013.

COSTA, Adriano Soares. **Instituições de direito eleitoral**. 9 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

DUARTE, José. **A Constituição brasileira de 1946**. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1947.

DUARTE, Ecio Oto Ramos e POZZOLO, Susanna. **Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico**: as faces da teoria do direito em tempos de interpretação moral da Constituição. 3 ed. Florianópolis: Conceito, 2012.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

DUARTE, Écio Oto. **Positivismo jurídico inclusivo e objetividade no direito**: uma abordagem sobre a exigência de correção na interpretação constitucional. In: DUARTE, E. O; DIMOULIS, D. (coord.). Teoria do Direito Neoconstitucional. São Paulo: Editora Método, 2008.

ENGELMANN, Wilson. **Direito natural, ética e hermenêutica**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

FAORO, Raymundo. **Os donos do poder**: formação do patronato político brasileiro. 5 ed. rev. São Paulo: Editora Globo, 2012.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

FERREIRA, Manoel Rodrigues. **A evolução do sistema eleitoral brasileiro**. 2 ed. Brasília: TSE/SDI, 2005.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método**. Vol I: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. 12 ed. Petrópolis: Vozes, 2012.

_____. **Verdade e método**. Vol II: complementos e índice. 6 ed. Petrópolis: Vozes, 2011.

_____. **Hermenêutica em retrospectiva**. 2 ed. Petrópolis: Vozes, 2012.

GUERRA, FILHO, Willis Santiago. **Teoria de Ciência Jurídica**. 2 ed. São Paulo: Editora, 2009.

GUIMARÃES, Carlos Gabriel. O Estado Imperial Brasileiro e a centralização financeira/bancária: o caso do “Banco do Brasil” do Barão de Mauá, 1851-1853. **ANPUH – XXII Simpósio Nacional de História**. João Pessoa, 2003.

HART, Hebert Lionel Adolphus. **O Conceito de Direito**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

_____. **El nuevo desafío del positivismo jurídico**. Disponível em: <http://davidgarcivanegas.es.tl/Hart-nuevo-desafio-del-positivismo-juridico.htm>. Acesso em: 05 mar. 2014.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre faticidade e validade. vol. I. Tradução de F. B. Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2012.

_____. **Direito e democracia**: entre faticidade e validade. vol. II. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2011.

HEIDEGGER, Martin. **Ser e tempo**. Petrópolis: Vozes, 2012.

HOLANDA, Sérgio Buarque. **Raízes do Brasil**. 26 ed. São Paulo. Companhia das Letras, 1995.

IHERING, Rudolf von. **El fin en el Derecho**. La Coruña: B. Rodriguez Serra, 1968.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do Direito**. 8 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009

LAMBERT, Jean-Marie. **Curso de Direito Internacional Público**: o Mundo Global. 2 ed. Goiânia: Kelps, 2000.

LARANJA, Anselmo e FRANCO, Sebastião. O Público, o Privado e o Estado no Brasil. **Revista Ágora**, Vitória, n. 1, p. 1-34, 2005.

LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. 3 ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

LIMA, Martônio Mont'Alverne Barreto. O papel da justiça eleitoral na consolidação da democracia. Eleições no Ceará 1994-1996. **Revista Pensar**. Curso de Direito da UNIFOR, Fortaleza, vol. 6, n.6, p.117-144, fev, 2001.

LOSANO, Mario Giuseppe. **Sistema e estrutura no direito**. vol 1. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

_____. **Sistema e estrutura no direito**. vol 2. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

LUIZ, Fernando Vieira. **Teoria da decisão judicial**: dos paradigmas de Ricardo Lorenzetti à resposta adequada à Constituição de Lenio Streck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do Direito**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1981.

MENDES, Gilmar Ferreira e STRECK, Lenio Luiz. **Da necessidade de fundamentação das decisões judiciais e administrativas**. In CANOTILHO, J. J. Gomes; SARLET, Ingo W (Coord.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013, p. 1324-1325.

MORA, Jose Ferrater. **Dicionário de Filosofia**. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

MULLER, Friedrich. **Métodos de trabalho no direito constitucional**. 3 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

NABUCO, Joaquim. **Um estadista do Império**. São Paulo, 1936.

NEVES, Marcelo. **Entre Hidra e Hércules: princípios e Regras Constitucionais**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2013.

OLIVEIRA, Manfredo Araújo. **Reviravolta linguístico pragmática na filosofia contemporânea**. São Paulo: Edições Loyola, 2005.

OLIVEIRA, Marcelo Rosendo de. **O sistema jurisdicional de controle das eleições: virtudes e vícios do modelo constitucional brasileiro de apuração da verdade eleitoral**. 2009. 117f. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade de Fortaleza, Fortaleza, 2009.

PORTO, Walter Costa. **O voto no Brasil**. Vol. I. Brasília: Gráfica do Senado Federal, 1989.

PRADO, Geraldo. **Sistema acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais**. 2 ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2001.

PROSA POLÍTICA. **O benefício da lei da ficha limpa**. Disponível em: <http://www.prosapolitica.com.br/2010/08/17/o-beneficio-da-lei-da-ficha-limpa-ja-comecou>. Acesso em: 20 nov. 2013.

SARMENTO, Daniel. **O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades**. In FELLET, PAULA e NOVELINO M. (org.) et al. *As novas faces do ativismo judicial*. Salvador: Juspodivm, 2011.

_____. **A Proteção Judicial dos Direitos Sociais: Alguns Parâmetros Ético-Jurídicos**. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. (Orgs.). **Direitos Sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 533-586.

SARTORI, Vitor Bartoletti. **Lukács e a crítica ontológica ao Direito**. São Paulo: Cortez, 2010

SAVIGNY, Frederich Karl von. **Metodologia Jurídica**. São Paulo: Editora, 2005.

SCHLEIERMACHER, Friedrich. **Hermenêutica: arte e técnica da interpretação**. 8 ed. Petrópolis: Editora Vozes, 2010.

SOMBRA, Laurenio Leite. Gadamer e Habermas: os atritos da linguagem. **Revista INTUITIO**. Porto Alegre, vol. 1, n.2, p.171-187, nov, 2008.

SMITH, Herberth. **Do Rio de Janeiro a Cuiabá**. São Paulo, 1922.

STEIN, Ernildo. **Gadamer e Constituição da hermenêutica**. In STEIN e STRECK, L. L (org.) et al. *Hermenêutica e epistemologia: 50 anos de verdade e método*. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2000.

_____. **Seis estudos sobre “Ser e tempo”**. 4 ed. Petrópolis, 2008.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

_____. **A Incompatibilidade Paradigmática entre Positivismo e Neoconstitucionalismo**. In: QUARESMA, R.; OLIVEIRA, M. L. de P.; OLIVEIRA, F. M. R. de. (Org.). *Neoconstitucionalismo*. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

_____. **Jurisdição constitucional e decisão jurídica**. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

_____. **O pamprincipiologismo e a flambagem do Direito**. Conjur, 2013. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2013-out-10/senso-incomum-pamprincipiologismo-flambagem-direito>. Acesso em: 03 dez. 2013

_____. **O que é isto: decido conforme minha consciência?**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

_____. **Verdade e Consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas**. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. Os Dezoito Anos da Constituição do Brasil e as Possibilidades de Realização dos Direitos Fundamentais Diante dos Obstáculos do Positivismo Jurídico. In: NOVELINO, M. (Org). **Leituras Complementares de Direito Constitucional: Direitos Fundamentais**. 2 ed. Salvador: Jus Podivm, 2007.

_____. **O que é a livre convicção dos indícios e presunções?** Conjur, 2014. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2014-fev-13/senso-incomum-livre-conviccao-indicios-presuncoes>. Acesso em: 05 mar. 2014.

_____. **Não havia provas, mas a juíza disse: “testemunhei os fatos”! E cassou o réu!** Conjur, 2014. Disponível em: http://www.conjur.com.br/2014-jul-10/nao-provas-juiza-disse-testemunhei-fatos-cassou-reu#_ftn2_8201. Acesso em: 31 jul. 2014.

TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e Ativismo Judicial:** limites da atuação do judiciário. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013.

WARAT, Luiz Alberto. **Introdução Geral ao Direito** – Interpretação da Lei: temas para uma reformulação. Porto Alegre: Sergio Fabris Editor, 1994.

_____, Luiz Alberto. **O Direito e sua linguagem.** 2 ed. Porto Alegre: Sergio Fabris Editor, 1995.

WITTGENSTEIN, Ludwig. **Investigações filosóficas.** São Paulo: Abril Cultural, 1979.

ZILIO, Rodrigo López. **Direito eleitoral:** noções preliminares, elegibilidade e inelegibilidade, processo eleitoral, ações eleitorais. 3 ed. São Paulo: Verbo jurídico, 2012.