



Rayssa Kelly Duarte de Paiva

RESTRIÇÕES AO DIREITO FUNDAMENTAL DE PARTICIPAÇÃO POLÍTICA À LUZ DO PRINCÍPIO DEMOCRÁTICO

Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra
no âmbito do 2.º Ciclo de Estudos em Direito (conducente ao grau de
Mestre), na Menção em Direito Constitucional.

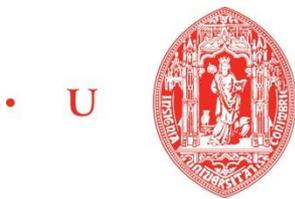
Orientador: Doutor Fernando Alves Correia

Junho/2018

• U • C •



UNIVERSIDADE DE COIMBRA



• C •

FDUC FACULDADE DE DIREITO
UNIVERSIDADE DE COIMBRA

RAYSSA KELLY DUARTE DE PAIVA

**RESTRICÇÕES AO DIREITO FUNDAMENTAL DE PARTICIPAÇÃO POLÍTICA
À LUZ DO PRINCÍPIO DEMOCRÁTICO**

**RESTRICTIONS TO THE FUNDAMENTAL RIGHT TO POLITICAL
PARTICIPATION UNDER THE PERSPECTIVE OF THE DEMOCRATIC
PRINCIPLE**

Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra no âmbito do 2.º Ciclo de Estudos em Direito (conducente ao grau de Mestre), na Menção em Direito Constitucional.

Orientador: Doutor Fernando Alves Correia

COIMBRA

2018

AGRADECIMENTOS

Neste breve espaço em que me é permitido manifestar um leve toque de humanidade e sentimento, venho registrar sincera gratidão àqueles que tornaram possível o desenvolvimento desta dissertação.

À Vovó, Dona Adelita, que há tão pouco tempo partiu para os braços do Pai, mas deixou entre nós, além de saudade, um grande exemplo de mulher guerreira e batalhadora. E, especialmente, deixou a lição de acreditar e jamais desistir de um sonho.

Aos meus pais, Antonio e Rosana, muito obrigada por depositarem em mim toda a confiança e amor necessários para que eu atravessasse o oceano em busca de crescimento profissional e acadêmico. Apesar da distância, este amor foi meu combustível para as horas mais difíceis.

Aos meus irmãos, Sílvia e Arthur, serei eternamente grata pelas boas energias e pelo apoio incondicional. Vocês são verdadeiros presentes em minha vida.

Ao meu amor, Fillipe, obrigada por não me deixar fraquejar e por cegamente confiar em mim e na minha capacidade, mesmo quando até eu duvidei.

Aos meus amigos, que se tornaram família na pacata e acolhedora cidade de Coimbra, muito obrigada. Sem a nossa convivência diária seria impossível a construção deste trabalho.

Institucionalmente, não posso me furtar ainda de agradecer à Universidade de Coimbra e a todos os professores e servidores, os quais me receberam de portas abertas e fizeram dali um verdadeiro lar longe de casa. Em especial, ao orientador deste trabalho, professor Dr. Fernando Alves Correia, obrigada pela presteza e dedicação na orientação e condução desta pesquisa.

Finalmente, acima de tudo, a Ele. Meu Deus Todo Poderoso. Sei que este caminho foi desenhado por Suas mãos e guiado por Sua Luz. Graças, Pai, por estar sempre ao meu lado.

RESUMO

O presente trabalho propõe-se a analisar a participação política como direito fundamental e considerar quais as possibilidades de imposição de limites e restrições ao direito fundamental de participação política em um Estado Democrático de Direito. O trabalho estrutura-se em três capítulos. O primeiro capítulo caracteriza a participação política como exercício da cidadania, a qual possui o propósito de concretizar o Estado Democrático. Esse capítulo enfatiza o debate acerca do exercício da cidadania, da soberania popular e dos direitos políticos como justificativas para a fundamentalidade da participação política e, neste contexto, apresenta o conceito de capacidade eleitoral ativa e passiva e a sua devida abrangência. O segundo capítulo contextualiza a participação política na teoria dos direitos fundamentais, em especial como decorrência indissociável do princípio democrático, com delimitação metodológica, especificamente na evolução histórica das democracias de Portugal e Brasil. Considera-se ainda neste capítulo a conexão ontológica entre a democracia e os Direitos Humanos, de modo a reconhecer a capacidade eleitoral como reflexo do direito fundamental de participação política. Em seguida, apresenta-se e utiliza-se as teorias interna e externa dos limites dos direitos fundamentais, além do modelo dos direitos fundamentais enquanto princípios, para analisar a atribuição de restrições ou limites infraconstitucionais ao direito fundamental de participação política. O terceiro capítulo, por sua vez, reconhece a jurisdição eleitoral como um instrumento garantidor do direito de participação política e analisa o modelo do contencioso eleitoral brasileiro e português, a considerar os parâmetros utilizados pelos Tribunais Eleitorais Brasileiros, pelo Supremo Tribunal Federal e, em Portugal, pelo Tribunal Constitucional, para o controle das restrições à capacidade eleitoral e ao direito fundamental de participação política.

Palavras-chave: Participação Política. Democracia. Direitos Fundamentais. Justiça Eleitoral. Contencioso Eleitoral.

ABSTRACT

This paper proposes to analyze political participation as a fundamental right and to consider the possibilities of imposing limits and restrictions on the fundamental right of political participation in a Democratic State of Law. The paper is structured in three chapters. The first chapter characterizes political participation as an exercise of citizenship, which has the purpose of concretizing the Democratic State. This chapter emphasizes the debate about the exercise of citizenship, popular sovereignty and political rights as justification for the fundamental nature of political participation and, in this context, presents the concept of active and passive electoral capacity and its due comprehensiveness. The second chapter contextualizes political participation in the theory of fundamental rights, especially as an inseparable result of the democratic principle, with methodological delimitation specifically in the historical evolution of the democracies of Portugal and Brazil. This chapter also considers the ontological connection between democracy and human rights, in order to recognize electoral capacity as a reflection of the fundamental right of political participation. Next, the internal and external theories of the limits of fundamental rights are presented, as well as the model of fundamental rights as principles, to analyze the allocation of restrictions or infra-constitutional limits to the fundamental right of political participation. The third chapter, on the other hand, recognizes the electoral jurisdiction as an instrument guaranteeing the right of political participation and analyzes the model of Brazilian and Portuguese electoral litigation, to consider the parameters used by the Brazilian Electoral Courts, by the Federal Supreme Court and, in Portugal, by the Constitutional Court, to control restrictions on electoral capacity and the fundamental right to political participation.

Keywords: Political Participation. Democracy. Fundamental rights. Electoral justice. Electoral Litigation.

LISTA DE SIGLA E ABREVIATURAS

AIME	Ação de Impugnação de Mandato Eletivo
AR	Assembleia da República
CF	Constituição Federal
CNE	Comissão Nacional de Eleições
DOU	Diário Oficial da União
IBGE	Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística
PE	Parlamento Europeu
PR	Presidente da República
RCD	Recurso contra Expedição do Diploma
STF	Supremo Tribunal Federal
TC	Tribunal Constitucional
TRE	Tribunal Regional Eleitoral
TSE	Tribunal Superior Eleitoral

ÍNDICE

INTRODUÇÃO.....	7
1. PARTICIPAÇÃO POLÍTICA: O EXERCÍCIO DA CIDADANIA PARA CONCRETIZAÇÃO DO ESTADO DEMOCRÁTICO.....	18
1.1 DIREITOS POLÍTICOS POSITIVOS ATIVOS. CAPACIDADE ELEITORAL ATIVA.....	32
1.2 DIREITOS POLÍTICOS POSITIVOS PASSIVOS. CAPACIDADE ELEITORAL PASSIVA	44
2. DIREITO FUNDAMENTAL À PARTICIPAÇÃO POLÍTICO-DEMOCRÁTICA	54
2.1 CONEXÃO ONTOLÓGICA ENTRE DEMOCRACIA E DIREITOS HUMANOS	55
2.1.1 <i>A Democracia ética e a Democracia procedimental em Bobbio</i>	56
2.2 CAPACIDADE ELEITORAL COMO REFLEXO DO DIREITO FUNDAMENTAL DE PARTICIPAÇÃO POLÍTICO DEMOCRÁTICA.....	59
2.2.1 <i>A Participação política como método de atribuição de legitimidade à democracia</i>	60
2.2.2 <i>Os limites às restrições à participação política</i>	65
2.2.2.1 A teoria externa dos limites aos direitos fundamentais	67
2.2.2.2 A teoria interna dos limites dos direitos fundamentais	69
2.2.2.3 O modelo dos direitos fundamentais enquanto princípios	71
2.2.2.4 As restrições infraconstitucionais ao direito fundamental à Participação Política	72
3. A JURISDIÇÃO ELEITORAL COMO INSTRUMENTO PARA GARANTIA DA PARTICIPAÇÃO POLÍTICO-DEMOCRÁTICA	75
3.1 O CONTENCIOSO ELEITORAL BRASILEIRO – A JUSTIÇA ELEITORAL E A PARTICIPAÇÃO POLÍTICA DOS CIDADÃOS BRASILEIROS	77
3.1.1 <i>A legitimidade do controle jurisdicional da política no contencioso pós-eleitoral no Brasil</i>	82
3.2 O CONTENCIOSO ELEITORAL PORTUGUÊS E A FUNÇÃO DO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL	83
CONCLUSÃO.....	96
BIBLIOGRAFIA	104
LEGISLAÇÃO.....	110
JURISPRUDÊNCIA.....	111

INTRODUÇÃO

A política, de acordo com a filosofia aristotélica, consiste na arte ou ciência cujo objeto é a felicidade humana, dividindo-se em ética (sob perspectiva individual) e política em sentido estrito (sob perspectiva coletiva)¹. Aristóteles objetivava investigar as instituições que se propõem a garantir a realização do cidadão e verificou ser o homem, político por natureza².

Os contratualistas, por sua vez, defendem que a política é fruto de um acordo de vontades, para que possa proteger-se da barbárie do império da norma da prevalência dos mais fortes sobre os mais fracos. Desse modo, o ser humano declinou do seu poder de autodefesa, em busca de uma maior segurança, garantida pelo Estado³.

Para Hobbes, o homem inicialmente encontrava-se em um estado de natureza (o qual é uma constante ameaça para a vida em sociedade), e apenas a razão humana permitiu a formação de um contrato social⁴.

¹ARISTÓTELES. Política. Trad. Torrieri Guimarães. São Paulo: Martin Claret, 2002.

²“A sociedade que se formou da reunião de várias aldeias constitui a Cidade, que tem a faculdade de se bastar a si mesma, sendo organizada não apenas para conservar a existência, mas também para buscar o bem-estar. Esta sociedade, portanto, também está nos desígnios da natureza, como todas as outras que são seus elementos. Ora, a natureza de cada coisa é precisamente seu fim. Assim, quando um ser é perfeito, de qualquer espécie que ele seja homem, cavalo, família, dizemos que ele está na natureza. Além disso, a coisa que, pela mesma razão, ultrapassa as outras e se aproxima mais do objetivo proposto deve ser considerada a melhor. Bastar-se a si mesma é uma meta a que tende toda a produção da natureza e é também o mais perfeito estado. É, portanto, evidente que toda Cidade está na natureza e que o homem é naturalmente feito para a sociedade política. Aquele que, por sua natureza e não por obra do acaso, existisse sem nenhuma pátria seria um indivíduo detestável, muito acima ou muito abaixo do homem, segundo Homero: Um ser sem lar, sem família e sem leis. Aquele que fosse assim por natureza só respiraria a guerra, não sendo detido por nenhum freio e, como uma ave de rapina, estaria sempre pronto para cair sobre os outros. Assim, o homem é um animal cívico, mais social do que as abelhas e os outros animais que vivem juntos. A natureza, que nada faz em vão, concedeu apenas a ele o dom da palavra” Ibidem, p. 9.

³“Como é impossível aos homens engendrar novas forças, mas apenas unir e dirigir as existentes, não lhes resta outro meio, para se conservarem, senão formando, por agregação, uma soma de forças que possa arrastá-los sobre a resistência, pô-los em movimento por um único móbil e fazê-los agir de comum acordo. Essa soma de forças só pode nascer do concurso de diversos; contudo, sendo a força e a liberdade de cada homem os primeiros instrumentos de sua conservação, como as empregará ele, sem se prejudicar, sem negligenciar os cuidados que se deve? Esta dificuldade, reconduzida ao meu assunto, pode ser enunciada nos seguintes termos. Encontrar uma forma de associação que defenda e proteja de toda a força comum a pessoa e os bens de cada associado, e pela qual, cada um, unindo-se a todos, não obedeça portanto senão a si mesmo, e permaneça tão livre como anteriormente [...], cuja solução é dada pelo contrato social”ROUSSEAU, Jean-Jacques. O contrato social e outros escritos. Trad. Rolando Roque da Silva. São Paulo: Cultrix, 2009, p. 31.

⁴HOBBS, Thomas. Leviatã: ou matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil. Trad. Alex Martins; São Paulo: Martins Claret, 2006, Parte I, Cap. XVIII.

Rousseau, por sua vez, defendia que o Estado é fruto de um pacto celebrado entre os homens e não entre povo e governante, pacto este que não geraria sujeição, mas união, de modo a criar a vontade geral, a qual deve legitimar a atuação estatal⁵.

Nesse sentido, o conceito de política aproxima-se do conceito de poder, tradicionalmente conceituado como “consistente dos meios para se obter alguma vantagem”⁶, ou “conjunto dos meios que permitem conseguir os efeitos desejados”⁷.

Assim, o poder político seria “uma consequência direta da monopolização da força no âmbito de um determinado território em relação a um determinado grupo social.”⁸. Canotilho afirma que “o poder político é constituído, legitimado e controlado por cidadãos (povo), igualmente legitimados para participarem no processo de organização da forma de Estado e de governo”⁹.

O poder político não prescinde de uma legitimação política¹⁰. Em conformidade com os ideais do constitucionalismo, a legitimidade política é conferida ao governante, em regimes democráticos, no momento em que há consciência do povo de que a escolha do representante e o exercício do poder político se dá de forma válida e em conformidade com os preceitos da liberdade e da igualdade, nesse sentido:

A diferença entre o período anterior e o posterior às Constituições transparece sob este aspecto. No Estado estamental e no absoluto, se havia lugar a eleição, o poder de eleger era apanágio de categorias muito restritas de pessoas e tomado como privilégio seu ou das ordens a que pertenciam. No constitucionalismo, o voto é conferido de harmonia com critérios objetivos e, em princípio, igualitários, e pretende-se que seja expressão da comunidade política como um todo.¹¹

O presente trabalho objetiva analisar a participação política no Estado Democrático de Direito, enquadrá-la como direito fundamental e verificar as condições e possibilidades

⁵ROUSSEAU, 2009, passim.

⁶HOBBS, op cit., Cap. X.

⁷ROUSSEAU, 2009, passim.

⁸BOBBIO, Noberto. Teoria Geral da Política: a filosofia política e as lições dos clássicos. Rio de Janeiro. Ed. Campus, 2000, p. 162.

⁹CANOTILHO, José Joaquim Gomes, Direito Constitucional e Teoria da Constituição. Coimbra: Almedina, 1998, p. 280.

¹⁰“El gobernante será autoridad siempre que sea legítimo o mientras alcance y mantenga la legitimidade, para la cual es indispensable el consenso de quienes lo obdecem” VIVANCO, Ángela M. Curso de Derecho Constitucional. Santiago, Chile: Ediciones Universidad Católica de Chile, 2002, p. 51.

¹¹MIRANDA, Jorge, Direito constitucional III: integração europeia, direito eleitoral, direito parlamentar / Jorge Miranda. - Lisboa: AAFDL, 2001.

de restrições a este direito fundamental, em respeito ao princípio democrático, em especial à soberania popular.

Desse modo, primordial o conceito de soberania popular, de acordo com o qual o povo transfere, de modo voluntário e consciente, a capacidade para o exercício do poder político, permanecendo, a todo momento com a titularidade desse poder. Norberto Bobbio, ao destacar o individualismo como base filosófica da democracia critica o termo “soberania popular” e sugere a expressão “soberania dos cidadãos”¹².

A despeito da questão terminológica, adotaremos a expressão soberania popular, uma vez que adotada pelas constituições brasileira e portuguesa, ainda que sigamos o pressuposto filosófico do individualismo como fundamentação para a democracia, visto que a democracia moderna é fruto da concepção individualista de sociedade, a qual possui como pedra angular o reconhecimento do poder do cidadão e, conseqüentemente, o seu direito a participação ativa na sociedade.

A Constituição da República Federativa Brasileira de 1988 traz expressamente o princípio da soberania popular¹³, ao reconhecer que todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente nos termos da Constituição. Na mesma esteira, a Carta Magna Brasileira assevera que a soberania popular deve ser exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos¹⁴.

¹² “Tenho dito frequentemente que, quando nos referimos a uma democracia, seria mais correto falar de soberania dos cidadãos e não de soberania popular. “Povo” é um conceito ambíguo, do qual se serviram também todas as ditaduras modernas. É uma abstração por vezes enganosa: não fica claro que parcela dos indivíduos que vivem num território é compreendida pelo termo “povo”. As decisões coletivas não são tomadas pelo povo, mas pelos indivíduos, muitos ou poucos, que o compõem. Numa democracia, quem toma as decisões coletivas, direta ou indiretamente, são sempre e apenas indivíduos singulares, no momento em que depositam seu voto na urna. Isso pode soar mal para quem só consegue pensar a sociedade como um organismo; mas, quer isso agrade ou não, a sociedade democrática não é um corpo orgânico, mas uma soma de indivíduos. Se não fosse assim, não teria nenhuma justificação o princípio da maioria, o qual, não obstante, é a regra fundamental de decisão democrática. E a maioria é o resultado de uma simples soma aritmética, onde o que se soma são os votos dos indivíduos, um por um. Concepção individualista e concepção orgânica da sociedade estão em irremediável contradição. É absurdo perguntar qual é a mais verdadeira em sentido absoluto. Mas não é absurdo — e sim absolutamente razoável — afirmar que a única verdadeira para compreender e fazer compreender o que é a democracia e a segunda concepção, não a primeira” BOBBIO, Norberto, A era dos direitos. Tradução Carlos Nelson Coutinho; apresentação de Celso Lafer. — Nova ed. — Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

¹³ “Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.” Artigo 1º, Parágrafo Único, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

¹⁴ Artigo 14 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

No mesmo sentido, a Constituição da República Portuguesa de 1976, em seu artigo 3º, prevê expressamente que a soberania, una e indivisível, reside no povo, que a exerce segundo as formas previstas constitucionalmente¹⁵. Além de prever em seu artigo 10 que o povo exerce o poder político através do sufrágio universal, igual, direto, secreto e periódico, do referendo e das demais formas previstas na Constituição¹⁶. Ainda, é constitucionalmente previsto que o poder político pertence ao povo e que a participação direta e ativa de homens e mulheres na vida política constitui condição e instrumento fundamental de consolidação do sistema democrático¹⁷.

Assim, a soberania popular é, em ambos os países, o ponto fundamental da concepção do regime democrático¹⁸.

Ademais, o debate sobre a democracia não se encerra na esfera Constitucional, a sua relevância é de modo tal que a Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948, e o artigo 25 do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, de 1966, atribuem a esta o status de Direito Humano. Entretanto, não há um conceito unívoco para a definição da democracia.

Há doutrinadores que afirmam tratar-se de ideal a ser alcançado e, desse modo, a procura de sua consolidação demanda a efetiva participação dos integrantes da sociedade. Outros defendem tratar-se de um valor e como tal deve ser construído historicamente e só então obtém a aptidão de integrar o acervo cultural e histórico de determinada sociedade e caracterizar a sua identidade¹⁹.

¹⁵Artigo 3º da Constituição da República Portuguesa de 1976.

¹⁶Artigo 10º da Constituição da República Portuguesa de 1976.

¹⁷Artigos 108 e 109 da Constituição da República Portuguesa de 1976.

¹⁸Cf. RIBEIRO, Fávila. O Direito Eleitoral e a Soberania Popular. v 3, n. 1. Fortaleza. Themis, 2000. p. 300.

¹⁹Cf. GOMES, José Jairo. Direito eleitoral. Belo Horizonte: Del Rey, 2016 p. 08.

*The concept of democracy is an interpretive and much contested concept.*²⁰. Esta vagueza conceitual²¹ permite que a ideia de democracia perca a sua clareza, tornando-se fluida, o que justifica que os regimes ditatoriais digam-se democráticos.

Como resultado dessa imprecisão semântica, os regimes ditatoriais sempre se disseram democráticos! Mesmo nos dias de hoje há Estados cuja democracia não passa de fachada. São democráticos apenas no papel e no discurso, pois, na realidade, mal conseguem disfarçar odiosas práticas totalitárias, com patrulhamento ideológico, controle velado dos meios de comunicação social, perseguição e até morte de opositores, inexistência de sistema jurídico-social sério em que os direitos humanos sejam afirmados e efetivamente protegidos. Tudo para que o povo permaneça submisso, dócil à dominação, ensejando que as correntes políticas detentoras do poder nele se perpetuem. Busca-se suprir a falta de talento ou de competência para gerir o Estado de forma igualitária e em atenção ao bem comum com a força convincente do dinheiro ou das baionetas. A ideia de democracia, aí, é meramente formal e quimérica²².

Ademais, tal imprecisão também determinou o aparecimento de diversas acepções de democracia, a exemplo da liberal, cristã, marxista, social, neoliberal, representativa²³.

Dworkin distingue duas concepções de democracia: *The majoritarian conception* and *The partnership conception*. Enquanto a concepção majoritária define a democracia

²⁰Nesse sentido, "What can it mean that "the people" govern themselves when very few of them have any significant power over what the laws will be? The winner-takes-all style of electing parliamentary representatives in each electoral district, common in the United States and Britain, is very different from the proportional representation system common in other countries. Given the same distribution of interests, convictions, and preferences, rather different laws are likely to emerge, depending on which of these two systems is in place. Is one system more democratic than the other? Is the practice of judicial review, which allows judges appointed for life to declare legislative and executive acts unconstitutional, illegitimate because it is undemocratic? Or is that practice rather a necessary and desirable corrective to democracy? Or— a third possibility— is the practice actually essential to creating a genuine democracy? Each of these positions is widely defended, and we cannot choose among them without choosing among conceptions of democracy and defending our choice." DWORKIN, Ronald. *Justice for Hedgehogs*. Cambridge:Belknap Press of Harvard University Press, 2011, p. 380

²¹No que tange à indeterminação conceitual, há críticas doutrinárias ao elitismo democrático, em que se estabelecem pressupostos para a legitimação do poder do povo. Nesse sentido, "A democracia é o governo do povo, o governo em que o povo manda, em que o povo decide. No regime democrático é ele que comanda os destinos da organização política, o supremo juiz das coisas do Estado. O pressuposto metajurídico para seu desenvolvimento é certo grau de desenvolvimento cultural e econômico da população, para que ela possa bem escolher seus representantes". VELLOSO, Carlos Mário da Silva. *Elementos de direito eleitoral* / Carlos Mário da Silva Velloso, Walber de Moura Agra. – 5. ed. – São Paulo : Saraiva, 2016, p. 19.

²²GOMES, op. cit., p. 47.

²³No mesmo sentido "the systems we recognize as democratic across the world vary significantly. Some reserve major decisions for referenda in which people at large vote directly on matters of policy; others shun such referenda. Some elect officials more frequently than others, some use proportional representation and others winner-takes-all electoral schemes, some give considerable power to nonelected officials, including the judges of constitutional courts. By what principles should we judge these different constitutional arrangements? Are some more consistent with the dignity of the people than others? Do some provide more, and others less, by way of positive liberty or genuine self-government? Is there some deep standard we can use to test these various versions of democracy for democratic superiority or authenticity?" DWORKIN, op. cit., p. 382

apenas de modo procedimental, a *partnership conception* une a democracia aos limites subjetivos da legitimidade. Nesse último sentido, a democracia, assim como a sua legitimidade, são ideais que as comunidades políticas buscam alcançar. Assim, a maioria política possui legitimidade para decidir questões controversas para todos, desde que sejam legítimas as suas instituições, desse modo, inclusive, a revisão judicial torna-se uma estratégia possível para garantir a legitimidade do governo, através da proteção das minorias²⁴.

Kelsen, por sua vez, coloca no centro do conceito de democracia a ideia da liberdade. Um indivíduo politicamente livre é aquele sujeito de uma ordem legal na qual o que ele deseja fazer coincide com o que ele deve fazer. Nesse sentido, um regime democrático é aquele em que a vontade representada na ordem legal do Estado é idêntica à vontade dos sujeitos²⁵.

Bobbio analisa a democracia de modo a interpretá-la como um conjunto de regras (primárias ou fundamentais) que determina aqueles autorizados a decidir coletivamente e quais os procedimentos para estas tomadas de decisão. Soma-se a esse aspecto formal, a necessidade que os eleitores possuam efetivos direitos de liberdade, pois esses são pressupostos para o regime democrático²⁶.

²⁴DWORKIN, Justice for Hedgehogs... 2011, p. 385.

²⁵KELSEN, Hans. General Theory of Law and State. Trad. Anders Wedberg. Cambridge: Harvard University Press, 1945, p. 284.

²⁶ “No entanto, mesmo para uma definição mínima de democracia, como é a que aceito, não bastam nem a atribuição a um elevado número de cidadãos do direito de participar direta ou indiretamente da tomada de decisões coletivas, nem a existência de regras de procedimento como a da maioria (ou, no limite, da unanimidade). É indispensável uma terceira condição: é preciso que aqueles que são chamados a decidir ou a eleger os que deverão decidir sejam colocados diante de alternativas reais e postos em condição de poder escolher entre uma e outra. Para que se realize esta condição é necessário que aos chamados a decidir sejam garantidos os assim denominados direitos de liberdade, de opinião, de expressão das próprias opiniões, de reunião, de associação, etc. — os direitos à base dos quais nasceu o estado liberal e foi construída a doutrina do estado de direito em sentido forte, isto é, do estado que não apenas exerce o poder sub lege, mas o exerce dentro de limites derivados do reconhecimento constitucional dos direitos ”invioláveis” do indivíduo. Seja qual for o fundamento filosófico destes direitos, eles são o pressuposto necessário para o correto funcionamento dos próprios mecanismos predominantemente procedimentais que caracterizam um regime democrático. As normas constitucionais que atribuem estes direitos não são exatamente regras do jogo: são regras preliminares que permitem o desenrolar do jogo. Disto segue que o estado liberal é o pressuposto não só histórico mas jurídico do estado democrático. Estado liberal e estado democrático são interdependentes em dois modos: na direção que vai do liberalismo à democracia, no sentido de que são necessárias certas liberdades para o exercício correto do poder democrático, e na direção oposta que vai da democracia ao liberalismo, no sentido de que é necessário o poder democrático para garantir a existência e a persistência das liberdades fundamentais. Em outras palavras: é pouco provável que um estado não liberal possa assegurar um correto funcionamento da democracia, e de outra parte é pouco provável que um estado não democrático seja capaz de garantir as

Apesar desta imprecisão, concorda-se que, necessariamente, os valores da liberdade e da igualdade participam da democracia. A liberdade demonstra sua necessidade ao garantir o amadurecimento do povo, atribuindo a legitimidade da autoridade estatal através da liberdade de escolha do povo, o qual, enquanto soberano, se governa. A igualdade traz a possibilidade conferida a todos de participar do governo. Ademais, o respeito à dignidade da pessoa humana²⁷ também se encontra no fundamento dos regimes democráticos, visto que se faz necessária a presença da honestidade, da solidariedade e da cooperação, para priorização do bem comum²⁸. Ainda, faz-se necessária a periodicidade das eleições, de modo que permita-se a manutenção do controle social e da fidedignidade dos resultados com a real vontade popular. Nessa linha, “[...] eleições livres e justas não são o bastante. Imagine eleger representantes para um período de – digamos – vinte anos! Se os cidadãos quiserem manter o controle final sobre o planejamento, as eleições também devem ser frequentes.”²⁹.

Nesse sentido, Dennis F. Thompson defende que eleições podem ocorrer sem democracia, mas a democracia não pode manter-se sem eleições, uma vez que essas são essenciais enquanto método de manutenção do controle popular do governo³⁰.

No âmbito do constitucionalismo, percebe-se que a democracia destaca-se sobre os aspectos representativo e participativo. Em relação ao aspecto representativo, objetiva-se harmonizar a ética individualista com a regulamentação racional do exercício da autoridade, resultando na associação da autonomia da vontade ao princípio representativo, através da delegação consentida do exercício do poder. No aspecto participativo, destaca-se que a partir

liberdades fundamentais. A prova histórica desta interdependência está no fato de que estado liberal e estado democrático, quando caem, caem juntos.” BOBBIO, Norberto. O futuro da democracia... 1986, p. 19.

²⁷MÜLLER, Friedrich. Quem é o povo: a questão fundamental da democracia. São Paulo: Max Limonad, 1998, p. 95.

²⁸No mesmo sentido, “Três princípios são essenciais para o desenvolvimento da legitimidade do regime político democrático: igualdade, liberdade e dignidade da pessoa humana (não necessariamente nessa ordem). Igualdade, vislumbrada não em seu sentido material, em que todos devem ter o mesmo direito ao acesso a bens materiais mínimos, mas em sua definição de que todos os cidadãos devem ter as mesmas oportunidades em influenciar as decisões políticas tomadas pelos órgãos estatais e também em ocupar qualquer cargo público. Liberdade no sentido de que os homens são livres para escolher suas opções, com capacidade de decidir sobre seus destinos sem que sofram interferências de outrem. Dignidade da pessoa humana, porque a democracia não pode desprezar os valores inerentes aos homens, sob pena de se transformar em simulacros de participação do povo, como ocorreu com a ascensão do nazismo na Alemanha em 1933.” VELLOSO, Elementos de direito eleitoral. 2006, p. 23.

²⁹DAHL, Robert A. Sobre a democracia. Brasília: UnB, 2001, p. 109-110.

³⁰THOMPSON, Dennis F. Just Elections. Chicago: University of Chicago Press, 2002, p. 01.

do século XIX, houve a difusão do sufrágio universal e dos instrumentos que viabilizam a participação política direta na gestão do poder³¹.

Diz-se que há uma tensão entre o constitucionalismo e a democracia, uma vez que as restrições constitucionais poderiam significar limitações antidemocráticas ao poder. No entanto, compreende-se que um dos objetivos do constitucionalismo é a garantia de condições para a manutenção pacífica e duradoura da democracia, diante das inúmeras divergências religiosas, culturais, étnicas das sociedades³².

Muitos dos direitos constitucionalizados derivam do princípio democrático. Portanto, a proteção constitucional contra os excessos majoritários decorre das premissas democráticas e não cria tensão com o objetivo de autogoverno através da política³³. Ainda, o constitucionalismo garante a proteção de grupos que não possuem força política (minorias) para se afirmarem no espaço político ordinário, é neste sentido que deve se interpretar o princípio da igualdade constitucional.

Para a perspectiva do deliberativismo democrático constitucional, a preocupação da Constituição deve se dar com o consenso em torno das “normas procedimentais que reúnam condições factíveis, inclusivas e, para alguns, neutras, de modo que possam vir a ser adotadas

³¹Cf. PEREIRA, Rodolfo Viana. Controle, constituição e democracia: o controle social do processo eleitoral como elemento de uma teoria democrática do controle constitucional. Coimbra, 2005, p. 278.

³²“It is often said that constitutionalism is in considerable tension with democracy. Thomas Jefferson was emphatic on the point, arguing that constitutions should be amended by each generation in order to ensure that the dead past would not constrain the living present.2 Many contemporary observers echo the Jeffersonian position, claiming that constitutional constraints often amount to unjustified, antidemocratic limits on the power of the present and future. Responding to Jefferson, James Madison argued that a constitution subject to frequent amendment would promote factionalism and provide no firm basis for republican self-government. Madison envisioned firm and lasting constitutional constraints as a precondition for democratic processes rather than a check on them. This vision captures a central goal of constitutionalism: to ensure the conditions for the peaceful, long-term operation of democracy in the face of often persistent social differences and plurality along religious, ethnic, cultural, and other lines. This goal bears on constitutional developments in the many nations in which religious and ethnic hostilities are potentially intense. Madison saw differences and diversity as democratic strengths rather than weaknesses, if channeled through constitutional structures that would promote deliberation and lead groups to check, rather than exploit, other groups”. SUNSTEIN, Cass R., *Designing Democracy. What Constitutions do.* OXFORD University Press, 2001, p. 96.

³³“The precommitment strategy permits the people to protect democratic processes against their own potential excesses or misjudgments, sometimes associated with group polarization. The right to freedom of speech and the right to vote are the most familiar illustrations. Constitutional protection of these rights is not at odds with the commitment to self-government but instead a logical part of it. Here constitutional rights are part of the internal morality of democracy. Majority rule should not be identified with democracy itself. If a political majority restricts dissenters, or disenfranchises people, it is behaving inconsistently with democracy, and a constitution that forbids those actions is justified on democratic grounds”. *Ibidem*, p. 97.

decisões que, além de vincularem todos, estejam legitimadas pela obediência ao rito aprovado”³⁴

Desse modo, no constitucionalismo moderno, entende-se que a função da Constituição é garantir o funcionamento adequado de uma ordem democrática, na qual os cidadãos sejam capazes de se governar³⁵. Além disso, apesar de toda a controvérsia acerca da ambiguidade do conceito de democracia, compreende-se que a constituição deve promover a democracia deliberativa, de modo a combinar responsabilidade política com elevado grau de reflexão e compromisso com a motivação, de modo que a democracia fundamente-se em razões e argumentos e não apenas em poder e votos.

Portanto, a regulamentação infraconstitucional no âmbito do Direito eleitoral deve respeitar estes aspectos do princípio democrático, ou seja, o Direito eleitoral não deve se ater a técnicas restritas para o preenchimento de mandatos. Ao Direito eleitoral incumbe a função essencial da garantia da regularidade eleitoral e do direito a um devido processo eleitoral, mas também a função de promover outros meios de participação política³⁶. Nesse sentido, “na perspectiva da democracia contemporânea, urge que a cidadania esteja associada ao reconhecimento da participação ativa do indivíduo na vida sócio-política do Estado, uma concepção bem mais ampla do que a de mero participante do processo eleitoral”³⁷.

Ademais, a democracia não se restringe ao processo eleitoral, não se pode ter nas eleições a integralidade da realização democrática. Sem desconsiderar a estrutura representativa dos sistemas constitucionais contemporâneos, visa-se chamar a atenção para o fato de a democracia somente se realizar em plenitude caso existam, complementarmente, técnicas canalizadoras da participação na formação da vontade política³⁸.

Ao reconhecer a necessidade da participação na construção de um cenário democrático, Dworkin reconhece como alternativas o federalismo e a descentralização, de modo a permitir maior participação nas decisões políticas, mas, também apresenta como

³⁴SAMPAIO, José Adércio Leite. Teoria da Constituição e dos direitos fundamentais. Belo Horizonte: Del Rey, 2013, p. 92

³⁵"In my view, the central goal of a constitution is to create the preconditions for a well functioning democratic order, one in which citizens are genuinely able to govern themselves. Self-government is a good in itself. It is an important aspect of freedom." SUNSTEIN, Designing Democracy..., 2001, p. 6.

³⁶Ibidem, p. 279.

³⁷ALMEIDA, Jéssica Teles de. Análise da participação política Feminina no paradigma do Estado Democrático de Direito brasileiro. 2015.

³⁸PEREIRA, Rodolfo Viana. Controle, constituição e democracia. 2005, p. 282.

opção, as mudanças, no sentido inverso, para comunidades maiores, como a União Europeia, a qual, embora enfrente dificuldades, propõe o estabelecimento de uma comunidade política mais ampla e diversa³⁹.

Portanto, a democracia não se constrói apenas mediante instrumentos formais, uma vez que a democracia pressupõe uma moralidade interna a qual requer a proteção dos diversos direitos individuais fundamentais, de modo que – através da proteção dos direitos individuais - se possibilite a participação efetiva, mediante espaços de discussão em uma democracia deliberativa.

Diante deste cenário, o presente trabalho propõe-se a analisar as restrições ao direito fundamental de participação política à luz do princípio democrático. Para tanto, estruturar-se-á do seguinte modo: o primeiro capítulo apresenta a participação política enquanto exercício da cidadania e com o propósito de concretização do Estado Democrático. Nesse capítulo, apresenta-se a multiplicidade de acepções do termo cidadania e adota-se a concepção de cidadania enquanto conjunção de titularidade de direitos civis, políticos e sociais, os quais, concebidos simultaneamente, permitem a obtenção da capacidade de participação política. Diante de tal capacidade, percebe-se que os direitos políticos são essenciais para o exercício concreto da participação. Assim, tais direitos foram classificados em direitos políticos positivos e negativos. Este trabalho atribui ênfase aos direitos políticos positivos, pois são esses que permitem o exercício do direito subjetivo de participação e, portanto, a interpretação do conceito, abrangência e possibilidades de restrição da capacidade eleitoral, tanto na sua perspectiva ativa quanto passiva.

O segundo capítulo, por sua vez, analisa a natureza de direito fundamental da participação política, principalmente como pressuposto para o desenvolvimento do Estado Democrático e, em especial, enquanto fundamento e instrumento para atribuição de legitimidade às democracias brasileira e portuguesa. Verifica-se neste capítulo a conexão ontológica entre a democracia e os Direitos Humanos, além de caracterizar a capacidade

³⁹"Federalism and decentralization, creating subdivisions of established communities, often permit more rational political decisions and provide a greater sense of participation in self- government. Shifts in the other direction can be even more valuable: the now long-running and so far disappointing efforts to create a new constitutional structure for the European Union illustrate both the wisdom and the difficulty of a shift to larger and more diverse political communities from smaller and more homogeneous ones. Both the European nations and the world will gain, I believe, if the EU is able to form a common foreign policy and execute it with the economic power of its community giving strength to its united arm." DWORKIN, Justice for Hedgehogs. 2011, p. 381.

eleitoral como reflexo do direito fundamental de participação política. Assim, após a compreensão da fundamentalidade de tal direito, utiliza-se as teorias interna e externa dos limites dos direitos fundamentais, além do modelo dos direitos fundamentais enquanto princípios, para verificar a existência de parâmetros para atribuição de restrições infraconstitucionais ao direito fundamental de participação política.

O terceiro e último capítulo traz a jurisdição eleitoral como instrumento para garantia da participação política e analisa o modelo do contencioso eleitoral brasileiro e português, de modo a verificar quais os parâmetros utilizados pelos Tribunais Eleitorais brasileiros, pelo Supremo Tribunal Federal e, em Portugal, pelo Tribunal Constitucional, para o controle das restrições à capacidade eleitoral e ao direito fundamental de participação política.

1. PARTICIPAÇÃO POLÍTICA: O EXERCÍCIO DA CIDADANIA PARA CONCRETIZAÇÃO DO ESTADO DEMOCRÁTICO

A tendência da democracia consiste na universalização do acesso aos direitos de participação política, de modo a ampliar o acesso e o exercício da cidadania. Pimenta Bueno, ao analisar os direitos políticos no Brasil, em face da Constituição do Império de 1824, conceituava direitos políticos como “as prerrogativas, os atributos, faculdades ou poder de intervenção dos cidadãos ativos no governo de seu país, intervenção direta ou só indireta, mais ou menos ampla, segundo a intensidade do gozo desses direitos”⁴⁰

Percebe-se que o autor utiliza a terminologia “cidadãos ativos”, a qual era utilizada pela Constituição do Império de 1824, em seu artigo 90⁴¹, para caracterizar os titulares dos direitos políticos, de modo a distinguir o “cidadão ativo” do cidadão em geral, que, naquela época, se confundia com o nacional.

Jorge Miranda, ao analisar o conceito de cidadania em Portugal, afirma que é legítima a distinção entre cidadãos ativos, *optimo jure* ou cidadãos eleitores e cidadãos não ativos, pois compreende o conceito de cidadania de modo mais amplo, de forma a abranger não apenas os direitos políticos. Desse modo, enquanto os cidadãos ativos seriam aqueles que alcançam a plenitude de direitos atribuídos pela ordem jurídica estatal no seu grau máximo (*status activae civitatis*), os cidadãos não ativos seriam aqueles que não possuem capacidade de participação política, mas permanecem titulares de direitos fundamentais.

Cidadãos activos (na expressão vinda desde o constitucionalismo) ou *optimo jure* (retomando a expressão latina) ou ainda cidadãos eleitores (devido à relevância central da eleição) vêm a ser os titulares de direitos políticos, de *jus suffragii* e *jus honorum*; os que atingem a plenitude dos direitos atribuídos pela ordem jurídica estatal no seu grau máximo – o *status activae civitatis*; os que tomam parte na direcção dos assuntos públicos do país (art. 21º da Declaração Universal dos Direitos do Homem e art. 48º da Constituição de 1976), no estabelecimento e no exercício do poder público (art. 60º do antigo Código Penal português). Cidadãos não activos vêm a ser os que, por qualquer causa, não possuem capacidade de

⁴⁰SÃO VICENTE, José Antonio Pimenta Bueno, Marquês de. Direito Público Brasileiro e Análise da Constituição do Império. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1958, p 458-459 *apud* CARVALHO, Kildare Gonçalves. Direito Constitucional... 15 ed. Belo Horizonte, MG: Del Rey, 2009, p. 939.

⁴¹Constituição Política do Império do Brazil (de 25 de março de 1824). “Art. 90. As nomeações dos Deputados, e Senadores para a Assembléa Geral, e dos Membros dos Conselhos Geraes das Provincias, serão feitas por Eleições indirectas, elegendo a massa dos Cidadãos activos em Assembléas Parochiaes os Eleitores de Provincia, e estes os Representantes da Nação, e Provincia”. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao24.htm>. Acesso em: 11 de dezembro de 2017.

participação política. No Estado moderno, todas as pessoas que à comunidade política estejam ligadas de modo duradouro e efectivo são cidadãos e todos os cidadãos, enquanto tais, têm direitos perante o Estado; mas a interferência, actual e não puramente virtual, de cada cidadão no poder depende da verificação de certas condições, em consonância com os princípios enformadores do sistema constitucional. São cidadãos todas as pessoas desde o nascimento até à morte; contudo, nem todos são titulares de direitos políticos⁴².

Nesse contexto, o conceito de cidadania encontra-se intimamente relacionado com o conceito de povo e, assim, cidadãos são os membros do Estado, destinatários da ordem jurídica estatal. Assim, opta-se pelo termo cidadania, em sentido amplo, em detrimento do termo “nacionalidade”, uma vez que a nacionalidade determina o pertencimento a uma nação e não a um Estado⁴³⁴⁴.

No Brasil, a Constituição e a doutrina diferenciam conceitualmente cidadania de nacionalidade. Enquanto a nacionalidade consiste no vínculo jurídico-político que une a pessoa ao Estado por nascimento ou por naturalização, a cidadania refere-se aos participantes da vida do Estado, nesse sentido, é a capacidade eleitoral ativa que atribui ao cidadão a condição jurídica de partícipe do processo político nacional, permitindo que este exerça direitos políticos. No direito brasileiro, nacionalidade é um conceito mais abrangente que cidadania, uma vez que, em regra, apenas o titular da nacionalidade brasileira pode ser cidadão⁴⁵.

A exceção consiste no caso do português equiparado, visto que a Constituição Brasileira definiu em seu artigo 12, §1º o instituto da quase-nacionalidade⁴⁶ “aos portugueses com residência permanente no país, se houver reciprocidade em favor de brasileiros, serão atribuídos os direitos inerentes ao brasileiro, salvo os casos previstos nesta Constituição”.

⁴²MIRANDA, Jorge; Manual de Direito Constitucional. 2010, p. 65.

⁴³Ibidem, p. 103.

⁴⁴Nesta pesquisa, utilizar-se-á o termo cidadania em sentido estrito, de modo a caracterizar os titulares de direitos políticos.

⁴⁵SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional positivo. 29ª ed. São Paulo, SP: Malheiros Ed. 2007. p. 344.

⁴⁶No que se refere ao instituto da quase nacionalidade, o Supremo Tribunal Federal manifestou-se no Recurso Extraordinário 890, julgamento em 5-8-04, DJ de 28-10-04: “A norma inscrita no art. 12, §1º da Constituição da República – que contempla, em seu texto, hipótese excepcional de quase-nacionalidade – não opera de modo imediato, seja quanto ao seu conteúdo eficaz, seja no que se refere a todas as consequências jurídicas que dela derivam, pois, para incidir, além de supor o pronunciamento aquiescente do Estado brasileiro, fundado em sua própria soberania, depende, ainda, de requerimento do súdito português interessado, a quem se impõe, para tal efeito, a obrigação de preencher os requisitos estipulados pela Convenção sobre Igualdade de Direitos e Deveres entre brasileiros e portugueses”.

Em razão da reciprocidade em favor de brasileiros residentes em Portugal, os portugueses que residem no Brasil possuem tratamento jurídico equivalente ao dispensado aos brasileiros naturalizados, sem necessidade de submissão ao procedimento de naturalização.

Tal reciprocidade foi conferida pelo Tratado de Amizade, Cooperação e Consulta, entre a República Federativa do Brasil e a República Portuguesa, celebrado em Porto Seguro em 22 de abril de 2000 e internalizado no Brasil através do Decreto nº 3.927 de 19 de setembro de 2001.

Desse modo, o nacional português beneficiário do estatuto de igualdade poderá exercer os direitos políticos e será cidadão, possuirá capacidade eleitoral ativa, mas não será nacional brasileiro, o que configura uma exceção à regra de que o cidadão brasileiro deve ser nacional⁴⁷.

No ordenamento jurídico português esta questão do estatuto de igualdade demonstra acentuado relevo, uma vez que os portugueses residentes no estrangeiro gozam de direito de voto em Portugal, consoante artigos 5º, 14, 115º, nº 12, 121º, nº 2 e 149º, nº 2, com exceção daqueles que possuam outra nacionalidade e residam no território do Estado em que possuem nacionalidade.

O Tratado de Amizade e Cooperação entre Portugal e Brasil afirma que o gozo dos direitos políticos no Estado de Residência importa na suspensão do exercício dos mesmos direitos no Estado da nacionalidade (artigo 17, nº 3). Embora aparentemente contraditório, em especial com o princípio do sufrágio universal, não há, no caso, controvérsia real. A igualdade de direitos políticos entre portugueses e brasileiros permite que estes exerçam direitos políticos no Brasil ou em Portugal, mas não em ambos concomitantemente⁴⁸.

Em Portugal, a Constituição de 1976 não traz a distinção entre nacionalidade e cidadania. Os cidadãos portugueses são aqueles considerados como tal pela lei ou por

⁴⁷O artigo 17 do Decreto nº 3.927 de 19 de setembro de 2001 determina que: "1. O gozo de direitos políticos por brasileiros em Portugal e por portugueses no Brasil só será reconhecido aos que tiverem três anos de residência habitual e depende de requerimento à autoridade competente. 2. A igualdade quanto aos direitos políticos não abrange as pessoas que, no Estado da nacionalidade, houverem sido privadas de direitos equivalentes. 3. O gozo de direitos políticos no Estado de residência importa na suspensão do exercício dos mesmos direitos no Estado da nacionalidade."

⁴⁸MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui. Constituição Portuguesa Anotada, Tomo I. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 990.

convenção internacional e todos gozam dos direitos e estão sujeitos aos deveres consignados na Constituição (artigos 4º e 12). Desse modo, a cidadania é o reconhecimento da qualidade de membro da comunidade política, cujos titulares compõem o povo, elemento humano do Estado. A opção pelo termo cidadania em detrimento ao termo nacionalidade⁴⁹, o qual fora adotado nas Constituições de 1911 e 1933 (artigos 39 e 73), indica a opção pela valorização do regime democrático, de modo a ressaltar a cidadania como participação política⁵⁰.

No que se refere à cidadania como direito de participação, faz-se necessário analisar que esta configura-se fundamento do estado democrático de direito e não se resume à mera atribuição de direitos formais de participação política.

A cidadania, na conceituação sociológica tradicional de Marshall, é constituída através da soma dos direitos civis, os quais representam a liberdade do indivíduo na sociedade, direitos políticos, os quais pressupõem a existência dos direitos civis e os reforçam, e os direitos sociais, que permitem a concretização da dignidade humana⁵¹.

Nesse sentido, não se admite a análise da cidadania em separado dos Direitos Humanos, pois, enquanto a cidadania compreende direitos civis, políticos e sociais, os quais expressam os valores de liberdade, igualdade e solidariedade, verifica-se que tais direitos não são dados, mas construídos no espaço público de convivência e participação, no sentido de Hannah Arendt, em que a cidadania é a consciência acerca do direito de ter direitos⁵².

Desse modo, doutrinariamente, verifica-se que é insuficiente a abordagem da cidadania como a mera titularidade de direitos políticos, uma vez que esses pressupõem a existência de direitos civis e sociais. Portanto, a plena cidadania apenas existe por meio da conjugação das três espécies de direitos: civis, sociais e políticos⁵³.

A história da titularidade e do exercício da cidadania no Brasil é marcada por um percurso de dificuldades, no entanto, desde o período colonial, os brasileiros possuem

⁴⁹Ainda havia alusão ao termo nacionalidade na Constituição da República Portuguesa de 1976, em seus artigos 38 e 53, no entanto, tais referências foram excluídas na primeira revisão constitucional.

⁵⁰MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui. Constituição Portuguesa Anotada. 2010, p. 123.

⁵¹MARSHALL, T. H. Cidadania, classe social e status. 1967, p. 66.

⁵²ARENDRT, Hannah. The origins of totalitarianism. 1993, p. 299.

⁵³“Tornou-se costume desdobrar a cidadania em direitos civis, políticos e sociais. O cidadão pleno seria aquele que fosse titular dos três direitos. Cidadãos incompletos seriam os que possuísem apenas alguns dos direitos. Os que não se beneficiassem de nenhum dos direitos seriam não-cidadãos.” CARVALHO, José Murilo de. Cidadania no Brasil: o longo caminho. 11ª edição. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2008, p. 9.

experiências eleitorais⁵⁴. Após a colonização, à época da independência (1822), as características marcantes da sociedade brasileira consistiam na população analfabeta, escravocrata e baseada em uma economia monocultora e latifundiária. Essas condições demonstraram-se barreiras para a manifestação da cidadania. A escravidão removia dos escravos os direitos civis básicos, portanto, a sociedade escravocrata era carente da noção de igualdade. Além disso, o analfabetismo impedia a formação de uma consciência política na sociedade.

Escravidão e grande propriedade não constituíam ambiente favorável à formação de futuros cidadãos. Os escravos não eram cidadãos, não tinham direitos civis básicos à integridade física (podiam ser espancados), à liberdade e, em casos extremos, à própria vida, já que a lei os considerava propriedade do senhor, equiparando-os a animais. Entre escravos e senhores existia uma população legalmente livre, mas a que faltavam quase todas as condições para o exercício dos direitos civis, sobretudo a educação. Ela dependia dos grandes proprietários para morar, trabalhar e defender-se contra o arbítrio do governo e de outros proprietários. (...) Não se pode dizer que os senhores fossem cidadãos. Eram, sem dúvidas, livres, votavam e eram votados nas eleições municipais. Eram os “homens bons” do período colonial. Faltava-lhes, no entanto, o próprio sentido da cidadania, a noção de igualdade de todos perante a lei⁵⁵.

A Constituição outorgada de 1824 que regeu o Brasil até o final da monarquia, adotou a monarquia parlamentar como sistema de governo e fixou os três poderes tradicionais, Executivo, Legislativo (Senado e Câmara) e o Judiciário e, ainda, como resquício do regime absolutista, criou um quarto poder: o Poder Moderador, privativo do imperador, cuja principal atribuição era a livre nomeação de ministros de Estado, sem dependência do Legislativo, inclusive com a possibilidade de dissolução deste Parlamento. Tal Constituição estabelecia que as eleições eram indiretas e feitas em dois graus, os votantes (no 1º grau) escolhiam os eleitores (2º grau), os quais elegiam os deputados e senadores. Eram votantes todos os cidadãos brasileiros no gozo dos direitos políticos (o que excluía escravos e mulheres), excetuando-se homens menores de 25 anos (o limite de idade era de 21 anos para os chefes de família, oficiais militares, bacharéis, clérigos, empregados públicos), os filhos de família vivendo com os pais e os criados (exceto categorias privilegiadas), os religiosos de ordem claustradas e as pessoas com renda anual inferior a cem mil-réis (voto censitário). Para os eleitores, excluía-se os libertos e os criminosos

⁵⁴NOHLEN, Dieter. Elections in the Americas. A Data Handbook. Vol. 2. South America. Edited by Dieter Nohlen. OXFORD University Press, 2005, p. 163.

⁵⁵ CARVALHO, José Murilo de. Cidadania no Brasil. 2008, p. 21.

pronunciados, além da exigência de renda anual mínima de duzentos mil réis. Esse regramento permaneceu até 1881⁵⁶.

As restrições ao exercício do voto eram poucas para os padrões da época. O censo de 1872 indica que votavam 13% da população, com exclusão dos escravos, enquanto que na Europa, na década de 1870, a participação eleitoral na Itália era de 2%, na Holanda era de 2,5% e em Portugal era de 9%⁵⁷.

No entanto, este percentual elevado de votantes brasileiros não deve ser considerado isoladamente para efeitos de avaliação da qualidade da participação política eleitoral. No contexto em que se encontrava o Brasil após a colonização, percebe-se que 85% da população era analfabeta e 90% residia em áreas rurais sob influência de grandes proprietários. Por tais razões, os brasileiros votavam, mas não possuíam consciência, naquele período da história, do que aquele ato significava⁵⁸, assim, o voto não significava participação política, mas sim um ato de obediência forçada aos chefes locais, que detinham o controle da população⁵⁹.

Em 1881, a denominada Lei Saraiva (Decreto nº 3.029 de 9 de janeiro de 1881) proibiu o voto dos analfabetos, o que reduziu significativamente a participação popular nas eleições (o percentual que era de 13% da população livre em 1872 passou para 0,8% da população total em 1886).

Tal retrocesso foi duradouro, uma vez que a proclamação da República, em 1889, a qual deveria instaurar um regime de governo do país pelo povo, permaneceu com a exclusão dos analfabetos da participação política. Ademais, mesmo após a proclamação da República, a população brasileira ainda permanecia sob o controle dos representantes das

⁵⁶ Constituição Política do Imperio do Brazil (de 25 de março de 1824), artigos 90 a 97.

⁵⁷ CARVALHO, José Murilo de. *Cidadania no Brasil...* 2008, p. 31.

⁵⁸“A maior parte dos cidadãos do novo país não tinha tido prática do exercício do voto durante a Colônia. Certamente, não tinha também noção do que fosse um governo representativo, do que significava o ato de escolher alguém como seu representante político. Apenas pequena parte da população urbana teria noção aproximada da natureza e do funcionamento das novas instituições.” *Ibidem*, p. 32.

⁵⁹“Nestas circunstâncias, o voto tinha um sentido completamente diverso daquele imaginado pelos legisladores. Não se tratava do exercício do autogoverno, do direito de participar da vida política do país. Tratava-se de uma ação estritamente relacionada com as lutas locais. O votante não agia como parte de uma sociedade política, de um partido político, mas como dependente de um chefe local, ao qual obedecia com maior ou menor fidelidade. O voto era um ato de obediência forçada ou, na melhor das hipóteses, um ato de lealdade e de gratidão. À medida que o votante se dava conta da importância do voto para os chefes políticos, ele começava a barganhar mais, a vendê-lo mais caro.” *Ibidem*, p. 35, et seq.

oligarquias agrárias, em um processo de dominação que se denominou coronelismo, um padrão de controle exercido pelos latifundiários, os chamados coronéis, sobre a população rural com base na dependência econômica⁶⁰.

O cenário de participação política permaneceu semelhante até a Revolução de 1930, a qual instalou severas mudanças sociais e políticas na história do país, inclusive com o surgimento da Justiça Eleitoral em 1932, instituída pelo Código Eleitoral de 24 de fevereiro de 1932 (Decreto nº 21.076). A criação de Tribunais nos níveis nacional e estadual com jurisdição sobre eleições em 1932 foi um marco na história eleitoral do Brasil. Os mecanismos institucionais necessários para controlar e padronizar os processos eleitorais foram finalmente estabelecidos formalmente através da estrutura da Justiça Eleitoral, do Tribunal Superior Eleitoral (TSE), a nível nacional e dos Tribunais Regionais Eleitorais (TRE), a nível estadual. A partir de então, a Justiça Eleitoral ficou encarregada de organizar o registro de eleitores, a fiscalização das cabines de votação e da votação em si, além do anúncio oficial dos candidatos vencedores⁶¹.

A Justiça Eleitoral obteve o status constitucional na Constituição de 1934, em seu artigo 63, alínea “d”, e no Título I, Capítulo IV, Seção IV, no qual estabelecia sua organização e competências⁶². Entretanto, em 1937, com a Constituição do Estado Novo, a Justiça Eleitoral foi extinta e restabelecida no processo de reabertura democrática através da Lei Agamenon Magalhães (Decreto-Lei n. 7.586, de 28 de maio de 1945) e em seguida, pela Constituição de 1946. Durante o período da Ditadura Militar, não houve extinção da Justiça Eleitoral⁶³. A atual Constituição Federal de 1988 também manteve a Justiça Eleitoral como integrante do Poder Judiciário e competente por organizar os pleitos eleitorais.

Ainda no que se refere à participação política, o país enfrentou uma fase de instabilidade entre regimes ditatoriais e democráticos. A fase revolucionária perdurou até 1934, que culminou com a votação pela assembleia constituinte de uma nova Constituição e a eleição de Getúlio Vargas como presidente. A denominada Revolução de 30 levou a uma

⁶⁰NOHLEN, Dieter. Elections in the Americas... 2005, p. 164.

⁶¹Ibidem, loc. cit.

⁶²GUERZONI FILHO, Gilberto. A Justiça Eleitoral no Brasil: A desconfiança como elemento fundamental de nosso sistema eleitoral. Revista de Informação Legislativa, Brasília, ano 41, n. 161, p. 39-45, jan. 2004. Passim.

⁶³MACHADO, Marcelo Passamani. A justiça eleitoral. In: CAGGIANO, Mônica S. Herman (coord.); ALMEIDA Fernando D. M. (Org.); MESSA, Ana F. (Org.). Direito eleitoral em debate: estudos em homenagem a Cláudio Lembo. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 272.

expansão sem precedentes de direitos de participação política, especialmente aqueles inseridos na Constituição de 1934. Ademais, um sistema multipartidário começou a tomar forma. No entanto, em 1937, inicia-se, com o golpe apoiado pelos Militares, o período ditatorial do Estado Novo, que perdurou até 1945⁶⁴, período no qual os partidos políticos e as eleições foram completamente suprimidos⁶⁵.

Em 1945, a República brasileira iniciou a viver o primeiro período de democracia efetiva, quando o voto popular passou a ter peso e extensão consideráveis, inclusive com a retomada do sistema multipartidário. Contudo, como em muitas transições democráticas, as principais autoridades do Estado Novo desempenharam um papel fundamental no novo regime, inclusive com influência indireta na organização dos partidos políticos. Assim, dois dos maiores partidos que vieram a dominar a nascente democracia foram criados por iniciativa de Vargas, nomeadamente: Partido Social Democrático (PSD) e o Partido Trabalhista Brasileiro (PTB). Um importante partido de oposição também foi fundado neste período, a União Democrática Nacional (UDN), assim como vários partidos pequenos e regionais⁶⁶.

Este período perdurou até 1964, com a intervenção dos militares e a implantação da nova ditadura. Em 1965, o governo militar banuiu os partidos políticos existentes e criou um sistema artificial de dois partidos políticos: a Aliança Renovadora Nacional (ARENA), e a oposição legal Movimento Democrático Brasileiro (MDB)⁶⁷.

Sob a ótica da cidadania, avalia-se que, durante os governos militares, houve a manutenção do direito do voto, no entanto, mediante o esvaziamento de seu sentido, ainda, percebeu-se um avanço nos direitos sociais, enquanto havia sérias restrições aos direitos civis e políticos⁶⁸. O golpe militar de 1964, em evidente contraste com as tendências democráticas, iniciou uma nova fase autoritária, a qual manteve-se por 21 anos até a eleição de Tancredo Neves em 1985 pelo Colégio Eleitoral (eleição indireta), trazendo a esperança da redemocratização ao país⁶⁹.

⁶⁴CARVALHO, José Murilo de. Cidadania no Brasil... 2008, p. 87

⁶⁵NOHLEN, Dieter. Elections in the America... 2005, p. 163

⁶⁶Ibidem, p. 166.

⁶⁷Ibidem, loc. cit.

⁶⁸CARVALHO, op. cit, p. 173.

⁶⁹ NOHLEN, Dieter. Elections in the Americas... 2005, p. 166.

O processo de redemocratização iniciou-se em 1974, quando o então presidente, general Ernesto Geisel, iniciou um processo lento de abertura à democracia, mediante a redução das restrições às propagandas eleitorais e a revogação do AI - 5 (Ato Institucional número 5), que era considerado o mais severo símbolo de restrição ao exercício dos direitos civis no país⁷⁰.

Não se pode também olvidar que um dos eventos fundamentais para o desenvolvimento do processo de transição democrática foi a campanha para as eleições presidenciais diretas, conhecida como Diretas Já, em 1984, movimento popular que pretendia a aprovação de uma Emenda Constitucional para que as eleições de 1985 fossem diretas, em vez de indiretas (realizadas por um colégio eleitoral de senadores, deputados federais e representantes das assembleias estaduais). No entanto, apesar da existência de forte pressão popular, que consistiu na maior mobilização popular da história do país, não houve sucesso a aprovação da Emenda Constitucional (a aprovação dependia de dois terços dos votos do Congresso). Contudo, o movimento das Diretas Já não existiu em vão. Mesmo com eleições indiretas, a oposição lançou como candidato o governador de Minas Gerais, Tancredo Neves, que venceu as eleições, mas faleceu antes de tomar posse⁷¹.

Após a morte de Tancredo Neves, José Sarney, eleito vice-presidente na chapa com Tancredo Neves, assumiu a presidência e conduziu o processo de redemocratização do país através da convocação da Assembleia Nacional Constituinte de 1987, instalada com o propósito de elaborar uma Constituição democrática para o país. Por fim, a Constituição de 1988 passou a ser denominada de Constituição Cidadã, por ser a mais liberal e democrática do país⁷².

Desse modo, verifica-se que a história da cidadania no Brasil é recente e encontra-se em construção.

Atualmente, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 garante a todos os brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade (artigo 5º, *caput*), o que implica na

⁷⁰ CARVALHO, José Murilo de. Cidadania no Brasil... 2008, p. 173.

⁷¹ Ibidem, p. 199

⁷² Ibidem, loc. cit.

ampla extensão de titulares de direitos fundamentais, permitindo a construção de um cenário adequado para o pleno gozo da cidadania, a abranger direitos civis, sociais e políticos.

O direito de participação popular no governo, por seus representantes, exigiu a formação de um conjunto permanente de normas que recebeu a denominação de direitos políticos. Desse modo, os direitos políticos consistem no conjunto de normas aptas a regular a atuação da soberania popular⁷³.

Enquanto Pimenta Bueno conceitua direitos políticos como meios necessários ao exercício da soberania popular, Rosah Russomano diz que “encarnam o poder que dispõe o indivíduo para interferir na estrutura governamental, através do voto”; Enrico Spagna Musso, por sua vez, aduz que “direitos políticos são direitos subjetivos públicos, visando à eficácia do princípio da soberania popular”⁷⁴. Por essa razão, direitos políticos são direitos da cidadania, uma vez que a natureza de ser cidadão consiste na aptidão para intervir no exercício do poder político da sociedade.

No Brasil, a Constituição Federal traça as linhas mestras acerca dos direitos políticos, enquanto o Código Eleitoral, a Lei das Inelegibilidades e a Lei dos Partidos Políticos aprofundam a regulamentação dos institutos relacionados a tais direitos.

A Constituição da República Federativa do Brasil estabelece, em seu capítulo reservado aos direitos políticos, as regras acerca dos meios para o exercício da soberania popular.

Ainda, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, celebrada em San José, em 1969, da qual o Brasil é signatário desde 1992, reconhece a todos os cidadãos o direito à participação política, de forma direta ou por representantes e o direito “de votar e ser eleitos em eleições periódicas autênticas, realizadas por sufrágio universal e igual e por voto secreto que garanta a livre expressão da vontade dos eleitores” (artigo 23. 1, b).

A Convenção vai além e limita os poderes dos Estados no que se refere às restrições aos direitos políticos dos cidadãos, de modo que admite restrições legais ao *jus suffragii* e ao *jus honorum*, no entanto, tais restrições são admissíveis “exclusivamente por motivos de idade, nacionalidade, residência, idioma, instrução, capacidade civil ou mental, ou condenação, por

⁷³SILVA, José A. da. Curso de direito constitucional... 2004, p. 343.

⁷⁴Cf. RAMAYANA, Marcos. Direito eleitoral. 12ª edição. Rio de Janeiro: Ímpetus, 2011, p. 2

juiz competente, em processo penal” (artigo 23. 2) Desse modo, o Brasil encontra-se vinculado tanto Constitucional quanto Convencionalmente ao respeito ao limites de restrição aos direitos políticos.

No Brasil, a aquisição dos direitos políticos dá-se através do alistamento eleitoral. O alistamento consiste em qualificação e inscrição da pessoa perante a Justiça Eleitoral. Assim, adquire-se a qualidade de eleitor e, conseqüentemente, a capacidade eleitoral, por meio do alistamento, que, atualmente, na Constituição Federal Brasileira é obrigatório⁷⁵ para os brasileiros de ambos os sexos maiores de 18 anos de idade, sendo facultativo para os maiores de setenta anos e maiores de dezesseis e menores de dezoito anos, bem como para os analfabetos (artigo 14, I e II).

Diz-se que, no Brasil, a cidadania adquire-se com a qualidade de eleitor, a qual documentalmente se manifesta por meio do título de eleitor válido. No entanto, o eleitor é titular da cidadania, mas nem sempre pode exercer todos os direitos políticos. Por essa razão, admite-se que a aquisição dos direitos políticos se opera por graus. O gozo integral dos direitos políticos depende do preenchimento de condições estabelecidas constitucionalmente, a exemplo das idades mínimas estabelecidas como condição de elegibilidade (artigo 14, §3º, VI)⁷⁶.

Em Portugal, a Constituição da República Portuguesa de 1976, já em seu artigo 1º afirma que Portugal é uma República soberana, baseada na dignidade da pessoa humana e na vontade popular. Em comentário a esse trecho do dispositivo, Jorge Miranda e Rui Medeiros afirmam que enquanto a dignidade da pessoa humana é um *prius*, esta subordina a vontade popular, não se tratando de contraposição, de modo que exija harmonização entre princípios, vez que é a ideia de dignidade humana que exige o respeito à vontade popular⁷⁷.

⁷⁵ Acerca da obrigatoriedade do voto, insta ressaltar a observação de Gilmar Ferreira Mendes, pois "a obrigatoriedade do voto refere-se tão-somente ao dever de comparecer às eleições ou, no caso de impossibilidade, ao dever de justificar a ausência. A escolha que há de ser feita pelo eleitor é evidentemente livre, podendo ele tanto escolher os candidatos de sua preferência como, eventualmente, anular o voto ou votar em branco" MENDES, Gilmar Ferreira. Curso de direito constitucional. 4 ed. rev e atual. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 780.

⁷⁶ SILVA, José A. da. Curso de direito constitucional... 2004, p. 346.

⁷⁷ "Não se trata aqui de defender uma neutra harmonização entre a dignidade da pessoa humana e a vontade popular, como se ambas fossem à partida equivalentes e se devesse estabelecer uma espécie de concordância prática entre elas. De facto, a dignidade da pessoa é axiologicamente primordial e, por isso, a vontade popular está-lhe juridicamente subordinada – não é outro, aliás, o significado da prevalência dos direitos fundamentais sobre a lei, os direitos fundamentais estão acima da lei pois a dignidade da pessoa humana é superior à vontade do povo. (...) Desta forma, se a vontade popular se subordina finalisticamente à dignidade da pessoa humana,

Ainda na Constituição da República Portuguesa de 1976, em regulamentação ao Estado de direito democrático, baseado na soberania popular, afirmado no artigo 3º e reafirmado no artigo 4º, tem-se a disciplina constitucional de direitos políticos. A Constituição Portuguesa aduz que o povo exerce o poder político através do sufrágio universal, igual, direto, secreto e periódico, do referendo e das demais formas previstas na Constituição (artigo 10). Inserido no título dos direitos, liberdades e garantias, a Constituição também trata dos direitos, liberdades e garantias de participação política. Desse modo, em Portugal, todos os cidadãos têm o direito de tomar parte na vida política e na direção dos assuntos públicos do país, diretamente ou por intermédio de representantes eleitos. (artigo 48, 1). Quanto ao direito de sufrágio, reconhece-se o sufrágio universal, visto que têm direito de sufrágio todos os cidadãos maiores de dezoito anos, ressalvadas as incapacidades previstas na lei geral. A Constituição também estabelece que o exercício do direito de sufrágio é pessoal e constitui um dever cívico (artigo 49).

Quanto às modalidades de exercício dos direitos políticos, estes podem ser classificados em direitos políticos positivos e negativos. São direitos políticos positivos aqueles que garantem a participação no processo político eleitoral, de modo ativo ou passivo. Já os direitos políticos negativos consistem nas normas que impedem essa participação, com núcleo nas inelegibilidades⁷⁸.

Os direitos políticos positivos são aqueles que asseguram o direito subjetivo de participação no processo político e nos órgãos governamentais. Tais direitos podem ser analisados sob o prisma ativo e passivo, pois garantem a participação do povo através das diversas modalidades de direito de sufrágio. Ou seja, sob o prisma ativo, manifesta-se através do direito de voto nas eleições, nos plebiscitos e referendos, bem como o direito de iniciativa popular de leis, o direito de propor ação popular e o direito de organizar e participar de

também esta, por sua vez, se liga ao modelo ideal de sociedade que lhe corresponde: o de uma "sociedade livre, justa e solidária". Nem a dignidade da pessoa nem a vontade popular pairam em abstracto. A dignidade da pessoa humana (com o modelo de sociedade livre, justa e solidária que lhe corresponde) concretiza-se em múltiplas normas, sobretudo no campo dos direitos fundamentais. A vontade popular – ou, na perspectiva dos artigos 2º e 3º, a soberania do povo – liga-se ao sufrágio e às demais manifestações de exercício de direitos políticos." MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui – Constituição Portuguesa Anotada. 2010, p. 77.

⁷⁸SILVA, José A. da. Curso de direito constitucional... 2004, p. 345.

partidos políticos. Sob o prisma passivo, manifesta-se através do direito de elegibilidade (direito a ser votado)⁷⁹.

O direito de sufrágio consiste na principal instituição dos direitos políticos positivos. Os conceitos de sufrágio e voto, embora muito próximos e relacionados, não se confundem, uma vez que o primeiro é o direito e o segundo uma das formas de seu exercício. Na Constituição da República Federativa do Brasil, o sufrágio é universal, enquanto o voto é direto, secreto e tem valor igual. O sufrágio consiste no direito público subjetivo de natureza política do cidadão de eleger, ser eleito e participar da organização e atividade do poder estatal. O direito de sufrágio decorre diretamente da soberania popular e do princípio democrático representativo. É através do direito de sufrágio, que o povo outorga legitimidade aos seus representantes, bem como também é através desse direito que o cidadão manifesta-se em plebiscitos e referendos⁸⁰.

A forma de sufrágio é condicionada pelo regime político do Estado, uma vez que não é admissível em um regime democrático o sufrágio restrito. Desse modo, o sufrágio universal é pressuposto de uma sociedade democrática⁸¹.

Quanto à extensão, o direito de sufrágio pode ser classificado em universal e restrito, sendo este censitário ou capacitário. Já quanto à igualdade, o direito de sufrágio pode ser igual ou desigual, podendo ser esse plural, múltiplo ou familiar.

O sufrágio universal, princípio basilar da democracia política, admite condicionamentos⁸². A regra da universalidade do sufrágio não significa a sua ilimitabilidade, mas exige que os condicionamentos a esse direito sejam realizados em conformidade com os parâmetros do Estado democrático de Direito⁸³.

⁷⁹SILVA, José A. da. Curso de direito constitucional... p.347.

⁸⁰Ibidem, p. 348.

⁸¹Ibidem, p. 349.

⁸²"Corolário da democracia contemporânea, a universalidade do sufrágio implica o reconhecimento do direito de votar e, em consequência, do de ser votado a todos os indivíduos de um Estado. Fundamenta-o a dignidade da pessoa humana. Traduz a proscricção do sufrágio restritivo, de maneira que todos os indivíduos podem escolher os seus governantes, salvo quando não preencham os requisitos gerais de capacidade previstos no ordenamento jurídico e, ao mesmo tempo, não se encontrem atingidos por um estado de incompatibilidade previsto normativamente." NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. Da perda e suspensão dos direitos políticos. 1998, p. 204.

⁸³"O sentido do sufrágio universal não é que todos, incluindo as crianças e os dementes, tenham direito de voto; é que haja correspondência entre capacidade civil e capacidade eleitoral, que tenham direito de voto e, assim, interfiram na regência da comunidade todos aqueles que podem reger as suas próprias pessoas. No vigente Direito constitucional português, do sufrágio apenas não usufruem os que estejam feridos das incapacidades

Já o sufrágio restrito só é conferido a indivíduos qualificados, seja por condições econômicas (censitário) ou por capacidades especiais (capacitário). O sufrágio censitário é concedido ao indivíduo que preencha determinada qualificação econômica. As Constituições Brasileiras de 1891, artigo 70, §1º, item 1º e de 1934 (artigo 108, parágrafo único, c) excluía os mendigos do direito de sufrágio, o que demonstra caráter censitário⁸⁴. A Constituição do Império de 1824 excluía do direito de voto nas eleições para deputados e senadores do Império aqueles que não alcançassem renda líquida anual de cem mil réis⁸⁵.

O sufrágio capacitário é restrito em razão de critérios de capacitações especiais, especialmente de natureza intelectual. O direito de sufrágio é atribuído apenas àqueles que possuem determinado grau de instrução. A exigência de que o indivíduo seja alfabetizado para ser eleitor configura caráter capacitário, que não foi adotado pela Constituição Brasileira de 1988⁸⁶.

Há, ainda, a exigência democrática de que o sufrágio seja igual, ou seja, que todos os eleitores disponham de número igual de votos, trata-se da conhecida regra da igualdade "*one man, one vote*". Também consiste em manifestação do princípio da igualdade do sufrágio a igualdade do direito de ser votado, igualdade esta que sofre mitigação diante das regras de inelegibilidades e dos requisitos constitucionais e legais de elegibilidade⁸⁷.

cominadas na lei geral (art. 49º, nº 1) e a exigência de <<lei geral>> significa mais do que a proibição de lei individual, visto que esta depreende-se logo do princípio segundo o qual as leis restritivas de direitos, liberdades e garantias têm de revestir caráter geral e abstracto (art. 18º, nº3, 1ª parte). Esta exigência significa, sim, que não pode haver incapacidades eleitorais que atinjam a universalidade e a igualdade definidas como inerentes ao sufrágio (mesmo art. 49º, nº 1), pois, doutro modo, seria diminuído o conteúdo essencial do direito (art. 18º, nº 3, 2ª parte). Assim, é nos parâmetros do Estado de Direito democrático que as incapacidades da lei geral relativas ao sufrágio universal podem ser avaliadas. Somente critérios materiais que nesses parâmetros se compreendam podem justificar a não concessão do *status activae civitatis*, sem arbítrios e sem discriminações de categorias de pessoas por motivos políticos ou outros." MIRANDA, Jorge; Manual de Direito Constitucional, 2010, p. 66.

⁸⁴SILVA, José A. Curso de direito constitucional. 2004, p. 350.

⁸⁵ "Art. 92. São excluídos de votar nas Assembléas Parochiaes. I. Os menores de vinte e cinco annos, nos quaes se não comprehendem os casados, e Officiaes Militares, que forem maiores de vinte e um annos, os Bachares Formados, e Clerigos de Ordens Sacras. II. Os filhos familias, que estiverem na companhia de seus pais, salvo se servirem Officios publicos. III. Os criados de servir, em cuja classe não entram os Guardalivros, e primeiros caixeiros das casas de commercio, os Criados da Casa Imperial, que não forem de galão branco, e os administradores das fazendas ruraes, e fabricas. IV. Os Religiosos, e quaesquer, que vivam em Communidade claustral. V. Os que não tiverem de renda liquida annual cem mil réis por bens de raiz, industria, commercio, ou Empregos."

⁸⁶ No Brasil, à Exceção da Constituição de 1988, nenhuma das Constituições republicanas reconhecia o direito de voto ao analfabeto. Apenas com a EC n. 25 de 1985 excluiu-se a vedação ao voto do analfabeto e com a Constituição de 1988, constitucionalizou-se a facultatividade do voto do analfabeto.

⁸⁷SILVA, José Afonso da. Op. Cit., p. 352.

O sufrágio desigual consiste na atribuição a determinados eleitores do direito de votar mais de uma vez para o provimento do mesmo cargo. Manifesta-se no voto múltiplo, no voto plural e no voto familiar. O voto múltiplo consiste na garantia de que determinados eleitores possam votar em mais de uma circunscrição, como aconteceu na Inglaterra, até 1948, onde os titulares de diplomas universitários podiam votar na circunscrição do domicílio e na da universidade. O voto plural é o direito de o eleitor votar mais de uma vez na mesma circunscrição. O voto familiar é aquele que confere ao pai de família mais de um voto em razão do número de membros da família⁸⁸. Percebe-se que todas estas técnicas de sufrágio desigual demonstram-se antidemocráticas.

O sufrágio desigual não foi adotado pela Constituição Brasileira de 1988, nem pela Constituição da República Portuguesa de 1976, as quais estabelecem regimes democráticos fundados na soberania popular e no sufrágio universal e igual⁸⁹.

Como se vê, o direito de sufrágio é o direito público subjetivo democrático que garante a participação política do povo, de modo a concretizar a soberania popular e o regime democrático representativo.

As duas facetas do direito político de sufrágio: a ativa (aptidão de votar) e a passiva (aptidão de ser votado) configuram o núcleo principal da capacidade eleitoral, ou seja, a capacidade para o exercício dos direitos políticos.

Nesse sentido, naquilo que se refere ao exercício dos direitos políticos positivos, faz-se indispensável a análise do instituto da capacidade eleitoral, a qual se subdivide em capacidade eleitoral ativa e passiva.

1.1 Direitos Políticos Positivos Ativos. Capacidade Eleitoral Ativa

Uma vez que nas democracias representativas a legitimidade do representante político é garantida através do voto, faz-se imprescindível verificar a evolução da participação política popular, visto que é esta quem garante a efetividade da democracia. No entanto, a capacidade eleitoral ativa não se resume no direito ao exercício do voto, mas

⁸⁸SILVA, José A. Curso de direito constitucional. 2004, p. 353.

⁸⁹A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, em seu artigo 14 determina que a soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos (...). Já a Constituição da República Portuguesa de 1976, aduz em seu artigo 10 que o povo exerce o poder político através do sufrágio universal, igual, direto, secreto e periódico, do referendo e das demais formas previstas na Constituição.

consiste na aptidão de participação e ocupação de espaço político pelo cidadão, através do direito de sufrágio, de participação em plebiscitos e referendos ou de proposições de leis através de iniciativa popular.

Especificamente no que se refere ao direito ao voto, no Brasil, durante o Império, a capacidade eleitoral ativa era eivada de restrições, (mas permitia a participação de uma elevada parcela da população, se considerados os padrões da época), exercida por eleitores do sexo masculino, inclusive analfabetos. As restrições davam-se por idade (25 anos em regra, ou 21 anos se casados, oficiais militares, bacharéis formados ou clérigos); por renda (voto censitário), visto que os votantes precisavam comprovar renda líquida anual de cem mil réis; por capacidade, visto que não podiam votar os filhos de família que estiverem na companhia dos pais (salvo se servissem aos ofícios públicos); por fim, também estavam excluídos do direito ao voto os escravos⁹⁰. Verifica-se, ainda, que nesse período as mulheres não eram consideradas cidadãs⁹¹.

Em 1881, a Capacidade Eleitoral Ativa no Brasil sofreu mais uma restrição através da Lei Saraiva ou Lei do Censo literário, aprovada nos termos propostos por Rui Barbosa (Decreto nº 3.029 de 9 de janeiro de 1881) a qual proibiu o voto dos analfabetos e aumentou o requisito de renda, de cem mil réis para duzentos mil réis⁹². A restrição ao voto dos analfabetos permaneceu até a aprovação da Emenda Constitucional nº 25 de 15 de maio de 1985 e, em seguida, a atual Constituição de 1988 manteve a garantia do voto facultativo ao

⁹⁰“Art. 92. São excluídos de votar nas Assembléas Parochiaes.

I. Os menores de vinte e cinco annos, nos quaes se não comprehendem os casados, e Officiaes Militares, que forem maiores de vinte e um annos, os Bachares Formados, e Clerigos de Ordens Sacras.

II. Os filhos familias, que estiverem na companhia de seus pais, salvo se servirem Officios publicos.

III. Os criados de servir, em cuja classe não entram os Guardalivros, e primeiros caixeiros das casas de commercio, os Criados da Casa Imperial, que não forem de galão branco, e os administradores das fazendas ruraes, e fabricas.

IV. Os Religiosos, e quaesquer, que vivam em Communidade claustral.

V. Os que não tiverem de renda liquida annual cem mil réis por bens de raiz, industria, commercio, ou Empregos.” Constituição Política do Imperio do Brazil (de 25 de março de 1824), artigo 92.

⁹¹“Desde a formação da sociedade brasileira, as mulheres foram excluídas de todo e qualquer direito político. Por exemplo, a Carta Outorgada do Império (1824) e a primeira Constituição da República (1891) não lhes concederam o direito de votar e nem de serem votadas. Uma situação que persistiria até as primeiras décadas do século XX. Eram, portanto, consideradas cidadãs de segunda categoria.” BUONICORE, Augusto César. As mulheres e os direitos políticos no Brasil... 2009.

⁹²“A justificativa para não tornar o voto universal, e sim censitário, era que as pessoas sem renda não estavam interessadas em resolver os problemas do país, pois, segundo essa concepção elitista, o povo não possuía ilustração e capacidade para exercer o direito do voto.” CHAIA, Vera. A Longa conquista do voto na história política brasileira... p. 2.

analfabeto, o que representou um marco na ampliação da capacidade eleitoral ativa no Brasil, no entanto, estabeleceu o analfabetismo como causa de inelegibilidade, privando os analfabetos da titularidade de direitos políticos passivos.

Os argumentos em defesa da exclusão da capacidade eleitoral ativa do analfabeto baseiam-se na necessidade de que o voto consciente pressupõe o acesso do eleitor às informações acerca dos candidatos e propostas, além da necessidade de nível de escolaridade adequado para compreensão do cenário político-eleitoral. Assim, a educação da sociedade é fundamento indispensável para a democracia representativa. No entanto, é necessário que se ressalte que também é função do Poder Público evitar que o voto da população desinformada seja utilizado para fins diversos do interesse público⁹³.

A restrição dos direitos políticos dos analfabetos pela Lei Saraiva (1881) representou o início de um processo de marginalização cívico política dos analfabetos. O artigo 8º, inciso II da referida lei estabelecia um procedimento de alistamento eleitoral e exigia para este a comprovação de saber “ler e escrever”, já o parágrafo 19 do artigo 15 da lei em comento permitiu (apenas para as eleições realizadas em 31 de outubro de 1881), o voto do analfabeto através de procurador: “Quando o eleitor não souber ou não puder assignar o seu nome, assignará em seu lugar outro por elle indicado, e convidado para este fim pelo presidente da mesa” (sic)⁹⁴. Em seguida, após a proclamação da República, a denominada República Velha (1889-1930) manteve a vedação ao exercício do voto pelos analfabetos, muito embora, nos debates parlamentares, houvesse manifestações contrárias a essa vedação, em busca da garantia do exercício dos direitos políticos pelos analfabetos⁹⁵.

Nesse contexto, tanto a Constituição Republicana de 24 de fevereiro de 1891, quanto a Constituição outorgada em 1937, a Constituição Democrática de 1946 e a Constituição de 1967 estabeleceram como inalistáveis os analfabetos, tal restrição apenas foi eliminada pela Emenda Constitucional nº 25/1985 e pela Constituição cidadã de 1988. No entanto, é de se ressaltar que, apesar do reconhecimento da alistabilidade do analfabeto, essa apenas foi concedida em caráter facultativo, o que evidencia “uma dose de preconceito” no tratamento com esses cidadãos. Ademais, a atual Constituição ainda mantém a

⁹³VENZON, Fábio Nesi. A efetividade do direito eleitoral e a soberania popular... 2008.

⁹⁴Art. 12, § 19 do Decreto nº 3.029 de 9 de janeiro de 1881.

⁹⁵ALEIXO, J. C. B.; KRAMER, P. Os analfabetos e o voto: da conquista da alistabilidade... 2010, p. 68-79, passim.

inelegibilidade do analfabeto, restrição ao exercício da Capacidade Eleitoral Passiva, a qual será analisada em tópico específico⁹⁶.

Outra considerável restrição à capacidade eleitoral ativa na história da participação política no Brasil consiste na ausência do voto feminino até a aprovação do Código Eleitoral de 1932. No entanto, é essencial ressaltar que o tema do voto feminino foi debatido durante o processo de elaboração da primeira Constituição Republicana (1891), os constituintes, contudo, optaram pelo silêncio constitucional na matéria. Desse modo, a Constituição de 1891 não vedou expressamente o voto feminino, mas também não o autorizou e, em razão de tal omissão, a interpretação dada foi a de excluir as mulheres do processo político-eleitoral⁹⁷.

Sob a égide da Constituição de 1891, os argumentos utilizados para a impossibilidade do gozo dos direitos políticos pelas mulheres eram variadas. Houve, inclusive, manifestações de deputados alegando a incapacidade mental das mulheres. Enquanto o deputado Tito Lívio afirmava que as mulheres possuíam um “retardo evolutivo” em relação aos homens; noutro sentido, outros alegavam que a superioridade moral feminina seria incompatível com o desempenho da política⁹⁸.

Por sua vez, as mulheres feministas defendiam que se a Constituição denominava especificadamente aqueles que estavam excluídos da titularidade dos direitos políticos e entre eles não estavam elencadas as mulheres, comprovava-se que o voto feminino não havia sido vetado. Inclusive, muitas mulheres, com a utilização desse argumento, buscaram, sem sucesso, efetivar o alistamento eleitoral. Em razão dos repetidos indeferimentos, em 1910, fundou-se, por feministas, o Partido Republicano Feminino⁹⁹.

Nomes importantes no movimento feminista sufragista brasileiro foram os de Bertha Lutz e de Diva Nolf Nazário. Bertha Lutz fundou a primeira entidade feminista

⁹⁶ALEIXO, J. C. B.; KRAMER, P. Os analfabetos e o voto: da conquista da alistabilidade... 2010, p. 68-79, passim..

⁹⁷BUONICORE, Augusto César. As mulheres e os direitos políticos no Brasil. 2009, passim.

⁹⁸Ibidem, passim.

⁹⁹“Ainda que pequeno, ele mostrava o grau de consciência e organização atingido pelas mulheres brasileiras no início do século XX. Entre suas fundadoras estavam a professora Leolinda Daltro e a escritora Gilka Machado. Esse aguerrido partido chegou a promover em novembro de 1917 uma passeata com quase 100 mulheres no centro do Rio de Janeiro. Não deixava de ser uma pequena revolução. No mesmo ano, o deputado socialista Maurício de Lacerda apresentou um projeto estabelecendo o voto feminino, que não chegou a ser apreciado pela Câmara”. Ibidem, passim.

brasileira com expressão nacional e internacional, a Federação Brasileira pelo Progresso Feminino (FBPF). Já Diva Nolf Nazário, estudante, defendeu em 1922 o sufrágio feminino nas eleições do diretório acadêmico da Faculdade de Direito do Largo de São Francisco e, em 1923, publicou o livro *Voto Feminino e Feminismo*, no qual dissertou sobre o movimento sufragista feminista da época¹⁰⁰.

Relevante marco histórico para o sufrágio feminino ocorreu em 25 de outubro de 1927, em razão da aprovação da Lei estadual nº 660 do Rio Grande do Norte, em que foi aprovado o voto feminino, o que permitiu a eleição de Júlia Alves Barbosa, como vereadora na cidade de Natal e de Alzira Soriano, como prefeita na cidade de Lajes, ambos municípios do Rio Grande do Norte¹⁰¹.

Finalmente, em fevereiro de 1932, o Código Eleitoral (Decreto nº 21.076) garantiu às mulheres o direito de votar e serem votadas em todo o território nacional. Tal prerrogativa foi exercida, pela primeira vez, na eleição da Assembleia Nacional Constituinte de 1934, a qual aprovou a Constituição de 1934, que reforçou a prerrogativa do voto feminino. A primeira mulher eleita para a Câmara dos Deputados foi Carlota Pereira de Queiróz, do estado de São Paulo. Os estados de Alagoas, Bahia, Sergipe, São Paulo e Amazonas, por sua vez, elegeram deputadas estaduais. Entretanto, os direitos políticos conferidos às mulheres não garantiram igualdade de direitos e cidadania plena para todas as mulheres brasileiras, uma vez que as reivindicações sufragistas femininas partiram somente de uma parcela minoritária da população feminina esclarecida e alfabetizada. A grande maioria das mulheres brasileiras permaneceu pobre e analfabeta e, portanto, as mulheres continuavam sem acesso a direitos civis e políticos e, desse modo, sem cidadania¹⁰².

Ainda, quanto à evolução das restrições à capacidade eleitoral ativa, agora afastando-se das restrições formais e adentrando nas restrições materiais ao exercício da capacidade eleitoral ativa, tem-se que, mesmo aqueles que possuíam a tal capacidade, não a podiam exercer livremente durante a evolução do processo democrático brasileiro, especialmente em razão da limitação do exercício do direito de voto durante a Primeira República, por razão da submissão do eleitorado a práticas coronelísticas, reforçadas pela

¹⁰⁰BUONICORE, Augusto C. As mulheres e os direitos políticos no Brasil, *passim*.

¹⁰¹Os 80 anos do voto de saias no Brasil – TRE-RN. Disponível em: <http://www.tre-rn.jus.br/o-tre/centro-de-memoria/os-80-anos-do-voto-de-saias-no-brasil-tre-rn>.

¹⁰²*Ibidem*, *passim*.

ausência do voto secreto e de uma Justiça eleitoral independente, até o Código eleitoral de 1932 e a Constituição Federal de 1934¹⁰³.

O fenômeno denominado coronelismo consiste no resultado de um conjunto de fatores: regime representativo, estrutura econômica e social inadequada. Trata-se de uma manifestação do poder privado, o qual se relaciona e busca coexistir com o regime político representativo. Victor Nunes Leal conceitua o coronelismo como “um compromisso, uma troca de proveitos entre o poder público, progressivamente fortalecido, e a decadente influência social dos chefes locais, notadamente dos senhores de terras”¹⁰⁴.

Com o processo de modernização da sociedade brasileira, o coronelismo se modificou, no entanto, permanecem, na democracia brasileira, vícios e interferências indevidas do poder econômico nos processos eleitorais. É ainda recorrente a prática de ilícitos eleitorais, que acabam por influenciar a formação da vontade eleitoral. Pesquisas e enquetes adulteradas, abuso dos meios de comunicação, uso indevido da máquina pública, abuso do poder econômico e corrupção eleitoral fazem parte da realidade brasileira, o que justifica a imperiosa necessidade de providências para sanar tais vícios eleitorais¹⁰⁵.

Com o objetivo de combater tais interferências, a justiça eleitoral brasileira possui a competência para o julgamento do contencioso pós-eleitoral. Trata-se da Ação de Impugnação de Mandato Eletivo (AIME) e do Recurso contra a expedição do Diploma (RCD). O RCD, embora nomeado como recurso pelo código eleitoral (artigo 262) possui natureza jurídica de ação autônoma, uma vez que objetiva a impugnação e anulação do ato de diplomação (ato de natureza administrativa) em razão da ocorrência de inelegibilidade superveniente ou de natureza constitucional e de falta de condição de elegibilidade. Já a AIME consiste ação judicial com previsão constitucional (artigo 14, § 10 da Constituição da República Federativa Brasileira), em que há a impugnação do mandato eletivo em razão da ocorrência de abuso do poder econômico, corrupção ou fraude.

¹⁰³Cf. LEAL, Vitor Nunes. Coronelismo, enxada e voto: o município e o regime representativo no Brasil. Editora Alfa – Ômega, 2ª edição, São Paulo, 1975; bem como FAORO, Raimundo. Os donos do poder: formação do patronato político brasileiro. 6ª ed. Porto Alegre, Globo, 1985.

¹⁰⁴LEAL, Vitor Nunes. Coronelismo, enxada e voto... 1975, p. 20.

¹⁰⁵OLIVEIRA, Marcelo Roseno de. O sistema jurisdicional de controle das eleições: virtudes e vícios do modelo constitucional brasileiro de apuração da verdade eleitoral, 2009. Dissertação (Mestrado em Direito Constitucional). Universidade de Fortaleza, Fortaleza, 2009, p. 92

Entretanto, a atuação judicial no contencioso pós-eleitoral não tem se mostrado suficiente para sanar este vício na democracia brasileira e garantir uma participação política eleitoral efetiva e adequada. Entende-se necessária a busca por um equilíbrio entre a atuação da Justiça Eleitoral no contencioso pós-eleitoral (repressiva) e a adoção de mecanismos preventivos, como a fiscalização do processo eleitoral e a educação da comunidade para que a capacidade eleitoral seja desempenhada de forma adequada¹⁰⁶.

Atualmente, no Brasil, a capacidade eleitoral ativa é também denominada de alistabilidade, pois é reconhecida pela Constituição Brasileira a todos aqueles que cumprem as condições de alistabilidade.

O alistamento eleitoral consiste na qualificação e inscrição do eleitor junto à Justiça Eleitoral. Conforme a Constituição, o alistamento e o voto são obrigatórios para os maiores de dezoito anos e facultativos para os analfabetos, os maiores de setenta anos, bem como para os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos (artigo 14, §1º, I e II).

Em razão da redação constitucional, apresentou-se uma controvérsia perante a Justiça Eleitoral no que se refere à obrigatoriedade do voto dos portadores de deficiência grave, cuja natureza e situação impossibilite ou torne excessivamente oneroso o exercício das obrigações eleitorais. Para regulamentar essa omissão constitucional, o Tribunal Superior Eleitoral emitiu a Resolução nº 21.920 de 19 de setembro de 2004, que afirma que o alistamento e o voto são obrigatórios para todas as pessoas portadoras de deficiência, no entanto, não estará sujeita a sanção a pessoa portadora de deficiência que torne impossível ou demasiadamente oneroso o cumprimento das obrigações eleitorais, relativas ao alistamento e ao exercício do voto.

No que se refere à capacidade eleitoral ativa, não restam dúvidas que aqueles que não são considerados inalistáveis pela Constituição são alistáveis e, após o alistamento, são dotados de capacidade eleitoral ativa, a exceção daqueles que incorrem nas hipóteses de perda ou suspensão dos direitos políticos.

¹⁰⁶PUCCI, Fernanda Patrícia Lima De Oliveira. Os limites da atuação da polícia Judiciária e administrativa na fiscalização da propaganda eleitoral. In: Suffragium. Revista do Tribunal Regional Eleitoral do Ceará: Volume 7 - Número 12, julho/dezembro 2015, p. 14.

De acordo com a Constituição da República Federativa do Brasil, não podem alistar-se como eleitores os estrangeiros e, durante o período do serviço militar obrigatório, os conscritos. (Artigo 14, §2º).

A exclusão do estrangeiro do exercício dos direitos políticos tem sido analisada com cautela pela doutrina, a qual tem defendido que o vínculo existente entre os estrangeiros e apátridas residentes no território é suficiente para que esses sejam considerados na formação da vontade popular¹⁰⁷¹⁰⁸.

No entanto, no âmbito internacional, os instrumentos que contêm disposições acerca de eleições surgiram em momento de grande preponderância dos Estado-nação, o que justifica que priorizem o direito de participação nas eleições aos nacionais. A Declaração Universal dos Direitos do Homem (DUDH) garante o direito à participação dos negócios públicos no “seu país”. A Convenção Europeia de Salvaguarda dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais (CEDH) permite a restrição à participação política dos estrangeiros; O Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos (PIDCP), que estabelece a garantia de votar e ser eleito, através de eleições periódicas, por sufrágio universal, igual e por escrutínio secreto, restringe tal direito apenas aos cidadãos, o que culmina na atribuição desse direito apenas aos nacionais dos Estados. Desse modo, os diversos diplomas nacionais legitimam a limitação da capacidade eleitoral dos estrangeiros¹⁰⁹.

Entretanto, têm surgido vozes em defesa da cidadania global ou mundial, em razão da constituição de uma sociedade civil global. Liszt Vieira, nesse sentido, aduz que os Estados nacionais têm perdido a capacidade de formular políticas nacionais autônomas em razão do processo de globalização. Por tal razão, o autor afirma o declínio do conceito

¹⁰⁷Há aqueles, como Gomes Canotilho, que defendem a possibilidade de a universalidade do sufrágio progressivamente trilhar pela extensão do direito do voto aos estrangeiros. Cf. CANOTILHO, Joaquim José Gomes, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 1998.

¹⁰⁸"Até há algumas décadas os direitos políticos eram reservados, em cada Estado, aos seus cidadãos, em nome do princípio da soberania. Mas agora vem-se assistindo a uma progressiva extensão desses direitos – com relevo para o direito de sufrágio – a estrangeiros e a apátridas. (...) A cidadania como nacionalidade vem-se então agregando um conceito mais lato de cidadania como participação política para além desse vínculo ou ultrapassando-o em novos moldes; um *status activae civitatis* baseado no *jus domicilii*; uma democracia mais inclusiva ligada à necessidade de enfrentar os mesmos problemas – pelo menos a nível local – por aqueles que vivem em certa área e que se espera que aceitem os valores de liberdade e igualdade da comunidade de acolhimento" MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui – *Constituição Portuguesa...* 2010, p. 991.

¹⁰⁹COSTA, P. M. Abreu da Silva. A participação dos portugueses não residentes e dos estrangeiros residentes nas eleições portuguesas. *Documentação e Direito Comparado*, nº 81/82, p. 180-216, 2000.

tradicional de cidadania, visto que os impactos da globalização interferem na capacidade do Estado de manter-se através de políticas nacionais isoladas, tornando-se dependente de fatores extranacionais. Assim, apresenta o movimento da democratização das relações internacionais, liderado especialmente por Organizações Não-Governamentais (ONG's)¹¹⁰.

Ainda, a restrição à alistabilidade dos conscritos é encarada pela doutrina de modo controverso. Conscrito é aquele recruta ou alistado no Exército, na Marinha ou na Aeronáutica durante o período de prestação do serviço militar. O Tribunal Superior Eleitoral já se manifestou no sentido de confirmar o impedimento do exercício do voto aos conscritos, mesmo àqueles já previamente alistados, uma vez que é permitido o alistamento facultativo dos maiores de dezesseis e menores de dezoito anos¹¹¹.

De acordo com a Resolução TSE nº15.850/89, o termo "conscrito" inclui também aqueles matriculados nos órgãos de formação de reserva e os médicos, dentistas, farmacêuticos e veterinários que prestam serviço militar inicial obrigatório.

Marcos Ramayana apresenta críticas à restrição ao voto e ao alistamento do conscrito, pois tal restrição não se encontra em conformidade com o sufrágio universal e não há, no atual estágio de evolução democrática, justificativa para a restrição ao voto do conscrito.

Fundamenta-se a inalistabilidade do conscrito na ausência de liberdade para manifestação do voto, uma vez que submetido à hierarquia das Forças Armadas. No entanto, as Forças Armadas não detêm o poder de influenciar a decisão do eleitor, nem deve ser

¹¹⁰“Muitos problemas tornaram-se imediatamente globais, impossíveis de serem resolvidos por meio de políticas nacionais isoladas. Os mercados se globalizaram, o meio ambiente não conhece fronteiras, os meios eletrônicos de comunicação muito menos. Inúmeros tratados internacionais foram aprovados nesta segunda metade do século XX nas áreas ambiental, científica, cultural, econômica, social, criminal etc., enfraquecendo a tradicional e dominante visão realista que explica as relações internacionais apenas pela força e pelo conflito. Diante desse quadro, a grande maioria da população dos diversos Estados, marginalizada social e economicamente pela globalização, perde interesse e energia para participar das lutas internas, que percebe como secundárias, mergulhando em passividade e alienação. À parte essa maioria inerte, surge, entre outros, um grupo desorientado que vai servir de massa de manobra para políticas direitistas e, de outro lado, uma minoria de militantes idealistas que oferece resistência à globalização dominante, propondo uma globalização alternativa, um projeto emergente de construir uma sociedade civil global visando à democratização das relações internacionais”. VIEIRA, Liszt. Os argonautas da cidadania. Rio de Janeiro: Record, 2001, p. 28.

¹¹¹Conforme decisão do TSE: Alistamento eleitoral. Impossibilidade de ser efetuado por aqueles que prestam o serviço militar obrigatório. Manutenção do impedimento ao exercício do voto pelos conscritos anteriormente alistados perante a Justiça Eleitoral, durante o período da conscrição. Resolução nº 20.165 de 07.04.1998 – Processo Administrativo nº 16.337 – Classe 19ª/GO (Goiânia). Relator: Ministro Nilson Naves. Interessada: Corregedoria Regional Eleitoral/ GO. Decisão: unânime, respondido o expediente da Corregedoria Regional Eleitoral/ GO. Cf. RAMAYANA, Marcos. Direito eleitoral... Passim.

justificativa para a não incidência de norma de conteúdo cidadão. Uma vez que é permitida a candidatura do militar, não é lógico com a interpretação constitucional sistemática o obstáculo ao voto do conscrito. O autor sugere a alteração do Texto Constitucional através de Emenda Constitucional, que exclua essa restrição imposta aos conscritos, de modo a garantir a máxima efetividade da universalidade do sufrágio¹¹².

Ainda enquanto restrições à capacidade eleitoral ativa, a Constituição Brasileira veda a cassação dos direitos políticos, no entanto reconhece a possibilidade de perda ou suspensão de tais direitos.

As hipóteses de perda e suspensão dos direitos políticos estão previstas no artigo 15 da Constituição Brasileira, no entanto, o texto constitucional não distingue quais as hipóteses de perda e quais as hipóteses de suspensão de direitos políticos, classificação esta que fica a cargo da doutrina.

Gilmar Ferreira Mendes aduz que a referência à perda sugere definitividade, enquanto suspensão sugere temporariedade. Por essa razão, classifica como hipóteses de perda de direitos políticos o cancelamento da naturalização por sentença transitada em julgado; a perda da nacionalidade brasileira, por aquisição de outra nacionalidade; a recusa de cumprimento de obrigação a todos imposta e da satisfação da prestação alternativa. Ainda, classifica como hipóteses de suspensão de direitos políticos a incapacidade civil absoluta; a condenação criminal transitada em julgado, enquanto durarem seus efeitos e a improbidade administrativa¹¹³.

Especial destaque merece a hipótese da incapacidade civil absoluta, pois, com o advento do Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei nº13.146 de 6 de julho de 2015), que alterou a redação do artigo 3º do Código Civil, no ordenamento jurídico brasileiro, apenas são absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil os menores de 16 (dezesseis) anos. Desse modo, não há mais a hipótese de se adquirir a incapacidade civil absoluta após o alistamento eleitoral.

¹¹²"A legislação constitucional-eleitoral não pode restringir o alistamento e, por via indireta, o voto dos conscritos. Na hipótese do cidadão se encontrar impossibilitado de comparecer na seção eleitoral no dia da eleição por razão imposta pelo serviço militar, ele poderá justificar a ausência, mas se está de folga deve-se efetivar o direito do voto. Não podemos conceber que nos tempos modernos ainda subsistam dúvidas quanto à liberdade do voto aos conscritos." RAMAYANA, Marcos. Direito eleitoral... 2011, p. 7.

¹¹³MENDES, Gilmar Ferreira. Curso de direito constitucional... p. 810.

As hipóteses de perda e suspensão dos direitos políticos interferem diretamente na capacidade eleitoral, de modo a restringir (temporariamente, no caso da suspensão e definitivamente, no caso da perda) a capacidade eleitoral, tanto na sua vertente ativa, quanto na passiva. Por essa razão, o titular dos direitos políticos submetido a uma das hipóteses de perda ou de suspensão torna-se impedido do exercício de todos os direitos políticos.

Ainda no que se refere à capacidade eleitoral ativa, tem-se, também, na Constituição da República Federativa do Brasil os institutos da democracia participativa: plebiscito, referendo e iniciativa popular.

O plebiscito consiste em consulta popular aos eleitores acerca de um ou mais temas antecedentes ao processo legislativo. O referendo também é uma modalidade de consulta popular, no entanto, este instituto presta-se a consultar o eleitorado acerca da aprovação ou rejeição de determinado texto normativo, que já fora aprovado pelo legislativo¹¹⁴.

A iniciativa popular consiste em modalidade de participação política através da qual o povo apresenta projetos de lei ao Poder Legislativo. A iniciativa popular demanda que o projeto de lei apresentado à Câmara dos Deputados seja subscrito, por, no mínimo, um por cento do eleitorado nacional, distribuído, no mínimo, em cinco Estados, com, no mínimo, três décimos por cento dos eleitores de cada um deles (artigo 61, §2º, CF/88). Em âmbito municipal, a iniciativa popular de projetos de lei de interesse específico do Município, da cidade ou de bairros, ocorrerá através de manifestação de, pelo menos, cinco por cento do eleitorado municipal (artigo 29, XIII, CF/88).

Em Portugal, a capacidade eleitoral ativa é atribuída em regra a todos os cidadãos portugueses maiores de dezoito anos. A primeira questão que se coloca diz respeito à fixação da idade, visto que, como a Constituição fixou tal idade mínima, ainda que haja emancipação, tal alteração na capacidade civil não alterará a capacidade eleitoral¹¹⁵.

Ainda, além dos portugueses, podem ser titulares do direito de sufrágio em Portugal, os cidadãos de outros Estados. A Constituição afirma que, caso haja reciprocidade, e, nos termos da lei, os cidadãos dos países de língua portuguesa podem votar em todas as

¹¹⁴BULOS, Uadi Lammêgo. Constituição Federal Anotada. 7.ed. Rev. e atualizada até a EC nº 53/2006. São Paulo: Saraiva, 2007.

¹¹⁵MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui – Constituição Portuguesa Anotada... p. 990.

eleições (artigo 15, n.º 3)¹¹⁶; Os cidadãos dos Estados membros da União Europeia podem votar nas eleições para o Parlamento Europeu (artigo 15, n.º 5) e para os órgãos das autarquias locais (artigo 15, n.º 4 e artigo 19.º, n.º 1 do Tratado da Comunidade Europeia); Os cidadãos de outros países podem votar nas eleições dos titulares dos órgãos das autarquias locais (artigo 15, n.º 4). No entanto, atualmente apenas há a atribuição dos direitos políticos aos brasileiros, em razão do Tratado de Amizade e Cooperação, dada a inexistência de regulamentação das demais hipóteses.

No que se refere à capacidade eleitoral ativa dos brasileiros em Portugal, ressalta-se a questão da eleição para a Presidência da República, visto que o artigo 121 da Constituição da República Portuguesa afirma que o Presidente da República é eleito por sufrágio universal, direto e secreto dos cidadãos portugueses. No entanto, compreende-se que a interpretação de tal dispositivo deve ser realizada em conformidade com o artigo 15, n.º 3, o qual reconhece a capacidade eleitoral ativa dos brasileiros¹¹⁷.

A Lei Eleitoral do Presidente da República (Decreto-Lei n.º 319-A/76, de 3 de maio), em seu artigo 1.º afirma que são eleitores do Presidente da República os cidadãos portugueses recenseados no território nacional e os cidadãos portugueses residentes no estrangeiro que se encontrem inscritos nos cadernos do recenseamento eleitoral nacional, bem como os cidadãos de outros países de língua portuguesa que residam no território nacional e beneficiem do estatuto de igualdade de direitos políticos, nos termos de convenção internacional e em condições de reciprocidade, desde que estejam inscritos como eleitores no território nacional.

A Lei Eleitoral da Assembleia da República assevera em seu artigo 1.º que a capacidade eleitoral ativa é atribuída aos cidadãos portugueses maiores de 18 anos e, ainda, que os portugueses havidos também como cidadãos de outro Estado não perdem por esse fato a capacidade eleitoral ativa. Desse modo, é bastante ampla a atribuição de capacidade eleitoral ativa para o desempenho do direito de voto nas eleições para Assembleia da

¹¹⁶Artigo 15, n.º 3. Aos cidadãos dos Estados de língua portuguesa com residência permanente em Portugal são reconhecidos, nos termos da lei e em condições de reciprocidade, direitos não conferidos a estrangeiros, salvo o acesso aos cargos de Presidente da República, Presidente da Assembleia da República, Primeiro-Ministro, Presidentes dos tribunais supremos e o serviço nas Forças Armadas e na carreira diplomática.

¹¹⁷MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui – Constituição Portuguesa Anotada... p. 992.

República, exigindo-se apenas a maioria e a cidadania portuguesa, além disso, em casos de plurinacionalidade, o português não perde a capacidade eleitoral ativa¹¹⁸.

No entanto, a Lei Eleitoral da Assembleia da República também apresenta uma lista de incapacidades eleitorais, as quais se mostram como restrições à capacidade eleitoral ativa dos portugueses¹¹⁹.

A Lei Eleitoral dos Órgãos das Autarquias Locais (Lei Orgânica nº 1/2001 de 14 de agosto) também estabelece regra específica para a capacidade eleitoral ativa e afirma que gozam de capacidade eleitoral ativa os cidadãos maiores de 18 anos a seguir indicados: a) Os cidadãos portugueses; b) Os cidadãos dos Estados membros da união Europeia quando de igual direito gozem legalmente os cidadãos portugueses no estado de origem daqueles; c) Os cidadãos de países de língua oficial portuguesa com residência legal há mais de dois anos quando de igual direito gozem legalmente os cidadãos portugueses no respetivo Estado de origem; d) Outros cidadãos com residência legal em Portugal há mais de três anos desde que nacionais de países que, em condições de reciprocidade, atribuam capacidade eleitoral ativa aos portugueses neles residentes.

A Lei Eleitoral para o Parlamento Europeu (Lei nº 14/87, de 29 de abril), por sua vez, também define uma regra específica para a capacidade eleitoral ativa, pois, são eleitores dos deputados ao Parlamento Europeu eleitos em Portugal: a) Os cidadãos portugueses recenseados no território nacional; b) Os cidadãos portugueses inscritos no recenseamento eleitoral português, residentes fora do território nacional, que não optem por votar em outro Estado membro da União Europeia; c) Os cidadãos da União Europeia, não nacionais do Estado Português, recenseados em Portugal.

1.2 Direitos Políticos Positivos Passivos. Capacidade Eleitoral Passiva

Já no que tange à capacidade eleitoral passiva, a qual consiste na aptidão para ser votado e eleger-se, ou seja, capacidade para candidatar-se a mandato eletivo, a Constituição

¹¹⁸MIGUÉIS, Jorge Luís [et. al]. Lei Eleitoral da Assembleia da República - anotada e comentada. Lisboa: Imprensa Nacional Casa da Moeda, 2015, p. 42.

¹¹⁹Artigo 2.º Incapacidades eleitorais activas Não gozam de capacidade eleitoral activa: a) Os interditos por sentença com trânsito em julgado; b) Os notoriamente reconhecidos como dementes, ainda que não interditos por sentença, quando internados em estabelecimento psiquiátrico ou como tais declarados por uma junta de dois médicos; c) Os que estejam privados de direitos políticos, por decisão judicial transitada em julgado.

da República Federativa do Brasil estabeleceu uma série de requisitos de elegibilidade, são as condições de elegibilidade.

Uma parcela da doutrina questiona o termo “condições de elegibilidade”, uma vez que no ordenamento jurídico brasileiro, a satisfação de tais requisitos permite apenas a obtenção do registro de candidatura, o que tornaria mais adequada a adoção do termo “condições de registrabilidade”, de modo que ao satisfazer tais condições o candidato obtém o direito ao registro, o qual garante o direito a ser votado (*jus honorum*)¹²⁰. Apesar da atecnia gramatical, a expressão “condições de elegibilidade” ainda é a mais utilizada na doutrina brasileira.

As condições de elegibilidade são classificadas em constitucionais e infraconstitucionais, também nomeadas de próprias e impróprias¹²¹.

As condições constitucionais são a nacionalidade brasileira, o pleno exercício dos direitos políticos, o alistamento eleitoral, o domicílio eleitoral na circunscrição, a filiação partidária e as idades mínimas (artigo 14, §3º).

No que se refere ao requisito da nacionalidade como condição de elegibilidade, destaca-se a posição de Jorge Miranda acerca da necessidade de que os governantes também sejam integrantes do povo, pois encarnam o Estado-poder e, portanto, devem integrar o Estado-comunidade¹²².

Para o cargo de vereador, no Brasil, a Constituição estabeleceu a idade mínima de dezoito anos. Para os cargos de Deputado Federal, Deputado Estadual ou Distrital, Prefeito, Vice-Prefeito e juiz de paz, vinte e um anos. Para os cargos de Governador e Vice-

¹²⁰NIESS, Pedro Henrique Távora. Direitos Políticos – condições de elegibilidade, inelegibilidade e ações eleitorais. 2ª edição. Edipro: 2000, p. 28.

¹²¹Adriano Soares da Costa classifica em próprias as condições de elegibilidade previstas no artigo 14, §3º da Constituição Federal e impróprias aquelas previstas em outras normas constitucionais e infraconstitucionais. Cf. COSTA, Adriano Soares da. Instituições de Direito Eleitoral, 6ª Ed. Belo Horizonte, MG: Del Rey, 2006. Em sentido semelhante, Marcos Ramayana classifica como próprias todas as condições constitucionais e impróprias todas as infraconstitucionais. RAMAYANA, Marcos. Direito Eleitoral... 2011, passim.

¹²²“Os governantes fazem tanto parte do povo como os governados. Têm de ser cidadãos do país, têm de vir do povo – seja qual for a sua condição social e sejam quais forem as formas de designação. Se pode dizer-se que encarnam o Estado-poder, já não pode pretender-se que só os governados formem o Estado-comunidade. Cidadãos como eles, recrutados entre eles, os governantes não podem deixar de viver e conviver com os governados e de se integrar também no Estado-comunidade”. MIRANDA, Jorge; Manual de Direito ... 2010, p. 63.

Governador de Estado e do Distrito Federal, trinta anos. E, finalmente, para os cargos de Presidente e Vice-Presidente da República e Senador, trinta e cinco anos.

No entanto, para que o cidadão seja elegível, além de satisfazer as condições de elegibilidade, também é necessário que não incorra em nenhuma situação de inelegibilidade.

As inelegibilidades receberam tratamento constitucional, em que se estabelece hipóteses de inelegibilidade absoluta (que atingem todos os mandatos eletivos), inelegibilidades relativas a alguns cargos e ainda houve delegação para que lei complementar dispusesse sobre a matéria.

Nesse sentido, considera-se como inelegibilidade absoluta, aquela prevista no artigo 14, §4º da Constituição Federal Brasileira, o qual afirma que são inelegíveis os inalistáveis e os analfabetos.

No que se refere à inelegibilidade dos analfabetos, existem inúmeras críticas doutrinárias quanto a essa restrição ao exercício da capacidade eleitoral passiva. O principal argumento para a eliminação da restrição à elegibilidade dos analfabetos consiste na alegação de que tal restrição fere o princípio democrático, uma vez que restringe a participação popular na vida política. Ademais, ainda em desdobramento do princípio democrático, tem-se que um dos objetivos da democracia é a redução de privilégios e a garantia de igualdade de oportunidades (isonomia), desse modo, a inelegibilidade dos analfabetos apenas multiplicaria desigualdades, a ferir a isonomia e debilitar a democracia¹²³.

Ainda, ressalta-se que o analfabetismo é condição estigmatizante do cidadão, o qual, por sua condição, encontra-se privado do exercício dos mais básicos direitos, condenado a empregos com exigência de menor qualificação e salários inferiores. No entanto, o analfabeto permanece plenamente capaz na ordem civil e penal, o que gera uma contradição: a lei política exclui a presunção de discernimento em que se funda a lei civil e penal para privar o analfabeto da possibilidade de ser eleito¹²⁴.

Em sentido contrário, argumenta-se que o requisito da alfabetização para a elegibilidade funciona como estímulo para alfabetização de eventuais candidatos. No

¹²³ALEIXO, J. C. B.; KRAMER, P. Os analfabetos e o voto... 2010.

¹²⁴Ibidem, passim.

entanto, tal argumentação esquece que o analfabetismo é causado, não pela ausência de motivação para a frequência escolar, mas pela dificuldade de acesso ao ensino no Brasil, inclusive em razão do trabalho infantil, que afasta as crianças em idade escolar das redes de ensino e as conduzem ao analfabetismo. Nesse sentido, existem diversos outros incentivos para a alfabetização de tais cidadãos, inclusive a oportunidade de melhores empregos, o que nos evidencia que o analfabetismo não se dá por uma escolha consciente e voluntária, mas por uma situação de exclusão social. Portanto, a restrição à elegibilidade dos analfabetos mostra-se como uma conduta discriminatória¹²⁵.

Durante a história dos direitos políticos no Brasil, em nenhum momento foi conferido aos analfabetos o direito de ser votado. No entanto, é nítido o movimento em prol do alargamento da cidadania e da participação política na democracia brasileira desde o século XX. Durante a elaboração do anteprojeto da Constituição de 1988, pela Comissão Provisória de Estudos Constitucionais ou Comissão Afonso Arinos, discutiu-se a elegibilidade dos analfabetos e o anteprojeto enviado à Assembleia Nacional Constituinte garantia a estes o direito à elegibilidade¹²⁶. No entanto, durante o processo constituinte houve debates intensos acerca do tema, como se vê na manifestação do parlamentar constituinte Antonio Mariz:

[...] se (...) o voto censitário é por todo aspecto condenável, na medida em que faz da riqueza a condição de acesso a cargos públicos, é ainda menos estúpido do que a proibição de votar nos analfabetos. Porque, quando se diz que o analfabeto não vota ou não se elege, na verdade o que se está fazendo é confundir analfabetismo com ignorância – coisas, no entanto, absolutamente distintas. Há muitas formas de adquirir-se conhecimento que não apenas pela leitura [...]. (Diário da Assembleia Nacional Constituinte, Suplemento “C”, 1988, p. 581-2)

No entanto, apesar das manifestações a favor da elegibilidade do analfabeto, prevaleceu a posição majoritária, a qual defendia ser inadmissível a atribuição da capacidade eleitoral passiva para aqueles que não possuíssem conhecimento mínimo da língua portuguesa.

¹²⁵No mesmo sentido: “Em que pese a solidez institucional da inelegibilidade dos analfabetos e dos argumentos que a sustentou desde a Assembleia Nacional Constituinte, faz-se necessária a reconfiguração deste instituto constitucional, tendo em vista as novas diretrizes cidadãs que clamam por pluralidade e participação política plena, conforme se extrai do próprio corpo jurídico de nosso sistema constitucional”. DE ABREU, Guilherme. Elegibilidade dos analfabetos: por uma reconfiguração à luz da plenitude da cidadania... 2014, p.46.

¹²⁶Ibidem, passim.

Desse modo, uma vez que o comando Constitucional estabelece tal inelegibilidade, a fim de compatibilizá-la com o princípio democrático, é necessário que se realize uma interpretação restritiva, uma vez que o analfabetismo enquanto causa de inelegibilidade consiste em medida de extrema restrição de direitos políticos, o que impõe uma aplicação restritiva. Portanto, o analfabetismo que gera a inelegibilidade é o analfabetismo completo, o qual priva o cidadão do conhecimento de estruturas básicas da língua portuguesa¹²⁷.

Como hipóteses de inelegibilidades relativas, que são aquelas que impedem a elegibilidade apenas a determinados cargos, tem-se a inelegibilidade para o mesmo cargo de Chefe do Executivo para um terceiro mandato consecutivo, prevista no artigo 14, §5º, o qual afirma que o Presidente da República, os Governadores de Estado e do Distrito Federal, os Prefeitos e quem os houver sucedido ou substituído no curso dos mandatos poderão ser reeleitos para um único período subsequente.

Há também a previsão constitucional da inelegibilidade reflexa, a qual estabelece que, por motivos de parentesco, são inelegíveis, no território de jurisdição do titular, o cônjuge e os parentes consanguíneos ou afins, até o segundo grau ou por adoção, do Presidente da República, de Governador de Estado ou Território, do Distrito Federal, de Prefeito ou de quem os haja substituído dentro dos seis meses anteriores ao pleito, salvo se já titular de mandato eletivo e candidato à reeleição (artigo 14, §7º).

Existe ainda a questão dos militares. Segundo a Constituição Federal, o militar alistável é elegível, desde que atendidas as condições estabelecidas constitucionalmente, quais sejam: o militar que contar com menos de dez anos de serviço deverá afastar-se¹²⁸ da atividade e o militar que contar com mais de dez anos de serviço, será agregado¹²⁹ pela

¹²⁷DE ABREU, Guilherme. Elegibilidade dos analfabetos: por uma reconfiguração à luz da plenitude da cidadania... 2014, passim.

¹²⁸“O Tribunal Superior Eleitoral decidiu que o afastamento da atividade imposto pela Constituição Federal é definitivo, porém, exigível somente após o deferimento do registro da candidatura (Recurso Especial Eleitoral nº 20.318/2002). Aquela Corte, inclusive, na Consulta nº 571 (Resolução nº 20.598/2000) respondeu à indagação sobre o significado da expressão afastar-se da atividade nos seguintes termos: “o afastamento do militar de sua atividade, previsto no art. 14, § 8º, I, da Constituição, deverá se processar mediante demissão ou licenciamento *ex-officio*, na forma da legislação que trata do serviço militar e dos regulamentos específicos de cada Força Armada”. Por oportuno, ressaltamos que, segundo o art. 94 do Estatuto dos Militares, tanto a demissão (que no Regime Jurídico Único dos Servidores Públicos da União corresponde à exoneração), quanto o licenciamento caracterizam a exclusão do serviço ativo, para oficiais e praças, respectivamente.” PIRES, S. F. S.; AMORIM, M. C. M. Elegibilidade e filiação partidária de militares. Brasília: Câmara dos Deputados, mar. 2006, p. 8.

¹²⁹“A agregação, conforme o art. 80 do Estatuto dos Militares, é a situação na qual o militar da ativa deixa de ocupar vaga na escala hierárquica de seu Corpo, Quadro, Arma ou Serviço, nela permanecendo sem número;

autoridade superior e, se eleito, passará automaticamente, no ato da diplomação, para a inatividade (artigo 14, §8º). A priori, insta ressaltar que o militar apenas será alistável, se não se enquadrar na situação do conscrito (recruta ou alistado no Exército, na Marinha ou na Aeronáutica durante o período de prestação do serviço militar), o qual é expressamente inalistável, conforme ditame Constitucional.

No entanto, a Constituição Federal ainda estabelece restrições aos militares no que se refere à filiação partidária¹³⁰, pois estabelece em seu artigo 142, §3º, inciso V, que o militar, enquanto em serviço ativo, não pode estar filiado a partidos políticos. Assim, surge aparente antinomia constitucional, pois o militar alistável é elegível, mas a ele é vedada a filiação partidária, uma das condições de elegibilidade (uma tentativa constitucional de manter as Forças Armadas e os militares da ativa afastados da militância político-partidária). O entendimento do Tribunal Superior Eleitoral (Resolução do TSE nº 19.509), neste sentido, confirma a elegibilidade do militar, a estabelecer condições específicas para o exercício desse direito, de modo a compatibilizar as regras constitucionais. Desse modo, ao militar elegível, não será exigida prévia filiação partidária para o registro de candidatura. Assim, os militares serão considerados filiados após a homologação, pela Justiça Eleitoral, de sua candidatura e da desincompatibilização¹³¹.

A Constituição Federal ainda delega à lei complementar a possibilidade de estabelecer novos casos de inelegibilidade e estabelecer prazos para a sua cessação, com a finalidade de proteção da probidade administrativa, da moralidade para o exercício do

no entanto, receberá normalmente seus vencimentos (Recursos Especiais STJ nos 81339/RJ e 112477/RS). Essa situação é iniciada após o deferimento do registro, conforme firmado em decisões do Supremo Tribunal Federal e do Tribunal Superior Eleitoral (Agravo de Instrumento STF nº 135.452-6/DF, Recursos Especiais Eleitorais TSE nos 20.169 e 8.963 e Resolução TSE nº 18.019/1992) e estender-se-á até a data da proclamação oficial do resultado do pleito eleitoral.” PIRES, S. F. S.; AMORIM, M. C. M. Elegibilidade e filiação partidária... p. 9.

¹³⁰Assim como o faz para membros da Magistratura, do Ministério Público e dos Tribunais de Contas. Conforme disposição constitucional, aos juízes é vedado dedicar-se à atividade político-partidária (artigo 95, parágrafo único, III); Leis complementares da União e dos Estados, cuja iniciativa é facultada aos respectivos Procuradores-gerais, estabelecerão a organização, as atribuições e o estatuto de cada Ministério Público, observadas, relativamente a seus membros as seguintes vedações: (...) e) exercer atividade político partidária (artigo 128, §5º, II, e); Os Ministros do Tribunal de Contas da União terão as mesmas garantias, prerrogativas, impedimentos, vencimentos e vantagens dos Ministros do Superior Tribunal de Justiça. (Art. 73, §3º)

¹³¹Sobre a desincompatibilização, “a Lei Complementar nº 64/1990, que estabelece as condições de inelegibilidade, dispõe que o servidor público civil ou militar deve afastar-se, no mínimo, três meses antes do pleito eleitoral, tendo a Resolução nº 18.019/1992, do TSE, definido que período de afastamento remunerado do militar candidato será sempre nos três meses anteriores ao pleito, seja qual for o pleito considerado. Para conseguir esse afastamento, o militar deve obter o deferimento do pedido de registro da sua candidatura na Justiça Eleitoral e apresentá-lo à sua Força”. PIRES, S. F. S.; AMORIM, M. C. M. Op. cit, p 7.

mandato, considerada a vida pregressa do candidato, da 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 (artigo 14, §9º, com redação determinada pela Emenda Constitucional de Revisão n. 4 de 7 de junho de 1994).

Com relação a esse artigo, o Tribunal Superior Eleitoral (TSE) editou a súmula 13, a qual afirma não ser autoaplicável o dispositivo. Por essa razão, para regulamentar este dispositivo constitucional, surgiu a Lei Complementar nº 64 de 1990, a qual estabelece casos de inelegibilidade, prazos de cessação e determina outras providências, a qual sofreu diversas alterações através da Lei Complementar nº 135 de 2010, a denominada Lei da Ficha Limpa.

Interessante ressaltar que, em tese, com fundamento na Constituição, bastaria a obediência às condições de elegibilidade e a não incidência em alguma causa de inelegibilidade para o exercício pleno da capacidade eleitoral passiva, ou seja, para a elegibilidade. No entanto, a legislação ordinária impõe outras exigências para a efetivação do registro de candidatura, as denominadas condições de registrabilidade¹³².

A título de exemplo, a Lei 9.504 de 30 de setembro de 1997, denominada Lei das Eleições, estabelece uma série de requisitos e documentos exigidos para o registro das candidaturas¹³³. Tais exigências não configuram causas de inelegibilidade nem condições de elegibilidade, mas se não cumpridas acarretam o indeferimento do pedido de registro de

¹³²PEREIRA, Rodolfo Viana. Condições de Registrabilidade e Condições Implícitas de Elegibilidade: esses obscuros objetos do desejo. In: SANTANO, Ana Cláudia e SALGADO, Eneida Desiree (Orgs.). Direito Eleitoral: debates ibero-americanos. Curitiba: Ithala, 2014, pp. 275- 286.

¹³³“Art. 11. Os partidos e coligações solicitarão à Justiça Eleitoral o registro de seus candidatos até as dezenove horas do dia 15 de agosto do ano em que se realizarem as eleições. (Redação dada pela Lei nº 13.165, de 2015) § 1º O pedido de registro deve ser instruído com os seguintes documentos:

I - cópia da ata a que se refere o art. 8º;

II - autorização do candidato, por escrito;

III - prova de filiação partidária;

IV - declaração de bens, assinada pelo candidato;

V - cópia do título eleitoral ou certidão, fornecida pelo cartório eleitoral, de que o candidato é eleitor na circunscrição ou requereu sua inscrição ou transferência de domicílio no prazo previsto no art. 9º;

VI - certidão de quitação eleitoral;

VII - certidões criminais fornecidas pelos órgãos de distribuição da Justiça Eleitoral, Federal e Estadual;

VIII - fotografia do candidato, nas dimensões estabelecidas em instrução da Justiça Eleitoral, para efeito do disposto no § 1º do art. 59.

IX - propostas defendidas pelo candidato a Prefeito, a Governador de Estado e a Presidente da República. (Incluído pela Lei nº 12.034, de 2009)”.

candidatura, sem o qual o cidadão não está apto ao exercício da elegibilidade. Desse modo, as condições de registrabilidade condicionam infraconstitucionalmente a capacidade eleitoral passiva.

Rodolfo Viana Pereira defende a inconstitucionalidade de tais condições de registrabilidade, quando revestirem-se de caráter material, assim como a de eventuais condições implícitas de elegibilidade (pressupostas a partir de uma interpretação constitucional sistemática e dos ditames do pós-positivismo), em razão da fundamentalidade dos direitos políticos, nos quais se inserem as questões acerca do registro de candidatura. Desse modo, as restrições ao registro são limitações de direitos fundamentais, que devem estar de acordo com a teoria dos “limites dos limites”. Assim, o indeferimento do registro de candidatura deve fundamentar-se e derivar de permissivo e limitação constitucional, sob pena de, desrespeitados esses limites, ocorrer a violação do princípio da reserva constitucional em matéria de elegibilidade¹³⁴.

Em Portugal, a capacidade eleitoral passiva é, em regra, atribuída a todos os cidadãos maiores de 18 (dezoito) anos, conforme artigo nº 49 da Constituição da República Portuguesa, em respeito ao princípio da universalidade do sufrágio. No entanto, o mesmo dispositivo apresenta ressalva, no que se refere às incapacidades previstas na lei geral.

Desse modo, no que se refere às eleições para a Assembleia da República, a Lei eleitoral nº14/79, de 16 de maio, estabelece em seu artigo nº 4º que são elegíveis para a Assembleia da República os cidadãos portugueses eleitores.

Portanto, os requisitos de capacidade eleitoral passiva para estas eleições são a capacidade ativa e a cidadania portuguesa. No entanto, a correspondência entre a capacidade ativa e a capacidade passiva é apenas abstrata, pois, a elegibilidade exige apenas a inscrição no recenseamento eleitoral da universalidade, dispensando o recenseamento na

¹³⁴“Inevitavelmente surgem as seguintes perguntas: qual a validade constitucional da imposição, por lei ordinária ou por resolução, de novos requisitos ao registro de candidatura que não derivam do mandamento constitucional? Pode o legislador ordinário, com fundamento na autorização legislativa prevista no art. 14, §3º, da CR/88 expandir as condições de elegibilidade? Ademais, pode o magistrado pressupor a existência de condições implícitas, extraindo-as indiretamente da Constituição de 1988? A resposta, a meu sentir, é um enfático ‘não’. (...) Voltando à questão central, é preciso trazer à consciência a relação íntima entre registro de candidatura e direitos fundamentais. O discurso normativo em torno das restrições ao registro são discursos sobre a limitação de direitos fundamentais (ser votado e também votar). Logo, importa estar alinhado às preocupações da doutrina constitucionalista quando aborda o tema dos ‘limites dos limites’” PEREIRA, Rodolfo Viana. *Condições de Registrabilidade...* 2014, p. 275 et seq.

circunscrição. Desse modo, o círculo eleitoral pelo qual o cidadão se candidata, não necessariamente corresponderá ao local do exercício do voto. Ainda, para estas eleições, também se atribui a capacidade eleitoral passiva aos brasileiros detentores do estatuto de igualdade de direitos políticos¹³⁵.

A lei também estabelece inelegibilidades, as quais se classificam em gerais e especiais. As inelegibilidades gerais, ou absolutas, em sentido amplo, são aquelas aplicáveis indistintamente a todo território nacional. São estabelecidas no artigo 5º da Lei eleitoral, o qual elenca que são inelegíveis para a Assembleia da República: a) o Presidente da República; b) revogado; c) Os magistrados judiciais ou do Ministério Público em efectividade de serviço; d) Os juízes em exercício de funções não abrangidos pela alínea anterior; e) os militares e os elementos das forças militarizadas pertencentes aos quadros permanentes, enquanto prestarem serviço activo; f) os diplomatas de carreira em efectividade de serviço; g) aqueles que exerçam funções diplomáticas à data da apresentação das candidaturas, desde que não incluídos na alínea anterior; h) Os membros da Comissão Nacional de Eleições.

Já as inelegibilidades especiais são indicadas no artigo 6º da Lei, segundo o qual não podem ser candidatos pelo círculo onde exerçam a sua actividade os diretores e chefes de repartição de finanças e os ministros de qualquer religião ou culto com poderes de jurisdição. E ainda, os cidadãos portugueses que tenham outra nacionalidade não poderão ser candidatos pelo círculo eleitoral que abranger o território do país dessa nacionalidade.

Quanto às eleições para a Presidência da República, o Decreto-Lei n.º 319-A/76, de 3 de maio, em seu artigo 4º, estabelece que são elegíveis para a Presidência da República os cidadãos eleitores portugueses de origem, maiores de 35 anos, ainda que os funcionários do Estado ou de outras pessoas colectivas públicas não precisam de autorização para se candidatarem à Presidência da República.

No que tange às eleições para as autarquias locais, temos que, nos termos do artigo 5º da Lei Eleitoral dos órgãos das autarquias locais, Lei Orgânica n.º 1/2001, de 14 de agosto, são elegíveis para os órgãos das autarquias locais os cidadãos a seguir indicados: a) Os cidadãos portugueses eleitores; b) Os cidadãos eleitores de Estados membros da União

¹³⁵MIGUÉIS, Jorge Luis [Et al.]. Lei Eleitoral da Assembleia da... 2015, p. 49.

Europeia quando de igual direito gozem legalmente os cidadãos portugueses no Estado de origem daqueles; c) Os cidadãos eleitores dos países de língua oficial portuguesa com residência em Portugal há mais de quatro anos quando de igual direito gozem legalmente os cidadãos portugueses no respectivo Estado de origem; d) Outros cidadãos eleitores com residência legal em Portugal há mais de cinco anos desde que nacionais de países que, em condições de reciprocidade, atribuam capacidade eleitoral passiva aos portugueses neles residentes. São publicadas no Diário da República as listas dos países a cujos cidadãos é reconhecida capacidade eleitoral passiva.

Quanto às eleições para o Parlamento Europeu, a Lei nº 14/87, de 29 de abril, estabeleceu as condições para a aquisição da capacidade eleitoral ativa e definiu que são titulares da capacidade eleitoral passiva os cidadãos que gozam de capacidade eleitoral ativa, independentemente do local de residência, desde que não sofram de inelegibilidades¹³⁶.

Portanto, verifica-se que a capacidade eleitoral passiva sofre restrições através de condições de elegibilidades e de inelegibilidades estabelecidas tanto no ordenamento jurídico brasileiro quanto no português.

¹³⁶Artigo 3º, Capacidade eleitoral ativa 1 — São eleitores dos deputados ao Parlamento Europeu eleitos em Portugal: a) Os cidadãos portugueses recenseados no território nacional; b) Os cidadãos portugueses inscritos no recenseamento eleitoral português, residentes fora do território nacional, que não optem por votar em outro Estado membro da União Europeia; c) Os cidadãos da União Europeia, não nacionais do Estado Português, recenseados em Portugal. 2 — Os cidadãos referidos na alínea b) do número anterior exercem o direito de voto direta e presencialmente, sem prejuízo do disposto na lei em relação ao voto antecipado e ao voto dos deficientes.

Artigo 4º, Capacidade eleitoral passiva — Gozam de capacidade eleitoral passiva os cidadãos referidos no artigo anterior, independentemente do local da sua residência, não feridos de inelegibilidade. Artigo 5º, Inelegibilidade, São inelegíveis para o Parlamento Europeu: a) O Presidente da República; b) O Primeiro-Ministro; c) (Revogada); d) Os cidadãos abrangidos por qualquer das inelegibilidades gerais previstas na legislação aplicável à eleição dos deputados à Assembleia da República; e) Aqueles que exerçam funções diplomáticas à data da apresentação das candidaturas, desde que não incluídos na alínea anterior; f) Os juizes em exercício de funções, não abrangidos pela alínea d); g) Os membros da Comissão Nacional de Eleições; h) Os cidadãos abrangidos por qualquer inelegibilidade prevista em normas comunitárias aplicáveis; i) Os cidadãos da União Europeia privados do direito de se candidatarem por decisão judicial ou administrativa no Estado de origem.

2. DIREITO FUNDAMENTAL À PARTICIPAÇÃO POLÍTICO-DEMOCRÁTICA

O direito à participação político-democrática é adotado neste trabalho sob a perspectiva dos direitos fundamentais, em especial enquanto pressuposto para o desenvolvimento da democracia (em qualquer das suas acepções, dada a ausência de unidade conceitual) e concretamente como fundamento e instrumento de legitimidade das democracias brasileira e portuguesa.

Nesse aspecto, assume-se a participação política enquanto manifestação do poder e de exercício da soberania popular, no contexto do constitucionalismo, o qual será utilizado para análise do instituto.

Desse modo, a participação política pode ser definida como a atuação – constitucionalmente admitida - dos indivíduos e grupos populares, de modo a garantir a efetividade do regime democrático, mediante o controle, fiscalização, avaliação e interação entre a sociedade e os seus representantes.

O reconhecimento da fundamentalidade do direito de participação político-democrática não é recente, nem sequer controverso. Norberto Bobbio apresenta, nesse sentido, a participação como essência do conteúdo da democracia moderna, fundamentada no individualismo.

Da concepção individualista da sociedade, nasce a democracia moderna (a democracia no sentido moderno da palavra), que deve ser corretamente definida não como o faziam os antigos, isto é, como o “poder do povo”, e sim como o poder dos indivíduos tomados um a um, de todos os indivíduos que compõem uma sociedade regida por algumas regras essenciais, entre as quais uma fundamental, a que atribui a cada um, do mesmo modo como a todos os outros, o direito de participar livremente na tomada das decisões coletivas, ou seja, das decisões que obrigam toda a coletividade. A democracia moderna repousa na soberania não do povo, mas dos cidadãos. O povo é uma abstração, que foi frequentemente utilizada para encobrir realidades muito diversas. Foi dito que, depois do nazismo, a palavra Volk tornou-se impronunciável. E quem não se lembra que o órgão oficial do regime fascista se chama Il Popolo d'Italia? Não gostaria de ser mal entendido, mas até mesmo a palavra “peuple”, depois do abuso que dela se fez durante a Revolução Francesa, tornou-se suspeita: o povo de Paris derruba a Bastilha, promove os massacres de setembro, julga e executa o rei. Mas o que esse “povo” tem a ver com os cidadãos de uma democracia contemporânea? O mesmo equívoco se ocultava no conceito de *populus romanus*, ou de povo das cidades medievais, que impunha, entre outras coisas, a distinção entre povo graúdo e povo miúdo. (Destaque nosso)¹³⁷.

¹³⁷BOBBIO, Norberto, A era dos direitos. 2004, p. 51.

Desse modo, ao conceber o direito à participação político-democrática como fundamental para o desenvolvimento de uma democracia moderna e efetiva, verificaremos que há uma conexão ontológica entre a democracia (fundada na participação dos cidadãos) e os Direitos Humanos, dada a base filosófica individualista e humanista.

2.1 Conexão ontológica entre Democracia e Direitos Humanos

Bobbio associa a relação de interdependência entre a paz e os direitos humanos, nesse sentido, apenas com os direitos humanos é possível atingir uma sociedade pacificada. O reconhecimento dos direitos e liberdades permite a pacificação das relações sociais. Consequentemente, para o alcance da paz, Bobbio associa aos direitos humanos a necessidade da adoção do regime democrático.

O reconhecimento e a proteção dos direitos do homem estão na base das Constituições democráticas modernas. A paz, por sua vez, é o pressuposto necessário para o reconhecimento e a efetiva proteção dos direitos do homem em cada Estado e no sistema internacional. Ao mesmo tempo, o processo de democratização do sistema internacional, que é o caminho obrigatório para a busca do ideal da “paz perpétua”, no sentido kantiano da expressão, não pode avançar sem uma gradativa ampliação do reconhecimento e da proteção dos direitos do homem, acima de cada Estado. Direitos do homem, democracia e paz são três momentos necessários do mesmo movimento histórico: sem direitos do homem reconhecidos e protegidos, não há democracia; sem democracia, não existem as condições mínimas para a solução pacífica dos conflitos¹³⁸.

O primeiro vínculo entre democracia e direitos humanos dá-se no plano conceitual, numa concepção de liberdade, uma vez que tanto os direitos humanos, quanto a democracia se fundamentam na liberdade política e na autonomia do indivíduo. Nesse sentido, a liberdade seria a capacidade do indivíduo de submissão às regras que aceita e que contribui a produzir, seja diretamente ou por representantes¹³⁹.

O segundo vínculo consiste no fundamento individualista, no qual destaca-se a posição do homem. Os Direitos Humanos, com a função de proteção do indivíduo em face das ameaças da macrocomunidade realizam uma revolução na relação entre governantes e

¹³⁸BOBBIO, Norberto, A era dos direitos. 2004, p. 7.

¹³⁹CHAMPEIL-DESPLATS, Véronique. Norberto Bobbio e os Direitos Humanos: Democracia e sentido da história. 2013, p. 144.

governados, pois a sociedade moderna individualista confere prioridade aos direitos dos indivíduos sobre os seus deveres. Nesse sentido:

Não há nenhuma Constituição democrática que não pressuponha a existência de direitos individuais, ou seja, que não parta da ideia de que primeiro vem a liberdade dos cidadãos singularmente considerados, e só depois o poder do governo, que os cidadãos constituem e controlam através de suas liberdades¹⁴⁰.

Por fim, o terceiro vínculo de ordem pragmática confere a indissociabilidade entre direitos humanos e democracia, uma vez que:

Em uma relação tipicamente dialética ele afirma que o reconhecimento dos direitos é indispensável ao bom funcionamento da democracia, que é ela mesma o único regime capaz de reconhecer e proteger estes direitos. Assim, nada serve melhor à democracia do que o reconhecimento dos direitos-liberdades que permitem aos cidadãos de se expressar e aos partidos políticos de se formar, dos direitos políticos (direito ao voto), ou ainda dos direitos sociais que contribuem para o desenvolvimento do indivíduo¹⁴¹.

2.1.1 A Democracia ética e a Democracia procedimental em Bobbio

Norberto Bobbio inicialmente desenvolveu a concepção ética da democracia e, posteriormente, passou a adotar a concepção procedimental. A concepção ética observa a democracia com um fim determinado, enquanto a procedimental apenas é percebida como um meio, um método para tomada de decisões políticas¹⁴².

A democracia ética e participativa consiste na concepção menos conhecida de democracia proposta por Norberto Bobbio em *Giustizia e libertà*, no seu artigo *Stato e Democrazia* publicado na revista *Lo Stato Moderno* e em seu discurso *La Persona e lo Stato*, de 1946¹⁴³.

Essa concepção enfatiza o fim que deve ser alcançado através da democracia. A perspectiva ética é concebida através da contraposição entre a democracia como formalidade e a democracia como instrumento de governo. Portanto, a democracia em sentido formal, essencialmente liberal, encontra o seu auge através do sufrágio universal. No entanto, é esta formalidade da democracia que permite o advento do fascismo na Itália. A democracia como instrumento de governo, por sua vez, seria aquela em que a estrutura eleitoral permite o

¹⁴⁰BOBBIO, Norberto, A era dos direitos. 2004, p. 52.

¹⁴¹CHAMPEIL-DESPLATS, Véronique. Norberto Bobbio e... 2013, p. 144.

¹⁴²BRANDÃO, Assis. As duas concepções de democracia de Bobbio... 2013, p. 141.

¹⁴³Ibidem, loc cit.

acesso das forças políticas majoritárias ao Poder Estatal, como exemplo da democracia que levou ao poder o nazismo na Alemanha em 1933¹⁴⁴.

Tanto a concepção de democracia formal, quanto a concepção de democracia como instrumento de governo revelam-se simultaneamente nas democracias liberais, pois tanto funcionam como método de escolha da classe política, quanto como um método capaz de perceber maiorias eleitorais capazes de se transformar em forças políticas governantes. Assim, através da concepção ética de democracia, Bobbio critica o modelo de Estado liberal-democrático, uma vez que este provoca severa separação entre indivíduo e Estado.

Desse modo, o Estado liberal era, para Bobbio em sua concepção ética de democracia, incapaz de cumprir o fim ético da democracia: a educação dos cidadãos para a liberdade. Como proposta, este fim poderia, segundo o autor, ser concretizado através da democracia participativa, a qual deveria sustentar-se em três pilares: participação ativa da cidadania; descentralização política; e, determinada medida de democracia direta. Assim, para a Itália pós-fascista, Bobbio propunha que a essência da democracia estaria na participação do indivíduo na comunidade estatal¹⁴⁵.

No entanto, o autor ainda estabelecia necessidade de limites para a participação, uma vez que o excesso de participação também poderia gerar totalitarismo. Assim, a participação popular deveria limitar-se ao âmbito em que o indivíduo possui interesse comum. Portanto, o autor permaneceu liberal, no entanto, nesse período Bobbio dedicou especial preocupação com a questão da liberdade positiva (liberdade enquanto autonomia), quanto à participação popular na reestruturação democrática italiana¹⁴⁶.

Por sua vez, a concepção procedimental de democracia de Bobbio surge na década de 1950, por influência de Hans Kelsen e é desenvolvida até a década de 1980, apresentando sutis diferenças a cada década de evolução do pensamento do autor¹⁴⁷.

A concepção procedimental de “democracia bobbiana” decorre da concepção procedimental de compreender o direito, o qual seria um complexo de normas técnicas. Assim, a democracia seria uma organização social fundada no consentimento, ainda, como

¹⁴⁴BRANDÃO, Assis. As duas concepções de democracia de Bobbio... 2013, p. 143.

¹⁴⁵Ibidem, p. 145

¹⁴⁶Ibidem, p. 147

¹⁴⁷Ibidem, p. 157

um mecanismo apto a oferecer soluções jurídicas para a realização de determinados fins. Em um primeiro momento, a teoria procedimentalista de Bobbio não apresenta as “regras do jogo”, que posteriormente passam a marcar a concepção de Bobbio de democracia como método.

Durante a década de 1960, Bobbio insere-se no elitismo democrático e acolhe a teoria das elites, harmonizando-a com a democracia procedimental, nesse cenário, reconhece-se que em todo o Estado, quem governa é uma minoria, ou vários grupos minoritários que concorrem, ademais. Assim, Bobbio concebe como um fato que as minorias guiem e que as maiorias sejam guiadas e manobradas, mesmo nos sistemas democráticos. As elites denominadas por Bobbio, eram os representantes eleitos pelo povo.¹⁴⁸

Na década de 1970, Bobbio resgata a ideia de participação para a democracia procedimental e passa a compreender a democracia como:

Um conjunto de regras – as chamadas ‘regras do jogo’ - que permitem a mais ampla e mais segura participação da maior parte dos cidadãos, seja de forma direta, seja de forma indireta, nas decisões políticas, isto é, nas decisões de interesse de toda a coletividade¹⁴⁹.

Nesse sentido, o autor estabelece seis regras específicas que constituem o método democrático, que caracterizam o “conceito mínimo” de democracia. A primeira que todos os cidadãos que tenham atingido a maioria, sem qualquer distinção, devem gozar dos direitos políticos, o que significa que seriam titulares do direito de expressar através do voto a própria opinião. A segunda regra consiste na atribuição de peso igual para o voto de todos os cidadãos. A terceira regra que todos os cidadãos titulares de direitos políticos devem ser livres para votar segundo a própria opinião. A quarta, que todos os cidadãos devem ser livres, no sentido de possuírem alternativas reais para escolher entre várias soluções. A quinta que seja por deliberações coletivas, seja por eleições de representantes, é válido o princípio da maioria numérica. A sexta e última regra, que nenhuma decisão tomada pela maioria deve limitar os direitos da minoria, em especial o direito de tornar-se maioria, em iguais condições¹⁵⁰.

¹⁴⁸BRANDÃO, Assis. As duas concepções de democracia de Bobbio... 2013, p. 161

¹⁴⁹Apud BRANDÃO, Assis. *Ibidem*, p. 168.

¹⁵⁰Apud BRANDÃO, Assis, *Op. cit.*, loc. cit.

Tais regras evidenciam a natureza procedimental da democracia, a qual estabelece como se chegar a uma decisão política, mas não define o que decidir. Assim, o conjunto de regras do jogo democrático, apesar de não definir uma decisão, exclui a possibilidade da adoção de decisões que contrariem as regras do jogo¹⁵¹.

Na década de 80, Bobbio continua defendendo uma definição de democracia centrada na ideia de um conjunto de regras de procedimento para a formação de decisões coletivas, em que é prevista e facilitada a participação dos interessados. No entanto, nesta década, Bobbio aproxima o conceito procedimental de democracia à possibilidade de resolução pacífica dos conflitos. Em suas palavras: “O que é a democracia se não um conjunto de regras – as chamadas regras do jogo – para a solução dos conflitos sem derramamento de sangue”¹⁵².

Ademais, Bobbio passa a considerar os direitos de liberdade como pressuposto necessário para o desenvolvimento das regras do jogo democrático. Assim, não há possibilidade de desenvolvimento de democracia em um Estado sem as normas constitucionais que asseguram os direitos de liberdade¹⁵³.

Desse modo, percebe-se a conexão ontológica entre a democracia e os direitos humanos, seja em sua concepção ética, seja na concepção procedimental. Sob a concepção ética de democracia, sua finalidade é a educação dos cidadãos para a liberdade, relacionando-se assim a garantia dos direitos civis, individuais e políticos. Sob a perspectiva procedimental, enquanto conjunto de regras aptas a solucionar pacificamente conflitos, a democracia utiliza dos direitos individuais como pressuposto, sem os quais as “regras do jogo” estabelecidas não encontram cenário para desenvolver-se.

2.2 Capacidade eleitoral como reflexo do direito fundamental de participação político democrática

As restrições à capacidade eleitoral são vistas, portanto, como expressão de restrição à participação política. No entanto, entende-se que as regras de conduta

¹⁵¹BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. Dicionário de política. Trad. Carmen C. Varriale [et al.]; Coord. trad. João Ferreira; revisão geral João Ferreira e Luis Guerreiro Pinto Cacaís. 5ª ed. Brasília, DF: Editora Universidade de Brasília, Vol. 1: 674 p. 2004, p. 319.

¹⁵²BOBBIO, Norberto. O futuro da Democracia...1986, p. 171

¹⁵³BRANDÃO, Assis. As duas concepções de democracia de Bobbio... 2013, p. 180

constitucionais e infraconstitucionais que limitam a capacidade de participação na disputa eleitoral propõem-se a garantir a soberania popular no seu aspecto substancial, uma vez que as condições de elegibilidade, as hipóteses de inelegibilidade, assim como as condições de registrabilidade objetivam garantir que as eleições se concretizem através de votos livres e conscientes¹⁵⁴.

No mesmo sentido, as sanções de cassação de registro, diploma ou mandato de candidatos eleitos, as quais, num primeiro momento, parecem afrontar diretamente a soberania popular, por sua natureza contra majoritária, na realidade, adéquam a manifestação popular às exigências da soberania popular no plano substancial (manifestada através do voto livre e consciente)¹⁵⁵.

Embora tais restrições à capacidade eleitoral demonstrem-se necessárias, deve-se atentar que a participação política é considerada direito humano fundamental intrinsecamente relacionado com o Estado democrático de direito, portanto, qualquer restrição que se imponha à participação política deve ser analisada com reservas. A participação política é condição de possibilidade para uma democracia efetiva, a qual deve conjugar não somente as garantias e liberdades civis e políticas, mas também a concretização dos direitos sociais, econômicos e culturais¹⁵⁶.

2.2.1 A Participação política como método de atribuição de legitimidade à democracia

Ao considerar a participação política como uma manifestação de poder que atua sobre outra manifestação política de poder¹⁵⁷, surge a questão da indispensabilidade da participação política surge diante da necessidade da legitimação do Estado, o qual, especialmente após a Revolução Industrial, passou a concentrar poderes e interferir diretamente e intensamente na vida dos indivíduos:

A crise de legitimidade surgiu, como a entendemos, no bojo de uma crise de gigantismo político. Enquanto a concentração de poder no Estado não atingia níveis dramáticos, ainda era possível ao indivíduo conviver com essa instituição

¹⁵⁴VENZON, Fábio Nesi. A efetividade do direito eleitoral e a soberania popular. p. 23-31, 2008, passim

¹⁵⁵Ibidem, passim.

¹⁵⁶DINIZ, Robson Alves de Almeida. O direito fundamental humano à participação política no contexto da democracia deliberativa em Jürgen Habermas. 2017. 16 p.

¹⁵⁷MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Direito da Participação política: legislativa, administrativa, judicial. Fundamentos e técnicas constitucionais da legitimidade. Rio de Janeiro: Renovar, 1992, p. 56

sem grandes fricções éticas. Quando essa concentração extrapolou do político para o econômico e o social, por volta da Revolução Industrial, as sociedades sentiram que o Estado invadira sua casa, invadira sua vida privada e o questionamento ético tornou-se inevitável. Por outro lado, a representação política, que durante tanto tempo havia atendido a um mínimo de exigências de legitimidade do poder – legitimidade quanto à origem -, sofria a erosão provocada pelo crescente distanciamento entre a sociedade e o Estado – legitimidade quanto à destinação e ao exercício do poder¹⁵⁸.

Nesse sentido, a questão da legitimidade do poder do Estado e a questão do conceito e da concretização da democracia se entrelaçam. Partindo-se da premissa da necessidade de legitimação do poder estatal, verifica-se que é incabível que a democracia resuma-se ao cumprimento do “ritualismo eleitoral”¹⁵⁹. Ademais, também não se admite que a democracia seja identificada com o respeito à vontade da maioria¹⁶⁰. A maioria permanece um conceito básico e fundamental no regime político-democrático, contudo, o respeito às minorias traz legitimidade ao regime, a partir do momento em que se garante o espaço de manifestação e participação, além da oportunidade para que esta minoria torne-se maioria, visto que a maioria é obtida *in casu* e momentaneamente.

Bobbio afirma que a legitimidade é um atributo que consiste na existência de um consenso da sociedade, de modo que o cumprimento das regras dê-se por adesão para que não seja necessário, a não ser em casos excepcionais, o uso da força. Nesse sentido, todo poder tenta obter consenso para que seja reconhecido como legítimo, transformando a obediência em adesão¹⁶¹.

Entretanto, ressalta-se o elemento valorativo da legitimidade, uma vez que o consenso em relação ao Estado não é livre, mas sempre, pelo menos em parte, forçado e manipulado. A legitimação é uma necessidade para todas as formas de Estado, desse modo, a distinção entre a legitimidade de um poder tirânico e de um poder democrático dá-se através da liberdade na formação do consenso.

É, ainda, um ideal o modelo de sociedade justa na qual o consenso, que constitui a essência da legitimidade Estatal, pode se manifestar livremente sem interferência de poder e manipulação e sem mistificações ideológicas.

¹⁵⁸MOREIRA NETO, D. F.. Direito da Participação política... 1992, p. 6.

¹⁵⁹Ibidem, p. 7.

¹⁶⁰Op. cit., p. 8.

¹⁶¹BOBBIO; MATTEUCCI; PASQUINO. Dicionário de política. 1997.

De acordo com o critério da liberdade na formação do consenso político, demonstra-se que nem todos os tipos de consenso são os mesmos, uma vez que o Estado em que o consenso é expresso mais livremente e no qual a intervenção de poder e manipulação é menos intensa, é mais legítimo, pois o grau de deformação ideológica da realidade social nas mentes dos indivíduos é menor.

Portanto, quanto mais imposto o consenso e quanto maior o seu caráter ideológico, mais ele será aparente. Assim, um poder será mais ou menos legítimo na medida em que percebe o valor de um consenso livremente expresso por uma sociedade¹⁶².

Critica-se a legitimidade obtida através do consenso construído sob o sistema representativo puro, em especial no que se refere à representatividade das minorias. Assim, a participação política surge como instrumento apto a conferir, em certa medida, a legitimação democrática para o exercício do poder do Estado.

É certo que o voto, é, por excelência, uma forma de participação, enquanto método de integração do indivíduo ao grupo e à política. No entanto, diante da consciência da hipertrofia estatal e do distanciamento entre indivíduos e Estado, surge a tendência da institucionalização de novas formas de participação, em especial, instrumentos que caracterizam a democracia semidireta¹⁶³.

A participação política que confere legitimidade ao poder manifesta-se em três momentos: primeiramente, participação na escolha dos representantes faz surgir a legitimidade originária; em um segundo momento, a participação durante o exercício do poder produz a legitimidade corrente; e, por fim, a participação referente à destinação ou ao resultado do exercício do poder garante a legitimidade finalística. As três manifestações de participação são essenciais para a realização de uma democracia plena¹⁶⁴.

O sistema representativo puro, baseado no sufrágio universal para a escolha de representantes, sem qualquer abertura de espaço para a participação política direta, utiliza-se da legitimidade originária, a qual parte de uma presunção de que os detentores do poder

¹⁶²BOBBIO; MATTEUCCI; PASQUINO. Dicionário de política. 2004.

¹⁶³MOREIRA NETO, D. F.. Direito da Participação política... 1992, p. 19

¹⁶⁴Ibidem, p. 26 et seq.

adotarão posições e comportamentos capazes de promover os interesses dos representados¹⁶⁵.

No entanto, essa natureza de presunção mostra-se insuficiente para a manutenção da legitimidade durante o exercício dos mandatos. Desse modo, é necessário que existam métodos de legitimação do exercício do poder. É nesse sentido que se justifica a necessidade de manifestação da legitimidade corrente, através da aferição contínua do exercício do poder¹⁶⁶. Trata-se do controle do exercício do poder pelos indivíduos, especialmente através dos meios de comunicação, em especial das atuais redes sociais.

Pode-se citar como uma espécie de método de controle de legitimidade corrente, do exercício do poder do Estado, a previsão existente na Constituição da República Federativa do Brasil da ação popular, na qual se estabelece que qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência (artigo 5º, inciso LXXIII).

Em Portugal, também existe a previsão constitucional da acção popular, na qual se aduz que é conferido a todos, pessoalmente ou através de associações de defesa dos interesses em causa, o direito de ação popular nos casos e termos previstos na lei (nº 3 do artigo 52).

Como se percebe, a ação popular, tanto no Brasil quanto em Portugal, encontra sede constitucional e natureza de direito fundamental. No Brasil, localiza-se inserida no artigo 5º da Constituição, o qual enumera os direitos e deveres individuais e coletivos. Em Portugal, inserida no capítulo que estabelece os direitos, liberdades e garantias de participação política. Desse modo, verifica-se que em ambas as democracias, foi adotado um método de atribuição de legitimidade corrente, através do controle do exercício do poder estatal pelos indivíduos. A jusfundamentalidade da ação popular encontra-se, portanto, na sua natureza de método de controle e atribuição de legitimidade do sistema democrático.

¹⁶⁵Ibidem, loc. cit.

¹⁶⁶MOREIRA NETO, D. F. Direito da Participação política... 1992, p. 26 et seq.

Ainda, para a concretização da democracia, faz-se necessária a atribuição da legitimidade finalística, a qual se refere ao resultado do exercício do poder, relacionando-se com o controle da satisfação dos interesses e da obtenção dos resultados assumidos quando da investidura do mandato¹⁶⁷.

O controle finalístico e a gestão de resultados também encontra fundamentação na Constituição Brasileira, em especial, no que tange à existência e atribuições dos sistemas de controle interno dos poderes e de controle externo.

No Brasil, o controle interno é desempenhado por órgãos internos (controladorias) dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário e o controle externo é atribuição do Congresso Nacional, com o auxílio do Tribunal de Contas da União. Os controles interno e externo da Administração Pública realizam a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta, quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação de subvenções e renúncia de receitas (artigo 70 da Constituição da República Federativa do Brasil).

No que se refere à participação política popular no controle finalístico é notório o dispositivo constitucional que estabelece que qualquer cidadão, partido político, associação ou sindicato é parte legítima para, na forma da lei, denunciar irregularidades ou ilegalidades perante o Tribunal de Contas da União (artigo 74, §2º).

Este modelo de controle e atribuição de legitimidade por desempenho é denominado *Accountability*, e significa o controle e avaliação de programas e resultados, através da transparência, publicidade e interação entre os Tribunais de Contas, o Poder Público e a sociedade¹⁶⁸.

Em Portugal, também há manifestação do controle finalístico, em especial diante da previsão do Tribunal de Contas como instituição suprema (órgão de soberania) de fiscalização da legalidade e julgamento de dinheiros e valores públicos em Portugal (artigo 214º da Constituição da República Portuguesa).

¹⁶⁷MOREIRA NETO, D. F. Direito da Participação política... 1992, passim.

¹⁶⁸LIMA, Dagomar Henriques, Tribunal de Contas da União. Doutrina. Responsabilização por desempenho e controle externo da Administração Pública. Revista do TCU, jan/abr n. 111 (2008).

No entanto, vale ressaltar que a atribuição dos Tribunais de Contas no Brasil é de modo significante mais ampla que em Portugal, posto que, enquanto em Portugal apenas desempenha-se um controle de legalidade, no Brasil, controla-se a legalidade, legitimidade e economicidade das despesas (o que permite o controle de legitimidade por desempenho dos gestores).

Desse modo, verifica-se que a participação política originária, corrente e finalística consistem em métodos de atribuição de legitimidade democrática, o que permite o fortalecimento da democracia. Nesse sentido, ao reconhecer a natureza de direito fundamental da participação política, deve-se analisar com cautela as suas possibilidades de restrição.

2.2.2. Os limites às restrições à participação política

A questão das restrições aos direitos fundamentais levanta diversos debates e correntes doutrinárias entre constitucionalistas e filósofos do direito.

Faz-se mister esclarecer que, conceitualmente, quando se refere às “restrições”, estamos lidando com as restrições infraconstitucionais, uma vez que as limitações aos direitos fundamentais estabelecidas constitucionalmente não consistem em verdadeiras restrições, pois a Constituição ao estabelecer e definir o direito fundamental, apenas devidamente o molda, define e delimita¹⁶⁹. Cita-se como exemplo o caso do direito à liberdade e à segurança, previsto no artigo 27, nº 2 da Constituição da República Portuguesa, o qual aduz que ninguém pode ser total ou parcialmente privado da liberdade, a não ser em consequência de sentença judicial condenatória pela prática de ato punido por lei, com pena de prisão ou de aplicação judicial de medida de segurança.

Assim, a privação da liberdade em razão de sentença judicial condenatória a pena de prisão não afeta o direito fundamental à liberdade, visto que não se trata de uma limitação ao direito, mas sim um verdadeiro exercício do direito fundamental, nos moldes garantidos constitucionalmente.

¹⁶⁹NOVAIS, Jorge Reis. As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela constituição. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 290.

Pode-se também citar como exemplo, no caso do Brasil, e já incluindo no tópico o tema da participação política, a questão dos direitos políticos, em que a Constituição Federal (artigo 14) assegura o sufrágio universal, mas o molda estabelecendo casos específicos de inalistabilidade e inelegibilidade, de modo a conformar a universalidade do sufrágio, com os demais valores constitucionais.

No entanto, quando se refere às verdadeiras restrições aos direitos fundamentais, analisa-se aquelas realizadas por normas infraconstitucionais autorizadas expressamente pela Constituição (sob as quais não paira dúvidas acerca da legitimidade de tais restrições) e aquelas não expressamente autorizadas constitucionalmente¹⁷⁰.

Quanto a restrição de direitos fundamentais expressamente autorizada pela Constituição, temos na Constituição da República Portuguesa o dispositivo acerca da força jurídica, o qual afirma que:

a lei só pode restringir os direitos, liberdades e garantias nos casos expressamente previstos na Constituição, devendo as restrições limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos” e “as leis restritivas de direitos, liberdades e garantias têm de revestir caráter geral e abstrato e não podem ter efeito retroativo nem diminuir a extensão e o alcance do conteúdo essencial dos preceitos constitucionais.(artigo 18º, nº 2 e 3).

Portanto, de igual modo, essas restrições autorizadas expressamente pela Constituição, não trazem maiores questionamentos quanto a sua legitimidade, uma vez que são, de fato, apenas regulamentação de uma delimitação prévia ao direito fundamental realizada pela Constituição.

No caso brasileiro dos direitos políticos, tem-se como restrição expressamente autorizada a regra do §9º do artigo 14 da Constituição Federal, segundo a qual “Lei complementar estabelecerá outros casos de inelegibilidade e os prazos de sua cessação, a fim de proteger a probidade administrativa, a moralidade para exercício de mandato, considerada vida pregressa do candidato, e a normalidade e legitimidade das eleições contra a influência do poder econômico ou o abuso do exercício da função, cargo ou emprego na administração direta ou indireta”, assim, a Lei Complementar nº 64 de 1990, a qual estabelece cargos de inelegibilidade apenas concretiza uma previsão constitucional e regulamenta o direito à elegibilidade, nos moldes constitucionais.

¹⁷⁰NOVAIS, J. R. As restrições aos direitos fundamentais... 2003 p. 291.

Por fim, as verdadeiras restrições aos direitos fundamentais e que demandam maiores esforços doutrinários e argumentativos para a sua análise, ficam a cargo das restrições não expressamente autorizadas pela Constituição, as restrições dos direitos fundamentais sem reservas. Para justificar tais restrições, surgem três modelos de propostas de explicação e fundamentação: a teoria externa dos limites dos direitos fundamentais ou o “pensamento de intervenção e limites”, a teoria interna dos limites dos direitos fundamentais ou a “teoria dos limites imanentes” e o modelo dos direitos fundamentais enquanto princípios¹⁷¹.

2.2.2.1 A teoria externa dos limites aos direitos fundamentais

Com fundamento na teoria liberal dos direitos fundamentais (função de defesa da liberdade e propriedade contra intervenções estatais), a teoria externa dos limites reconhece a possibilidade de restrição aos direitos fundamentais através da lei, compreendida em seu aspecto material como “intervenção na liberdade e na propriedade”, uma vez que a liberdade individual possui natureza pré e supra-estatal e é, em princípio ilimitada, enquanto a faculdade de o Estado intervir nesta liberdade é limitada. Assim, é possível ao Estado intervir na liberdade natural, desde que mediante procedimentos pré-estabelecidos e com a devida excepcionalidade, de modo a conciliar a liberdade individual e o interesse público¹⁷².

Essa teoria sofreu alterações com a transformação do Estado liberal, para o Estado social e democrático de Direito, de modo que, agora, o modelo observa uma “multifuncionalidade” nos direitos fundamentais, os quais devem garantir não apenas a proteção do indivíduo, mas também a necessidade de integração comunitária (o que abrange as novas dimensões de direitos fundamentais)¹⁷³.

A observação dos direitos fundamentais como, a priori, no Estado Liberal, defesa em face da atuação ilegal do Estado; no Estado Social, como garantia de um núcleo essencial de direitos sociais e garantias institucionais e, hoje, como garantia plena contra qualquer espécie de prejuízo da liberdade provocado pelo Estado, permite a conclusão de que nem a lei concretizadora, nem a lei restritiva determinam o conteúdo e o alcance dos

¹⁷¹NOVAIS, J. R.. As restrições aos direitos fundamentais... 2003, p. 292.

¹⁷²Ibidem, p. 293.

¹⁷³Ibidem, p. 294.

direitos fundamentais, mas são os próprios direitos fundamentais que delimitam os padrões de legitimidade da lei¹⁷⁴.

Portanto, para a teoria externa dos limites, a restrição de direitos fundamentais consiste em uma atuação estatal que afeta o bem jusfundamentalmente protegido, o qual teve a sua extensão e delimitação definidas através da interpretação jurídica da norma de direito fundamental.

A teoria externa dos limites propõe-se como um método para controle das restrições constitucionalmente adequadas aos direitos fundamentais através da distinção entre o âmbito de proteção do direito fundamental e o seu âmbito de garantia efetivo e, de outro lado, a separação entre conteúdo e limites do direito fundamental¹⁷⁵.

As restrições podem se dar por ato geral ou por ato específico, através do legislativo, do judiciário ou do executivo, contudo, tais restrições apenas devem ser consideradas legítimas quando possuírem justificação constitucional, isto é, estiverem adequadas aos limites do direito fundamental e preencherem as exigências constitucionais para verificação¹⁷⁶.

Desse modo, o âmbito de proteção do direito fundamental é aquele estabelecido constitucionalmente, que admite, condicionadamente e mediante limites, a intervenção dos poderes constituídos; enquanto o âmbito constitucional de garantia efetivo é aquele imune a qualquer intervenção. Portanto, a teoria distingue limites e intervenção. Os limites são “as fronteiras reveladas ou colocadas ao originário âmbito de proteção de um direito fundamental”, já as intervenções são “as medidas através das quais os poderes constituídos intervêm ablativamente no âmbito de proteção dos direitos fundamentais”. Portanto, a intervenção apenas é legítima, quando respeita os limites constitucionais dos direitos fundamentais¹⁷⁷.

A teoria é intitulada de externa, visto que é fundamentada em um dualismo conceitual entre o conteúdo do direito fundamental e os seus limites. O conteúdo do direito fundamental é verificado através dos seus contornos jurídicos (âmbito de proteção). Os

¹⁷⁴NOVAIS, J. R. As restrições aos direitos fundamentais... 2003, p. 295.

¹⁷⁵Ibidem, p. 298.

¹⁷⁶Ibidem, loc.cit.

¹⁷⁷Ibidem, p. 299.

limites são aqueles que podem ou não se colocar (gerando direitos fundamentais com e sem reservas), justificando posteriores intervenções estatais. Desse modo, limites e restrições são externos ao conteúdo do direito fundamental¹⁷⁸.

2.2.2.2 A teoria interna dos limites dos direitos fundamentais

A teoria interna ou dos limites imanentes surge como alternativa à teoria externa dos limites dos direitos fundamentais, ao alegar criticamente que esta teoria adota o conceito de lei como instrumento de oposição entre os interesses do Estado e os dos indivíduos, restringindo os direitos de liberdade e abstrai que os direitos fundamentais demandam concretização e conformação (as quais devem também ser realizadas através da lei), sob pena de não realização. Nesse sentido, o direito não apenas possui a função de limitar a liberdade, mas sim de atribuir sentido à liberdade “normativamente conformada e ordenada”, através da garantia de sua realização¹⁷⁹.

É com esse pressuposto, que a teoria interna compreende que os direitos fundamentais são concretização jurídica da liberdade (a qual apenas existe se integrada aos fins do Estado, assim, deve ser “integrada, limitada e vinculada aos interesses da comunidade”¹⁸⁰.

As restrições legais apostas aos direitos fundamentais devem ser interpretadas como atuação legislativa a delimitar e conformar a efetivação dos direitos fundamentais. Assim, haveria dois tipos de reserva de lei consagrados constitucionalmente: as reservas de conformação, as quais conformam os institutos, ao concretizar, revelar e especificar o seu conteúdo e; as reservas de delimitação ou de ponderação de bens, as quais dizem respeito à delimitação do direito fundamental em relação à incidência dos demais direitos fundamentais, de modo a permitir a ponderação e cedência de tais direitos, para a convivência entre os valores constitucionais¹⁸¹.

Portanto, intrinsecamente, os direitos fundamentais estão submetidos a uma “reserva abrangente de lei geral” considerada imanente, a qual abrange a possibilidade ou

¹⁷⁸NOVAIS, J. R.. As restrições aos direitos fundamentais... 2003, p. 300.

¹⁷⁹Ibidem, p. 310.

¹⁸⁰Ibidem, p. 311.

¹⁸¹Ibidem, p. 312.

necessidade de conformação e a delimitação do seu conteúdo por lei. Os limites dos direitos fundamentais, são, assim, considerados como intrínsecos, reveladores da sua substância jurídica, extraídos através de uma interpretação *de dentro* do direito, o que faz com que a legislação elaborada com base em tais reservas apenas possua natureza declarativa, pois não restringe o direito fundamental, mas apenas o interpreta e torna explícitas as fronteiras do seu conteúdo e abrangência¹⁸².

Portanto, não há, para a teoria interna dos limites, espaço ou possibilidade de restrição do conteúdo dos direitos fundamentais através de normas infraconstitucionais, visto que a conformação e a delimitação (com conteúdo declaratório) apenas evidenciam os limites iminentes dos direitos fundamentais e, qualquer intervenção dentro daqueles limites é violação ao direito fundamental, ilegítima, portanto¹⁸³.

A teoria interna compreende que o direito fundamental apenas possui um conteúdo definido *a priori* compatível e harmônico com todos os demais direitos fundamentais, assim, desaparece a possibilidade de colisão, pois o direito fundamental apenas existe quando em conformidade com demais. Desaparece, assim, a necessidade de distinção entre o âmbito de proteção e o âmbito de garantia efetivo, visto que o conteúdo e o limite do direito fundamental são a mesma coisa “pois tudo o que existe é o direito com um conteúdo, à partida, necessária e immanentemente limitado”¹⁸⁴.

Desse modo, ao afastar-se da dicotomia entre âmbito de proteção e âmbito de garantia efetivo, a teoria interna também afasta-se da necessidade de controle de legitimidade das restrições, uma vez que pressupõe que a intervenção legislativa apenas atua para delimitação do que é o exercício do direito fundamental e o que apenas consiste em aparência de realidade do direito¹⁸⁵.

Partido da premissa de que “não há restrições legítimas”, a teoria desloca o controle que na teoria externa era de legitimidade das restrições, para um outro campo: o de verificação de que a atuação dos poderes constituídos foi de concretização ou conformação

¹⁸²NOVAIS, J. R.. As restrições aos direitos fundamentais... 2003, p. 313.

¹⁸³Ibidem, p. 314.

¹⁸⁴Ibidem, p. 315.

¹⁸⁵Ibidem, p. 316.

do direito fundamental ou se houve violação do conteúdo determinado através dos limites imanentes¹⁸⁶.

Contudo, a teoria apenas soluciona a questão das restrições aos direitos fundamentais de modo lógico-formal e, tendencialmente, abre o espaço para legitimação de qualquer intervenção estatal de natureza restritiva. A teoria permite que através da retórica argumentativa, utilize-se de fundamentações que invoquem os limites imanentes e permitam a restrição indevida do direito fundamental, em especial, em razão de se afastar da concepção de liberdade negativa, o que permite que o Estado intervenha indevidamente na liberdade individual¹⁸⁷.

2.2.2.3 O modelo dos direitos fundamentais enquanto princípios

O modelo dos direitos fundamentais enquanto princípios não analisa diretamente a natureza dos limites ou restrições aos direitos fundamentais, mas sim a natureza dos próprios direitos fundamentais e das normas de direitos fundamentais e, desta natureza, faz decorrer a concepção de limites. A teoria, em síntese, parte da distinção entre normas princípio e normas regra e, em decorrência desta distinção, estabelece uma diferenciação entre direitos *prima facie* e direitos definitivos¹⁸⁸.

Esta teoria desenvolvida por Robert Alexy designa as normas de direitos fundamentais enquanto “modelo combinado de regras e princípios”, especialmente utilizando-se da teoria de Dworkin acerca da natureza jurídica dos princípios.

Em Dworkin, a distinção forte entre regras e princípios incide na forma de aplicação em caso de conflito de tais normas: as regras seriam aplicáveis seguindo o modelo disjuntivo, do tudo ou nada, enquanto que os princípios seriam aplicáveis através de uma dimensão de

¹⁸⁶NOVAIS, J. R.. As restrições aos direitos fundamentais... 2003, p. 319.

¹⁸⁷“Quando a teoria interna pretende depurar a dogmática dos direitos fundamentais de todos os resquícios do chamado pensamento de intervenção e limites e abandonar definitivamente a concepção de liberdade baseada no chamado princípio da repartição (SCHMITT), na prática tende a privar a tutela dos direitos fundamentais, designadamente no que respeita à sua função de defesa, de qualquer instrumentário dogmático de controlo da actividade restritiva do Estado” Ibidem, p. 321.

¹⁸⁸Ibidem, p. 322.

peso, ponderação¹⁸⁹. No entanto, Alexy reconhece a existência de uma interação entre regras e princípios, de modo a atenuar a rigidez da separação estabelecida por Dworkin.

O relacionamento entre regras e princípios permite que os princípios constituam, *in casu*, exceções à regras, através da inserção de conceitos indeterminados no enunciado normativo. Assim, diante da impossibilidade de enumeração de todas as possibilidades de exceções de determinada regra, verifica-se que é possível que haja uma regra válida e aplicável em determinado caso concreto, mas que tenha que ceder em outro caso, em razão da incidência de determinado princípio¹⁹⁰.

Alexy estabelece a distinção entre normas regras e normas princípio através da natureza de comandos definitivos das regras e comandos de otimização dos princípios. Assim, as normas de direitos fundamentais que assumem a característica de regras, são considerados direitos definitivos e os direitos fundamentais baseados em princípios, são direitos *prima facie*. Desse modo, os limites ou restrições de direitos fundamentais não seriam criações impostas de fora através dos poderes constituídos (como queria a teoria externa), nem concretizações de limites imanentes (como propunha a teoria interna), mas a própria natureza das normas de direitos fundamentais enquanto princípios é que justifica a possibilidade de cedência para conversão de um direito *prima facie* em um direito definitivo, através da ponderação entre princípios e valores, no caso concreto¹⁹¹.

Assim, a questão dos limites e da delimitação dos direitos fundamentais passa a ser analisada sob a ótica da otimização dos princípios, através da ponderação. A principal característica deste teoria consiste no fornecimento de um método adequado para o controle das limitações aos direitos fundamentais, uma vez que baseia-se essencialmente na força expansiva e na exigência de otimização dos direitos fundamentais¹⁹².

2.2.2.4 As restrições infraconstitucionais ao direito fundamental à Participação Política

Desse modo, verifica-se que ao tentar compreender as normas infraconstitucionais, tais como o Código Eleitoral Brasileiro (Lei nº 4.737 de 15 de julho de 1965), a Lei Brasileira

¹⁸⁹DWORKIN, Ronald. Taking Rights Seriously. 1978.

¹⁹⁰NOVAIS, J. R. As restrições aos direitos fundamentais... 2003, p. 329.

¹⁹¹Ibidem, p. 340.

¹⁹²Ibidem, loc. cit.

das Inelegibilidades (Lei Complementar nº 64 de 1990), a Lei Portuguesa Eleitoral da Assembleia da República nº 14/79 de 16 de maio, e todas as demais leis eleitorais que regulamentam o processo eleitoral e estabelecem requisitos e pressupostos para a participação político-eleitoral, verificamos que estas normas manifestam-se como regulamentações ou restrições ao direito fundamental de participação política estampado constitucionalmente.

No caso especial das restrições à capacidade eleitoral passiva no Brasil, temos os casos infraconstitucionais de inelegibilidade estabelecidos na Lei Complementar nº 64 de 1990, mas também temos os casos de condições de elegibilidade infraconstitucionais, denominados de condições de registrabilidade (Lei nº 9.504 de 30 de setembro de 1997), os quais restringem diretamente o direito de exercício da capacidade eleitoral passiva.

Assim, caso adotemos a teoria externa dos limites aos direitos fundamentais, perceberemos tais leis infraconstitucionais eleitorais como intervenção externa ao direito de participação política e, pontualmente, através da análise de cada norma, poder-se-á perceber se a intervenção obedeceu aos requisitos constitucionais para a verificação da sua legitimidade.

Caso adotemos a teoria interna dos limites aos direitos fundamentais, iremos perceber as leis infraconstitucionais eleitorais apenas como normas regulamentadoras de limites já implícitos constitucionalmente. Desse modo, a norma será adequada ao ordenamento, no momento que respeitar os contornos do direito fundamental e apenas conformar e delimitar aquele direito ao cenário constitucional existente.

Por fim, acaso optemos por seguir o modelo de direitos fundamentais como princípios, perceberemos que as normas infraconstitucionais eleitorais concretizam, através da ponderação de valores, as normas de direitos fundamentais, construindo o direito definitivo.

Como exemplo, é possível citar a ação direta de inconstitucionalidade 5.081 Distrito Federal, de relatoria do Ministro Roberto Barroso, na qual discute-se a extensão da regra da fidelidade partidária aos candidatos eleitos pelo sistema majoritário.

O Supremo Tribunal Federal, neste caso, considerou que os sistemas eleitorais proporcionais e majoritários possuem diferenças essenciais. Enquanto o primeiro enfatiza

os votos obtidos pelos partidos, o segundo enfatiza a figura do candidato. Assim, partindo desta premissa, decidiu que para o sistema proporcional, a fidelidade partidária é importante para a garantia da preservação das opções políticas feitas pelo eleitor, o que justifica a legitimidade de se decretar a perda do mandato do candidato que abandona a legenda pela qual se elegeu. Por sua vez, no sistema majoritário, a perda do mandato, no caso de mudança de partido, frustra a vontade do eleitor e vulnera a soberania popular.

Tal decisão, reconhece que a Constituição Federal não estabelece expressamente a regra da fidelidade partidária, mas aduz que esta deve decorrer de “maneira clara e inequívoca da Constituição”. Assim, fundamentando-se na estrutura e nos fundamentos do sistema proporcional, especialmente diante do regime de partidos políticos e da admissão das coligações partidária, o STF decidiu que a regra da fidelidade partidária aplicável ao sistema proporcional seria uma limitação adequada ao direito fundamental da soberania popular (ou do direito à participação política, como adotado neste trabalho), de modo a conformar o seu conteúdo, mas que esta mesma era inaplicável ao sistema majoritário, pois este seria regido por fundamentos diferenciados.

Desse modo, através desta decisão em análise, verifica-se que o Supremo Tribunal Federal, no exercício da atribuição de um verdadeiro Tribunal Constitucional, analisou a legitimidade da atribuição de uma regra de “fidelidade partidária”, a qual não encontra-se expressamente prevista na Constituição, mas é compreendida como uma restrição adequada ao direito fundamental da soberania popular em um regime democrático para as eleições que utilizam o sistema eleitoral proporcional, ademais, deu interpretação em sentido contrário, quando se tratou das eleições que adotam o sistema majoritário, pois nestas, especificamente, a regra da fidelidade partidária feriria o núcleo essencial do conteúdo da soberania popular.

Portanto, independentemente do modelo adotado para a interpretação das restrições ao direito fundamental à participação política, torna-se relevante a função do contencioso eleitoral, pois, apenas no momento da interpretação jurídica das normas eleitorais será possível verificar e determinar as normas válidas e as normas inválidas dentro do ordenamento e, assim, fixar quais as interferências devidas e adequadas ao direito de participação política.

3. A JURISDIÇÃO ELEITORAL COMO INSTRUMENTO PARA GARANTIA DA PARTICIPAÇÃO POLÍTICO-DEMOCRÁTICA

A Jurisdição Eleitoral demonstra-se como instrumento democrático que permite a regulamentação e garantia da participação político-democrática, enquanto instrumento de concretização de direito fundamental, atribui-se à Jurisdição Eleitoral a natureza de garantia Institucional.

O contencioso eleitoral representa, portanto, instrumento capaz de fazer convergir as dimensões representativa e participativa do princípio democrático no contexto do Direito Eleitoral, visto que a função eleitoral basilar direciona-se à legitimação¹⁹³ do poder através da atribuição consensual de mandatos a titulares escolhidos pelo povo, o contencioso eleitoral vincula o controle e democracia, na medida em que, assegurando a lisura do pleito, reforça o status democrático dos próprios representantes¹⁹⁴.

É fundamental ressaltar, entretanto, que há, no Direito Comparado, diversos modelos de exercício do contencioso eleitoral e da administração das eleições, a par dos modelos jurisdicionais.

Existem os sistemas parlamentares ou de verificação de poderes¹⁹⁵, os quais fundamentam-se no princípio da separação dos poderes e determinam que compete ao Poder Legislativo o controle da qualidade dos mandatos dos seus membros e a validade das eleições. Esse modelo é bastante criticado, em razão da tendência à imparcialidade de suas decisões¹⁹⁶.

¹⁹³Nessa linha acerca da legitimação democrática “cidadãos outorgam a seus representantes e ao sistema político, o que contribui para a harmonia social e evita conflitos com segmentos da população que não compartilham em igualdade na distribuição dos bens produzidos. A justificação democrática é a melhor forma hodierna de estruturação coletiva porque permite que uma sociedade extremamente dividida em estratificações sociais possa chegar a consensos para proferir suas decisões mais importantes.” VELLOSO, Carlos Mário da Silva. Elementos de direito eleitoral, 2016, p. 23.

¹⁹⁴PEREIRA, Rodolfo Viana. Controle, constituição e democracia... 2005, p. 283.

¹⁹⁵ Em Portugal, há também a previsão da verificação de poderes pela Assembleia da República, no artigo 120 da Lei n.º 14/79, de 16 de maio. O regimento da Assembleia da República n.º 1/2007 prevê em seu artigo 2º que “A verificação de poderes consiste na apreciação da regularidade formal dos mandatos e na apreciação da elegibilidade dos Deputados cujos mandatos sejam impugnados por facto que não tenha sido objeto de decisão judicial com trânsito em julgado.”

¹⁹⁶No mesmo sentido, “Malgrado as opiniões acerca do caráter não discricionário do controle (natureza supostamente jurisdicional e controle legalmente vinculado) e mesmo em face da incorporação de garantias formais no procedimento de verificação de poderes, um argumento é inquestionável: a decisão final das Assembleias em nada se assemelha às decisões jurisdicionais. Falta-lhes o requisito da imparcialidade, da

Os sistemas mistos, por sua vez, conjugam dois modelos de controle numa mesma eleição, como exemplo, cita-se a Alemanha, que possui um sistema político-jurisdicional, em que a primeira instância é competência do *Bundestag* (Parlamento Federal), enquanto o recurso cabível é de competência do Tribunal Constitucional¹⁹⁷.

Na República Dominicana a administração e contencioso eleitoral são de competência administrativa, em que uma Junta Nacional tanto organiza as eleições quanto decide as suas controvérsias.

Na Nicarágua, existe um poder autônomo denominado Poder Eleitoral, que atua ao lado dos Poderes tradicionais Executivo, Legislativo e Judiciário¹⁹⁸.

Atualmente, os modelos mais difundidos são os sistemas jurisdicionais, pois propõem a superação das faltas proporcionadas pelos sistemas parlamentares, objetivando substituir o controle discricionário por um controle técnico e juridicamente enquadrado, através da imparcialidade¹⁹⁹.

Os sistemas jurisdicionais são doutrinariamente classificados em: sistemas de jurisdição ordinária, especializada, constitucional e dupla²⁰⁰. No mesmo sentido, mas atribuindo uma nova classificação Miranda diz:

Hoje, tudo está em optar entre um de três caminhos possíveis: — Atribuição aos tribunais comuns, em moldes próximos do controlo difuso; — Atribuição ao Tribunal Constitucional ou a órgão homólogo, jurisdicionado (como o Conselho Constitucional francês); — Criação de tribunais especializados²⁰¹.

Sistemas de jurisdição ordinária são aqueles em que o contencioso eleitoral é competência da estrutura comum do Poder Judiciário, não havendo atribuição da missão a um órgão específico. Sistema de jurisdição especializada é aquele em que, como o nome já indica, é criada uma Justiça especializada com competência para solução dos conflitos eleitorais, o principal exemplo de sistema de jurisdição especializada é o Brasil. Sistema

motivação, da observância de critérios normativos para julgamento, da adequação e da proporcionalidade, da existência de vias recursais, entre outros. Por não obrigar que a deliberação em plenário seja vinculada ao conjunto probatório aferido, os critérios decisórios são em essência discricionários e influenciados pelas estratégias político-partidárias.” PEREIRA, Rodolfo Viana. Contencioso eleitoral... 2015, p. 77.

¹⁹⁷CORREIA, Fernando Alves. Justiça Constitucional. Coimbra: Almedina, 2016, p. 158, nota nº 204.

¹⁹⁸PEREIRA, Rodolfo Viana. Op. cit., p. 89.

¹⁹⁹PEREIRA, Rodolfo Viana. Contencioso eleitoral... 2015, p. 80.

²⁰⁰Ibidem, p. 85 et seq.

²⁰¹MIRANDA, Jorge, Direito constitucional... 2001, p. 179.

constitucional é aquele em que o contencioso eleitoral é realizado de modo centralizado pelo Tribunal Constitucional, esse é o sistema adotado por Portugal. Há, ainda, por fim, o sistema de jurisdição dupla no qual convivem dois tipos de jurisdição, alternando-se a cada espécie eleição e dos cargos eletivos em disputa²⁰².

3.1 O contencioso eleitoral brasileiro – A Justiça eleitoral e a participação política dos cidadãos brasileiros

Conforme já citado no primeiro capítulo deste trabalho, verifica-se que a Justiça Eleitoral Brasileira é organizada pela Constituição da República Federativa do Brasil com o objetivo de permitir que a vontade popular manifeste-se de forma livre e democrática²⁰³.

A Justiça Eleitoral Brasileira é estruturada em três instâncias, com composição híbrida, ou seja, é composta por juízes, advogados e por cidadãos sem formação jurídica, membros das Juntas Eleitorais²⁰⁴. A principal característica da Justiça Eleitoral Brasileira consiste na inexistência de um quadro próprio de magistrados, não há uma magistratura eleitoral, os magistrados atuam no desempenho temporário de funções eleitorais²⁰⁵.

No que se refere à função da administração das eleições, esta também é atribuição da Justiça eleitoral, a qual deve administrar e conduzir o processo eleitoral em 5.568 municípios, com um eleitorado total de 146.289.720 (cento e quarenta e seis milhões, duzentos e oitenta e nove mil e setecentos e vinte eleitores)²⁰⁶. Desse modo, a Justiça Eleitoral Brasileira é competente para a realização de atividades jurisdicionais que envolvam o contencioso eleitoral, mas também é sua atribuição a administração de todas as fases do processo eleitoral, do alistamento dos eleitores até a proclamação dos eleitos²⁰⁷.

²⁰²PEREIRA, Rodolfo Viana. Op. cit., p. 85 et seq.

²⁰³ALMEIDA NETO, Manoel Carlos de. A Função Administrativa da Justiça Eleitoral Brasileira... 2013 p. 243.

²⁰⁴VELLOSO, Carlos Mário da Silva. Elementos de direito eleitoral... 2016, p. 30.

²⁰⁵SOUSA, Lourival de Jesus Serejo. Sua Excelência o Juiz Eleitoral. Revista de Informação Legislativa, v. 26, n. 104, p. 197-200, out./dez. 1989.

²⁰⁶ Dados divulgados pelo TSE, disponível em: <<http://www.tse.jus.br/eleitor/estatisticas-de-eleitorado/estatisticas-de-eleitorado>>. Último acesso em: 05 de fevereiro de 2017.

²⁰⁷Cf. “O cúmulo de atribuições administrativas e jurisdicionais confere viés peculiar ao modelo brasileiro, uma vez que, embora órgãos do Poder Judiciário (CF, art. 92, inciso V), os juízes e tribunais eleitorais têm, como atividade fim, não apenas a prática de atos jurisdicionais, mas também, inclusive em maior proporção, o desempenho de atividade administrativa, relacionada à execução das eleições. Não se nega que, a exemplo de todos os demais órgãos judiciais, a Justiça Eleitoral desempenha atividade administrativa voltada à sua

A Justiça Eleitoral Brasileira compõe-se de Juízes Eleitorais, Juntas Eleitorais, Tribunais Regionais Eleitorais e o Tribunal Superior Eleitoral, conforme dispõe o artigo 118 da Constituição da República Federativa do Brasil²⁰⁸.

Os juízes eleitorais constituem a primeira instância da justiça eleitoral, sendo responsáveis pelas providências administrativas dos pleitos eleitorais sob a sua jurisdição, cabe também aos juízes eleitorais o cumprimento das decisões e determinações do Tribunal Superior e dos Tribunais Regionais, além do processamento e julgamento dos crimes eleitorais e os comuns que lhes forem conexos, ressalvada a competência do Tribunal Superior e dos Tribunais Regionais e a decisão de habeas corpus e mandado de segurança, em matéria eleitoral, desde que essa competência não esteja atribuída privativamente a instância superior, entre outras atribuições, conforme disposição do artigo 35 do Código Eleitoral Brasileiro²⁰⁹.

Outro órgão da justiça eleitoral, as Juntas Eleitorais compõem-se de um Juiz de Direito Estadual, não sendo obrigatoriamente o juiz eleitoral da zona eleitoral, mas um juiz de Direito que passa a desempenhar a função eleitoral e mais dois ou quatro cidadãos de notória idoneidade, conforme art. 36 do Código Eleitoral Brasileiro. A competência das Juntas Eleitorais consiste na apuração das eleições realizadas nas zonas eleitorais sob a sua jurisdição²¹⁰, bem como a resolução das impugnações e demais incidentes verificados durante os trabalhos da contagem e da apuração. No entanto, essas competências das Juntas encontram-se obsoletas ante o atual cenário de eleições informatizadas no Brasil. A competência que ainda se mostra expressiva das Juntas consiste na expedição dos boletins de apuração e a expedição dos diplomas dos eleitos para cargos municipais, conforme disposição do artigo 40 do Código Eleitoral.

Os Tribunais Regionais Eleitorais (TRE), por sua vez, e conforme disposição Constitucional, são considerados a segunda instância da Justiça Eleitoral, mas também possuem significativas competências originárias. Cada Capital de Estado e o Distrito Federal

organização interna, de caráter atípico, funcionando como meio para a consecução de sua finalidade institucional. Para além dela, porém, há atos administrativos qualificados por seu objeto, diretamente voltados à realização das eleições, constituindo, portanto, atividade-fim da Justiça Eleitoral” OLIVEIRA, Marcelo Roseno de. A governança eleitoral brasileira e o combate à corrupção... 2015, p. 69.

²⁰⁸Artigo 118 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

²⁰⁹Artigo 35 do Código Eleitoral Brasileiro, Lei nº 4.737, de 15 de julho de 1965.

²¹⁰JARDIM, Torquato. Processo e Justiça Eleitoral: introdução ao sistema eleitoral brasileiro. Revista de Informação Legislativa, Brasília, n. 119, p. 25-46, jul./set. 1993.

são sede de um, os quais se compõem de sete juízes: dois juízes dentre os desembargadores do respectivo Tribunal de Justiça e dois juízes, dentre juízes de direito, escolhidos mediante eleição do Tribunal de Justiça, por voto secreto. Além de um juiz do Tribunal Regional Federal com sede na capital do Estado ou no Distrito Federal, ou, não havendo, de juiz federal, escolhido, em qualquer caso, pelo Tribunal Regional Federal respectivo; e, dois juízes escolhidos dentre seis advogados de notável saber jurídico e idoneidade moral, indicados pelo Tribunal de Justiça e nomeados pelo Presidente da República²¹¹.

A esses tribunais compete, conforme dispõe o artigo 29 do Código Eleitoral, originariamente, entre outras atribuições: processar e julgar o registro e o cancelamento do registro dos diretórios estaduais e municipais de partidos políticos, bem como de candidatos a Governador, Vice-Governadores, e membro do Congresso Nacional e das Assembleias Legislativas; os conflitos de jurisdição entre juízes eleitorais do respectivo Estado; a suspeição ou impedimentos aos seus membros ao Procurador Regional e aos funcionários da sua Secretaria assim como aos juízes e escrivães eleitorais; os crimes eleitorais cometidos pelos juízes eleitorais; o habeas corpus ou mandado de segurança, em matéria eleitoral, contra ato de autoridades que respondam perante os Tribunais de Justiça por crime de responsabilidade e, em grau de recurso, os denegados ou concedidos pelos juízes eleitorais; ou, ainda, o habeas corpus quando houver perigo de se consumir a violência antes que o juiz competente possa prover sobre a impetração; e ainda, julgar os recursos interpostos dos atos e das decisões proferidas pelos juízes e juntas eleitorais; das decisões dos juízes eleitorais que concederem ou denegarem habeas corpus ou mandado de segurança²¹². Além das funções administrativas previstas no artigo 30 do Código Eleitoral²¹³.

²¹¹Artigo 120 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

²¹²Artigo 29 do Código Eleitoral Brasileiro, Lei nº 4.737, de 15 de julho de 1965.

²¹³Art. 30. Compete, ainda, privativamente, aos Tribunais Regionais: I - elaborar o seu regimento interno; II - organizar a sua Secretaria e a Corregedoria Regional provendo-lhes os cargos na forma da lei, e propor ao Congresso Nacional, por intermédio do Tribunal Superior a criação ou supressão de cargos e a fixação dos respectivos vencimentos; III - conceder aos seus membros e aos juízes eleitorais licença e férias, assim como afastamento do exercício dos cargos efetivos submetendo, quanto aqueles, a decisão à aprovação do Tribunal Superior Eleitoral; IV - fixar a data das eleições de Governador e Vice-Governador, deputados estaduais, prefeitos, vice-prefeitos, vereadores e juízes de paz, quando não determinada por disposição constitucional ou legal; V - constituir as juntas eleitorais e designar a respectiva sede e jurisdição; VI - indicar ao tribunal Superior as zonas eleitorais ou seções em que a contagem dos votos deva ser feita pela mesa receptora; VII - apurar com os resultados parciais enviados pelas juntas eleitorais, os resultados finais das eleições de Governador e Vice-Governador de membros do Congresso Nacional e expedir os respectivos diplomas, remetendo dentro do prazo de 10 (dez) dias após a diplomação, ao Tribunal Superior, cópia das atas de seus trabalhos; VIII - responder, sobre matéria eleitoral, às consultas que lhe forem feitas, em tese, por autoridade pública ou partido político; IX - dividir a respectiva circunscrição em zonas eleitorais, submetendo essa divisão,

O Tribunal Superior Eleitoral (TSE), a instância superior da Justiça Eleitoral Brasileira, é composto de, no mínimo, sete membros, conforme artigo 119 da Constituição Federal²¹⁴, três dos membros são escolhidos entre os Ministros do Supremo Tribunal Federal e dois são escolhidos entre os Ministros do Superior Tribunal de Justiça, todos mediante eleição, por voto secreto, e dois são nomeados pelo Presidente da República dentre seis advogados de notável saber jurídico e idoneidade moral, indicados pelo Supremo Tribunal Federal.

O artigo 22 do Código Eleitoral estabelece a competência jurisdicional do Tribunal Superior Eleitoral²¹⁵, em que se encontram competências originárias e recursais, dentre as quais se destacam: o processo e o julgamento do registro e da cassação de registro de partidos políticos, dos seus diretórios nacionais e de candidatos à Presidência e Vice-Presidência da República; dos habeas corpus e mandado de segurança, em matéria eleitoral, relativos a atos do Presidente da República, dos Ministros de Estado e dos Tribunais Regionais; dos conflitos de jurisdição entre Tribunais Regionais e Juízes Eleitorais de estados diversos; e o julgamento dos recursos das decisões dos Tribunais Regionais, nas hipóteses previstas na Constituição Federal e no Código Eleitoral.

assim como a criação de novas zonas, à aprovação do Tribunal Superior; X - aprovar a designação do Ofício de Justiça que deva responder pela escrivania eleitoral durante o biênio; XII - requisitar a força necessária ao cumprimento de suas decisões solicitar ao Tribunal Superior a requisição de força federal; XIII - autorizar, no Distrito Federal e nas capitais dos Estados, ao seu presidente e, no interior, aos juízes eleitorais, a requisição de funcionários federais, estaduais ou municipais para auxiliarem os escrivães eleitorais, quando o exigir o acúmulo ocasional do serviço; XIV - requisitar funcionários da União e, ainda, no Distrito Federal e em cada Estado ou Território, funcionários dos respectivos quadros administrativos, no caso de acúmulo ocasional de serviço de suas Secretarias; XV - aplicar as penas disciplinares de advertência e de suspensão até 30 (trinta) dias aos juízes eleitorais; XVI - cumprir e fazer cumprir as decisões e instruções do Tribunal Superior; XVII - determinar, em caso de urgência, providências para a execução da lei na respectiva circunscrição; XVIII - organizar o fichário dos eleitores do Estado; XIX - suprimir os mapas parciais de apuração mandando utilizar apenas os boletins e os mapas totalizadores, desde que o menor número de candidatos às eleições proporcionais justifique a supressão, observadas as seguintes normas: (Incluído pela Lei nº 4.961, de 1966) a) qualquer candidato ou partido poderá requerer ao Tribunal Regional que suprima a exigência dos mapas parciais de apuração; b) da decisão do Tribunal Regional qualquer candidato ou partido poderá, no prazo de três dias, recorrer para o Tribunal Superior, que decidirá em cinco dias; c) a supressão dos mapas parciais de apuração só será admitida até seis meses antes da data da eleição; d) os boletins e mapas de apuração serão impressos pelos Tribunais Regionais, depois de aprovados pelo Tribunal Superior; e) o Tribunal Regional ouvirá os partidos na elaboração dos modelos dos boletins e mapas de apuração a fim de que estes atendam às peculiaridades locais, encaminhando os modelos que aprovar, acompanhados das sugestões ou impugnações formuladas pelos partidos, à decisão do Tribunal Superior. (Incluído pela Lei nº 4.961, de 1966)” Artigo 30 do Código Eleitoral Brasileiro, Lei nº 4.737, de 15 de julho de 1965.

²¹⁴Artigo 119 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

²¹⁵Artigo 22 do Código Eleitoral Brasileiro, Lei nº 4.737, de 15 de julho de 1965.

O artigo 23 do Código Eleitoral ainda estabelece que o Tribunal Superior Eleitoral (TSE) desempenha funções não jurisdicionais²¹⁶, dentre as quais a expedição de instruções que julgar convenientes para a execução do Código Eleitoral e a função consultiva de responder, sobre matéria eleitoral, às consultas que lhe forem feitas em tese por autoridade com jurisdição federal ou órgão nacional de partido político.

O Supremo Tribunal Federal (STF) não é órgão integrante a Justiça Eleitoral, mas possui competências eleitorais, visto que é a ele atribuída a competência de julgar os recursos das decisões do Tribunal Superior Eleitoral, nos casos em que são excepcionalmente recorríveis, pois a Constituição Federal em seu artigo 121, § 3º²¹⁷ dispõe que são recorríveis as decisões do Tribunal Superior Eleitoral que contrariarem a Constituição e as denegatórias de habeas corpus e mandado de segurança.

O modelo jurisdicional eleitoral brasileiro é avaliado positivamente, visto que as funções atribuídas ao Poder Judiciário garantem determinado grau de confiabilidade ao controle eleitoral, pois serão aplicados critérios normativos e jurisdicionais ao processo eleitoral, com a garantia de que as decisões eleitorais submetem-se a um sistema recursal de três graus de jurisdição, com a possibilidade de atuação do Supremo Tribunal Federal em caso de violação Constitucional²¹⁸.

A Justiça Eleitoral Brasileira ainda possui a competência para o julgamento do contencioso pós-eleitoral. Trata-se da Ação de Impugnação de Mandato Eletivo (AIME) e do Recurso contra a expedição do Diploma (RCD). O RCD, embora nomeado como recurso pelo código eleitoral (artigo 262) possui natureza jurídica de ação autônoma, uma vez que objetiva a impugnação e anulação do ato de diplomação (ato de natureza administrativa) em razão da ocorrência de inelegibilidade superveniente ou de natureza constitucional e de falta de condição de elegibilidade²¹⁹. Já a AIME consiste ação judicial com previsão constitucional (artigo 14, § 10 da Constituição da República Federativa Brasileira), em que

²¹⁶Artigo 23 do Código Eleitoral Brasileiro, Lei nº 4.737, de 15 de julho de 1965.

²¹⁷Artigo 121, §3º da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

²¹⁸OLIVEIRA, Marcelo Roseno de. O sistema jurisdicional de controle das eleições... 2009, p. 92.

²¹⁹Artigo 262 do Código Eleitoral Brasileiro: “O recurso contra expedição de diploma caberá somente nos casos de inelegibilidade superveniente ou de natureza constitucional e de falta de condição de elegibilidade”. Redação dada pela Lei nº 12.891 de 2013.

há a impugnação do mandato eletivo em razão da ocorrência de abuso do poder econômico, corrupção ou fraude.

Apesar da efetiva e célere atuação do Poder Judiciário no exercício do contencioso eleitoral, verifica-se que o Brasil ainda é referência no cenário de corrupção eleitoral. Pesquisas e enquetes adulteradas, abuso dos meios de comunicação, uso indevido da máquina pública, abuso do poder econômico e corrupção eleitoral fazem parte da realidade brasileira, o que justifica a imperiosa necessidade de providências para sanar tais vícios eleitorais²²⁰. Nesse sentido, compreendemos que faz-se imprescindível uma atuação preventiva da Justiça Eleitoral, no desempenho da função de administração das eleições e no exercício do poder de polícia atribuído aos órgãos da Justiça Eleitoral, de modo a garantir que as eleições se desenvolvam de modo justo.

3.1.1 A legitimidade do controle jurisdicional da política no contencioso pós-eleitoral no Brasil

No Brasil, denomina-se popularmente de “terceiro turno” o movimento jurisdicional que tem tomado força em razão do modelo do contencioso pós-eleitoral. Trata-se da judicialização de inúmeras demandas para impugnação dos mandatos eleitorais e da legitimidade do processo eleitoral, em especial por aqueles candidatos que não obtiveram sucesso no resultado das eleições. Este processo tem provocado a cassação de inúmeros mandatos e é contestado como “contra majoritário”, a afirmar que a intervenção do judiciário para a alteração dos resultados eleitorais viola o princípio democrático.

No entanto, tal fenômeno decorre diretamente do sistema do contencioso jurisdicional pós-eleitoral. O exercício da jurisdição eleitoral pelos juízes e tribunais eleitorais, na realidade, reforça o princípio democrático, uma vez que, caso seja comprovada a ocorrência de fraudes e ilícitos eleitorais capazes de afetar a normalidade e a legitimidade das eleições, estes devem ser expurgados, surgindo, assim, interesse público na cassação dos mandatos obtidos de modo fraudulento. É necessário, entretanto, que a intervenção do Poder

²²⁰OLIVEIRA, Marcelo Roseno de. Op. cit., loc. cit.

Judiciário se dê de modo proporcional²²¹²²², visto que só é cabível a interferência do Poder Judiciário, de modo a interferir no resultado das eleições, em especial nos casos de cassação de mandatos e de anulações de eleições, se houver a demonstração de que os vícios comprovados comprometeram o resultado das eleições²²³.

Questiona-se, ainda, a facilidade e o espaço que o modelo brasileiro confere à judicialização da política e da competição eleitoral, o que permite a adoção de medidas contra majoritárias, a exemplo das situações em que o Poder Judiciário obtém um papel destacado na regulamentação da competição eleitoral (em especial diante da função consultiva e regulatória conferida aos Tribunais Eleitorais)²²⁴.

3.2 O Contencioso Eleitoral português e a função do Tribunal Constitucional

A evolução histórica do Direito eleitoral político português coincide com a do constitucionalismo português. Entre 1820 a 1926 tem-se o período do constitucionalismo liberal, quando o direito ao sufrágio era restrito e censitário, não garantindo uma legitimidade política assente nas eleições, uma vez que durante este período o processo eleitoral era permeado por questões socioculturais e políticas, tais como falta de partidos estruturados e

²²¹ Cf. “É preciso ter presente o fato de que milita em favor do candidato vitorioso a presunção de haver logrado o mandato de forma lícita, sendo de se lhe garantir, em privilégio da soberania popular, o reconhecimento do título que o habilitará ao exercício das funções para as quais foi escolhido. Tal presunção, contudo, pode ser elidida enquanto perdurar a contestação dos expedientes de que lançou mão para a captação dos votos, de modo que, reconhecida, mediante decisão judicial, a prática de vício – que exige, em regra, no Brasil, com suporte em iterativa construção jurisprudencial, prova inconcussa do ilícito e potencialidade para influenciar a normalidade e a legitimidade das eleições, o que bastante justificável diante de valor sensível como a soberania popular – passará a militar em favor da coletividade o interesse de expurgar aquele que violou as regras da disputa”. OLIVEIRA, Marcelo Roseno de. O sistema jurisdicional de controle das eleições... 2009, p. 93.

²²² Eleições 2012. Representação com base no art. 30-a da lei nº 9.504/1997. Prefeito e vice-prefeito cassados. Condenação por presunção. Impossibilidade. A atuação da Justiça Eleitoral deve ocorrer de forma minimalista, tendo em vista a possibilidade de se verificar uma judicialização extremada do processo político eleitoral, levando-se, mediante vias tecnocráticas ou advocatícias, à subversão do processo democrático de escolha de detentores de mandatos eletivos, desrespeitando-se, portanto, a soberania popular, traduzida nos votos obtidos por aquele que foi escolhido pelo povo. Tribunal Superior Eleitoral. Recurso Especial Eleitoral. 181 MG. DJE - Diário de justiça eletrônico, Data 29/04/2015, Página 168/169. Julgamento em 17 de Março de 2015. Ministro Gilmar Ferreira Mendes.

²²³ Ação de impugnação de mandato eletivo. Potencialidade. Não configurada a potencialidade de a conduta influenciar o resultado do pleito, não há falar em abuso do poder econômico que acarrete a cassação dos mandatos, de acordo com o art.14, § 10, da Constituição Federal. (Ac. De 20.03.2002 no AgR – Respe nº, rel. Min.). Tribunal Superior Eleitoral. Agravo Regimental no Recurso Especial Eleitoral nº 1361737. Relator Ministro Arnaldo Versiani. Julgamento de 20 de março de 2012.

²²⁴ A fidelidade Partidária foi regulamentada pelo TSE na resolução nº 22. 610/2007 e somente em 2015 foi incluído o artigo 22-A na lei nº 9.096/95, através da lei nº 13.165/2015, onde se lê que “Perderá o mandato o detentor de cargo eletivo que se desfiliar, sem justa causa, do partido pelo qual foi eleito”.

caciquismo, os quais impediam a legitimidade eleitoral. A Constituição de 1822 foi a que demonstrou-se mais aberta em relação ao sufrágio, as Constituições seguintes deste período ressaltaram o caráter censitário e excludente da participação político-eleitoral²²⁵.

Entre 1926 e 1974 tem-se o constitucionalismo autoritário, no qual não havia eleições em sentido material. As eleições existiam apenas com propósito de atribuir aparência democrática ao regime autoritário. Não havia nenhum interesse, durante este período, na adoção da legitimidade democrática das eleições. Afirma-se que não havia eleições materiais, pois o propósito destas não era o de escolher governantes, mas sim de fins específicos para o regime autoritário – propaganda, conhecimento dos adversários e aparência democrática para o estrangeiro; para a oposição, as eleições serviam como oportunidade de presença e possibilidade de manifestação de opiniões²²⁶.

Enfim, o atual Direito eleitoral democrático português remonta à legislação para Assembleia Constituinte de 1974 e tem como primeira fonte a Constituição de 1976, na qual se confere o sufrágio universal de ambos os sexos, a partir dos 18 anos, independentemente de alfabetização e extensivo aos residentes no exterior. Estas regulamentações da participação política eleitoral, em conjunto às regras do processo eleitoral, tais como a valorização dos partidos políticos e a adoção do sistema de representação proporcional com o método de Hondt, garantiram a atual legitimidade às eleições²²⁷.

Os princípios básicos do Direito eleitoral português são fixados pela Constituição da República Portuguesa, a qual determina, no que se refere ao direito de participação política do eleitor, que as eleições são regidas pela universalidade, igualdade, individualidade (o sufrágio é de cada cidadão e não de um grupo), pessoalidade (o sufrágio não admite representação), liberdade (como consequência deste princípio, há a característica do voto secreto) e imediatidade (o que exige a eleição direta). Quanto ao procedimento eleitoral, tem-se como princípios constitucionais a periodicidade, a liberdade (que para além dos eleitores aplica-se a todos os atores do processo eleitoral), a igualdade, a imparcialidade

²²⁵MIRANDA, Jorge. Manual de direito Constitucional... p. 66 et seq.

²²⁶Ibidem, passim.

²²⁷MIRANDA, Jorge. Manual de direito Constitucional... p. 66 et seq.

das entidades públicas, a participação na administração eleitoral, a relevância específica dos partidos políticos, a proporcionalidade e a jurisdicionalidade²²⁸.

Portanto, tem-se que o sufrágio direto, secreto e periódico constitui regra geral de designação dos titulares dos órgãos eletivos da soberania, das regiões autônomas e do poder local e a conversão dos votos em mandatos faz-se em harmonia com o princípio da representação proporcional. Quanto ao contencioso eleitoral, a Constituição estabelece o princípio da jurisdicionalidade, isto é, o julgamento da regularidade e da validade dos atos de processo eleitoral compete aos tribunais²²⁹.

Verifica-se, portanto, que o direito eleitoral português possui raiz constitucional, porém, possui regulamentação por diversos diplomas legislativos, em especial a regulamentação específica e pormenorizada para cada órgão eletivo. A multiplicidade de normas produz contradições, lacunas e dificulta sobremaneira a sistematização do Direito eleitoral. Por tais razões, surge uma parcela doutrinária em defesa da formulação de um código eleitoral português, o qual solucionaria tais problemas e facilitaria o acesso ao Direito eleitoral e o exercício do direito de participação política²³⁰.

São cargos eletivos em Portugal, escolhidos mediante sufrágio universal, o Presidente da República, os Deputados da Assembleia da República e das Assembleias Legislativas das Regiões Autônomas do Açores e da Madeira, os Membros das Câmaras e Assembleias Municipais e das Assembleias de Freguesia e os Deputados do Parlamento Europeu.

Quanto às funções administrativas das eleições de Portugal, tem-se que a Administração eleitoral, responsável pela satisfação da necessidade da condução do processo eleitoral, consiste em uma Administração de origem e fundamento constitucional, na qual se vê que os cidadãos têm o dever de colaborar com esta²³¹. Administração eleitoral, ainda,

²²⁸Ibidem, p. 71 et seq.

²²⁹Artigo 113 da Constituição da República Portuguesa de 1976.

²³⁰Neste sentido, “A interpretação e a compreensão das normas de Direito eleitoral, desde as normas de capacidade até às atinentes ao apuramento, tornam-se incindíveis da participação política. O conhecimento do Direito eleitoral é, já de per si, uma forma de participação política. Ora, não padece dúvida de que há toda a conveniência em que as suas normas se vertam num texto único, claro, sintético, bem organizado, bem sistematizado, em vez de estarem retalhadas por múltiplas emendas feitas mais ou menos avulsamente. Por conseguinte, é também um imperativo democrático de cidadania que impele para a elaboração de um código eleitoral.” MIRANDA, Jorge. Manual de direito Constitucional..., p. 76.

²³¹Artigo 113, nº 4 da Constituição da República Portuguesa de 1976.

possui natureza heterogênea, uma vez que é constituída por órgãos de base, intermédios, auxiliares e pela Comissão Nacional de Eleições (CNE), que é órgão independente da Administração²³². Ademais, assim, como a CNE, toda a Administração eleitoral independe do Governo, de modo a garantir a imparcialidade, pois órgãos derivados do sufrágio não exercem interferência sobre esta. Assim, segundo Jorge Miranda, esta independência decorre de exigências do Estado de direito democrático²³³.

A Administração eleitoral também é integrada por órgãos auxiliares: o Presidente da República (responsável para marcação de eleições através de Decreto²³⁴), os tribunais judiciais (os quais recebem e admitem as candidaturas nas eleições para a Assembleia da República, para as assembleias legislativas regionais e para os órgãos do poder local) e o Tribunal Constitucional²³⁵ (que recebe e admite as candidaturas nas eleições do Presidente da República e do Parlamento Europeu²³⁶, que verifica a morte e declara a incapacidade para o exercício da força presidencial dos candidatos à Presidência da República²³⁷ e que aprecia a legalidade das coligações²³⁸), além dos Representantes da República nas Regiões Autónomas, as Câmaras Municipais e Juntas de Freguesia e os seus Presidentes²³⁹. Este complexo de órgãos que interagem na administração das eleições revela a essencialidade do processo eleitoral, em especial para a garantia da participação política.

O Tribunal Constitucional, por sua vez, desempenha função essencial no controle do processo eleitoral, pois, em regra, consiste na instância de recurso com jurisdição sobre

²³²No acórdão 165/85 de 24 de setembro de 1985, in Diário da República, 2ª série, nº 233, de 10 de outubro de 1985, o Tribunal Constitucional definiu a Comissão Nacional de Eleições como “um órgão sui generis de administração eleitoral, autónomo relativamente ao Governo e não integrado na organização administrativa deste dependente - um órgão que o legislador instituiu para justamente lhe confiar, em razão dessa mesma autonomia ou “independência”, um conjunto de tarefas que entendeu distrair ou retirar do âmbito de competência (que seria a competência “natural”) dos órgãos e agentes do poder executivo.” MIRANDA, Jorge. op. cit., p. 168.

²³³Ibidem, p. 161.

²³⁴Artigo 11 do Decreto-Lei n.º 319-A/76, de 3 de maio e Artigo 19 da Lei n.º 14/79, de 16 de maio.

²³⁵Importante ressaltar, “que a intervenção dos tribunais judiciais e do Tribunal Constitucional na fase de admissão de candidaturas não lhe confere natureza jurisdicional, trata-se tão só de reforçar as suas garantias de regularidade” MIRANDA, Jorge. Manual de direito Constitucional... p. 171.

²³⁶Artigo 8º, da Lei de Organização, Funcionamento e Processo do Tribunal Constitucional Lei 28/82, de 15 de novembro.

²³⁷Artigo 223, nº 2 da Constituição da República Portuguesa de 1976.

²³⁸Artigo 9º Lei de Organização, Funcionamento e Processo do Tribunal Constitucional Lei 28/82, de 15 de novembro.

²³⁹MIRANDA, Jorge. op. cit., p. 170.

todo o processo eleitoral²⁴⁰²⁴¹.

Conforme já afirmamos, a legislação eleitoral portuguesa é bastante diversificada e, até mesmo a Constituição, estabelece regras específicas para eleição de cada órgão. Assim, no processo eleitoral para a presidência da República, a Constituição prevê que o Presidente da República será eleito por sufrágio universal, direto e secreto dos cidadãos portugueses eleitores recenseados no território nacional, bem como dos cidadãos portugueses residentes no estrangeiro²⁴².

A regulação de tal eleição fica a cargo do Decreto-Lei n.º 319-A, de 3 de maio de 1976. Nestas eleições, conforme disposição do artigo 7º, existe apenas um círculo²⁴³ eleitoral, com sede em Lisboa, ao qual compete um colégio²⁴⁴ eleitoral.

A Constituição prevê em seu artigo 124²⁴⁵ e o Decreto-Lei n.º 319-A apenas reafirma que para as eleições presidenciais as candidaturas são apresentadas ao Tribunal Constitucional²⁴⁶ até trinta dias antes da data prevista para a eleição²⁴⁷, e as decisões serão

²⁴⁰Nesse sentido “O TC é competente em matéria de qualquer contencioso eleitoral que se suscite no decurso dos vários processos eleitorais que, em última instância, estão sujeitos ao seu controlo — mesmo no que se refere a meros atos preparatórios desses processos, como por exemplo o ato de marcação de eleições. Neste sentido, p. ex., declarou «inválido o ato de marcação de eleições de cujo exercício decorra o sacrifício do direito dos partidos a constituírem coligações» (TC 318/2007).” MIGUÉIS, Jorge L. [et al.]. Lei Eleitoral da Assembleia da República... 2015, p. 93

²⁴¹Embora o artigo 113 da Constituição Portuguesa preveja que o julgamento da regularidade e da validade dos actos de processo eleitoral compete aos tribunais, a Lei de Organização, Funcionamento E Processo Do Tribunal Constitucional, Lei nº 28/82, de 15 de novembro, atribui ao Tribunal Constitucional em seu artigo 8º as competências relativas a processos eleitorais.

²⁴²Artigo 121 da Constituição da República Portuguesa de 1976.

²⁴³“No caso de Portugal, a dimensão do círculo pode ir da simples freguesia ou município, como ocorre nos círculos únicos na eleição do ou dos órgãos de cada autarquia, até à totalidade do território nacional e estrangeiro, como ocorre nas eleições do PR e para o PE e nos referendos nacionais.” MIGUÉIS, Jorge L. [et al.]. Lei Eleitoral da Assembleia da República... 2015, p. 76.

²⁴⁴“Colégio eleitoral é o conjunto de cidadãos com capacidade eleitoral ativa em determinada circunscrição eleitoral e, nessa medida, a cada círculo eleitoral corresponde um colégio eleitoral. A composição e a delimitação do colégio eleitoral variam consoante a eleição de que se trate, em função da capacidade eleitoral e da organização do território eleitoral. No caso da eleição da AR existem, no total, 22 colégios eleitorais, correspondentes aos 22 círculos eleitorais. A sua composição é variável, nomeadamente em função do número de eleitores aí recenseados, mas fixada de forma inalterável cerca de 60 dias antes de cada ato eleitoral”. Ibidem, loc. cit.

²⁴⁵Artigo 124 da Constituição da República Portuguesa de 1976.

²⁴⁶A redação legal original previa esta competência para o Supremo Tribunal de Justiça, mas a partir da revisão constitucional de 1982, o STJ foi substituído pelo Tribunal Constitucional, conforme nº 3 do artigo 159-A da Constituição da República Portuguesa de 1976.

²⁴⁷Artigo 14 da Lei Eleitoral do Presidente da República, Decreto-Lei n.º 319-A/76, de 3 de maio.

emitidas pelo juiz-presidente relativas à apresentação de candidaturas²⁴⁸ e poderão, até vinte e quatro horas após a notificação da decisão, gerar reclamação para o próprio juiz presidente dos candidatos ou dos seus mandatários²⁴⁹, cuja decisão deverá ser emitida em vinte e quatro horas. Os recursos de tais decisões são de competência do Tribunal Pleno²⁵⁰.

Ainda no que se refere ao contencioso das eleições presidenciais, temos que as irregularidades ocorridas no decurso da votação e no apuramento parcial, distrital e geral podem ser apreciadas em recurso contencioso pelo Tribunal Constitucional, desde que hajam sido objeto de reclamação ou protesto apresentados no ato em que se verificam²⁵¹. Entretanto, a votação em qualquer assembleia de voto só será julgada nula caso verifiquem-se ilegalidades e estas possam influir no resultado geral da eleição²⁵².

Quanto às eleições dos Deputados que comporão a Assembleia da República, a assembleia representativa de todos os cidadãos portugueses²⁵³, tem-se que estes serão eleitos através de círculos eleitorais geograficamente definidos na lei. A Constituição, em seu artigo 149, afirma que a lei pode, inclusive, determinar a existência de círculos plurinominais e uninominais, bem como a sua natureza e complementaridade, visando assegurar a representação proporcional e o método da média mais alta de Hondt²⁵⁴ na conversão dos votos em número de mandatos. Prevê ainda que o número de Deputados por cada círculo plurinomial do território nacional, excetuando o círculo nacional, quando exista, é proporcional ao número de cidadãos eleitores nele inscritos.

A Lei n.º 14, de 16 de maio de 1979 regulamenta tal dispositivo constitucional e prevê que o território eleitoral divide-se em círculos eleitorais, correspondendo a cada um

²⁴⁸No Acórdão TC 700/2015, o Tribunal Constitucional analisou a regularidade dos processos de candidatura, a autenticidade dos documentos e a elegibilidade dos candidatos à Presidência da República e admitiu todas as candidaturas apresentadas para as eleições realizadas em 24 de janeiro de 2016.

²⁴⁹Artigo 20 da Lei Eleitoral do Presidente da República, Decreto-Lei n.º 319-A/76, de 3 de maio.

²⁵⁰Artigo 25 da Lei Eleitoral do Presidente da República, Decreto-Lei n.º 319-A/76, de 3 de maio.

²⁵¹Artigo 114 da Lei Eleitoral do Presidente da República, Decreto-Lei n.º 319-A/76, de 3 de maio.

²⁵²Artigo 116 da Lei Eleitoral do Presidente da República, Decreto-Lei n.º 319-A/76, de 3 de maio.

²⁵³Artigo 147 da Constituição da República Portuguesa de 1976.

²⁵⁴“O método de Hondt tem o nome do seu autor, o belga Victor d’Hondt, professor de direito civil na Universidade de Gand, que apresentou um projeto de lei eleitoral adotado em 30 de novembro de 1899. Neste sistema utilizam-se divisores fixos, sequenciais e com acréscimos unitários (1, 2, 3, ...), em que o total de votos obtidos por cada lista é sucessivamente dividido por aqueles divisores, até ao limite n que representa o número de deputados a eleger. Os quocientes apurados são dispostos por ordem decrescente e o último número assim obtido chama-se repartidor (dividindo o número de votos obtidos por cada partido pelo número repartidor, obtemos o número de lugares que deve ser destinado a cada partido).” MIGUÉIS, Jorge; MIGUÉIS, Jorge L. [et al.]. Lei Eleitoral da Assembleia da República... 2015, p. 115.

deles um colégio eleitoral. Os círculos eleitorais do continente coincidem com as áreas dos distritos administrativos e são designados pelo mesmo nome e têm como sede as suas capitais, e há um círculo eleitoral na Região Autónoma da Madeira e um círculo eleitoral na Região Autónoma dos Açores, designados por estes nomes e com sede, respectivamente, no Funchal e em Ponta Delgada, e ainda um para os cidadãos portugueses residentes na Europa e outro para os que residem fora da Europa²⁵⁵.

Assim, verifica-se que, embora haja autorização constitucional inserida pela revisão constitucional de 1989, para instituição da eleição com círculo eleitoral nacional, tal hipótese não foi adotada, visto que a lei adotou a eleição por múltiplos círculos²⁵⁶.

Desse modo, os deputados da Assembleia da República são eleitos por listas plurinominais em cada círculo eleitoral, dispondo o eleitor de um voto singular²⁵⁷ de lista²⁵⁸, o que significa que as listas são compostas por uma relação classificada de múltiplos candidatos e cuja composição é determinada pelos partidos políticos ou pela coligação, enquanto os votos são atribuídos à lista fechada, e não sobre determinado candidato que a integra²⁵⁹.

As candidaturas para a Assembleia da República devem ser apresentadas perante o juiz-presidente da comarca com sede na capital do distrito ou região autónoma que constitua o círculo eleitoral, pelos partidos políticos ou pela coligação, desde que registrados até o início do prazo de apresentação de candidaturas²⁶⁰. Das decisões acerca dos pedidos de

²⁵⁵Artigo 12 da Lei Eleitoral da Assembleia da República n.º 14/79, de 16 de maio.

²⁵⁶MIGUÉIS, Jorge [et al.], op. cit., p. 77.

²⁵⁷Cf. “Voto singular significa que o eleitor tem um só voto que incide sobre a lista na sua globalidade (lista fechada ou bloqueada) e não sobre qualquer candidato que a integra, elemento que nem sequer surge no boletim de voto, onde apenas figura a denominação, sigla e símbolo dos partidos políticos e coligações de partidos. Deste modo, os eleitores limitam-se a aceitar ou não, em bloco, a lista que lhe é apresentada pelo partido político, não lhe sendo dada a possibilidade de interferir na escolha e na ordenação dos candidatos. Apesar disso, não quer dizer que o eleitor desconheça o nome dos candidatos, não só porque são estes os protagonistas das mais variadas atividades de campanha, mas também pela circunstância de ser dado público conhecimento dos seus nomes através de editais afixados à porta do edifício do tribunal, à porta das sedes das câmaras municipais e de outras entidades, bem como no dia da eleição à porta e no interior das assembleias de voto. Existem outras modalidades de listas que, ao invés, permitem ao eleitor expressar a sua preferência na seleção dos candidatos, como por exemplo alterar a ordem dos candidatos (lista fechada e não bloqueada) ou alterar a ordem dos candidatos e incluir nomes existentes noutras listas ou novos nomes (lista aberta). As variantes de listas de candidatos determinam diferentes formas de votação, como por exemplo, o voto múltiplo, o voto alternativo, o voto cumulativo e o voto duplo”. MIGUÉIS, Jorge L. [et al.]. Lei Eleitoral da Assembleia da República... 2015, p. 80.

²⁵⁸Artigo 14 da Lei Eleitoral da Assembleia da República n.º 14/79 de 16 de maio.

²⁵⁹MIGUÉIS, Jorge [et al.]; op. cit., p. 80.

²⁶⁰Artigo 21 da Lei Eleitoral da Assembleia da República n.º 14/79, de 16 de maio.

candidatura, cabe reclamação dos candidatos, dos seus mandatários e dos partidos políticos para o próprio juiz, no prazo de dois dias. Assim, apenas haverá competência do Tribunal Constitucional para decidir sobre tais candidaturas após a decisão final proferida sobre reclamação não atendida, portanto, a reclamação é formalidade prévia indispensável para admissibilidade do recurso²⁶¹.

Temos ainda que compete ao Tribunal Constitucional a anotação das coligações de partidos para fins eleitorais. Tais coligações devem ser comunicadas até a apresentação efetiva das candidaturas em documento assinado conjuntamente pelos órgãos competentes dos respectivos partidos ao Tribunal Constitucional²⁶². Assim, compete ao Tribunal Constitucional apreciar a legalidade das denominações, siglas e símbolos das coligações, bem como a identidade ou semelhança com as de outros partidos, coligações ou frentes²⁶³²⁶⁴.

É competência também do Tribunal Constitucional a apreciação dos recursos sobre as irregularidades ocorridas no processo eleitoral da Assembleia da República, desde que tais irregularidades tenham sido objeto de reclamação ou protesto²⁶⁵. No entanto, as irregularidades ocorridas no processo eleitoral apenas possuem o condão de anular as eleições, caso verifique-se que estas possam influenciar no resultado geral da eleição no círculo em que houve a impugnação²⁶⁶.

As eleições autárquicas, por sua vez, são organizadas pela Lei Orgânica n.º 1/2001, de 14 de agosto. A referida lei regula a eleição de titulares para os órgãos das autarquias locais, as quais consistem em pessoas coletivas territoriais dotadas de órgãos representativos e objetivam a prossecução de interesses próprios das populações respectivas²⁶⁷. O território

²⁶¹MIGUÉIS, Jorge [et al.]; op. cit., p. 119.

²⁶²Artigo 22 da Lei Eleitoral da Assembleia da República n.º 14/79 de 16 de maio.

²⁶³Nesse sentido “A competência do TC no âmbito da anotação de coligações eleitorais traduz-se na apreciação da legalidade das denominações, siglas e símbolos e sua identidade ou semelhança com os de outros partidos ou frentes, da regularidade da representação dos partidos políticos por quem se apresenta a subscrever, em seu nome, as comunicações relativas à constituição de coligações eleitorais e se as coligações foram previamente autorizadas pelos órgãos competentes dos partidos. 2. Os símbolos e as siglas das coligações e frentes de partidos têm de corresponder rigorosamente aos símbolos e siglas dos partidos integrantes da frente ou coligação constantes do registo de partidos no TC”. MIGUÉIS, Jorge [et al.]; Lei Eleitoral da Assembleia da República... 2015, p. 100.

²⁶⁴Artigo 22-A da Lei Eleitoral da Assembleia da República n.º 14/79 de 16 de maio.

²⁶⁵Artigo 117 da Lei Eleitoral da Assembleia da República n.º 14/79 de 16 de maio.

²⁶⁶Artigo 119 da Lei Eleitoral da Assembleia da República n.º 14/79 de 16 de maio.

²⁶⁷Artigo 235 da Constituição da República Portuguesa de 1976.

da respectiva autarquia local constitui um único círculo eleitoral²⁶⁸, os membros dos órgãos deliberativos das autarquias locais (Assembleia de Freguesia e Assembleia Municipal) e do órgão executivo do município (Câmara Municipal) são eleitos por sufrágio universal, direto, secreto e periódico e por listas plurinominais apresentadas em relação a cada órgão, dispondo o eleitor de um voto singular de lista²⁶⁹.

Nestas eleições, do mesmo modo que na eleição da Assembleia da República, utiliza-se o método de representação proporcional correspondente à média mais alta de Hondt²⁷⁰. A Constituição da República Portuguesa estabelece o princípio da representação proporcional no que toca aos órgãos eletivos do poder local²⁷¹ e reafirma, quanto à eleição das Assembleias de Freguesias e Municipais²⁷², mas não prevê a aplicação do método de Hondt, o que faz apenas em relação à eleição da Assembleia da República, no entanto, o mesmo foi imposto pela lei eleitoral²⁷³.

Interessante verificar que no que se refere ao poder de apresentação das listas de candidaturas para a eleição dos titulares dos órgãos das autarquias locais, estas podem ser apresentadas por partidos políticos, coligações de partidos políticos constituídas para fins eleitorais ou por grupos de cidadãos eleitores (artigo 16). Nesta última hipótese - apresentação de candidatura por grupos de cidadãos eleitores - tem-se uma relevante divergência entre o sistema eleitoral português e o brasileiro, visto que no Brasil é vedada a candidatura avulsa. A Constituição da República Federativa Brasileira impõe como condição de elegibilidade a filiação partidária e a Lei nº 9.504/97 estabelece que a escolha dos candidatos far-se-á através dos partidos políticos (artigo 8º). Portanto, neste ponto específico, há na democracia de Portugal uma maior potencialidade de capilaridade no acesso ao exercício da participação política.

Por fim, no que se refere às eleições das Assembleias Legislativas das Regiões Autónomas da Madeira e dos Açores, tem-se também a competência do Tribunal Constitucional para apreciar a legalidade das denominações das coligações, siglas e

²⁶⁸ Artigo 10 da Lei Eleitoral dos Órgãos das Autarquias Locais, Lei Orgânica nº1/2001, de 14 de Agosto.

²⁶⁹ Artigo 11 da Lei Eleitoral dos Órgãos das Autarquias Locais, Lei Orgânica nº1/2001, de 14 de Agosto.

²⁷⁰ Artigo 13 da Lei Eleitoral dos Órgãos das Autarquias Locais, Lei Orgânica nº1/2001, de 14 de Agosto.

²⁷¹ Artigo 113, nº 5 da Constituição da República Portuguesa de 1976.

²⁷² Artigo 239, nº 2 da Constituição da República Portuguesa de 1976.

²⁷³ MIGUÉIS, Jorge [et al.]. Lei Eleitoral dos Órgãos das Autarquias Locais... 2014, p. 114.

símbolos, bem como a sua identidade com as de outros partidos, coligações ou frentes²⁷⁴, bem como o estabelecimento do Tribunal Constitucional como instância recursal de todo o processo eleitoral²⁷⁵.

Enquanto a Constituição da República Portuguesa estabelece uma cláusula aberta para que o Tribunal Constitucional julgue em última instância a regularidade e a validade dos atos de processo eleitoral nos termos da lei (artigo 223º, alínea c), a Lei n.º 28/82, a qual trata da Organização, Funcionamento e Processo do Tribunal Constitucional, regulamenta este dispositivo constitucional ao atribuir como competência deste órgão o julgamento dos recursos em matéria de contencioso de apresentação de candidaturas e de contencioso eleitoral relativamente às eleições para o Presidente da República, Assembleia da República, assembleias regionais e órgãos de poder local. Assim, a doutrina compreende que a expressão “contencioso eleitoral” diz respeito à regularidade de todo o processo eleitoral, dos atos preparatórios, até a fase dos apuramentos parcial e geral dos resultados (TC 163/87, 188/88 e 88/94)²⁷⁶.

No entanto, para que o Tribunal Constitucional possa desempenhar a competência de apreciar as irregularidades ocorridas no decurso da votação e no apuramento das eleições, é necessário que estas irregularidades ou ilegalidades tenham sido objeto de reclamação ou protesto imediato apresentado no ato em que se verificaram²⁷⁷. Assim, a reclamação ou protesto prévio²⁷⁸ é pressuposto indispensável²⁷⁹ para a possibilidade de desempenho da

²⁷⁴Artigo 23 do Decreto-Lei n.º 267/80, de 8 de agosto e Artigo 22 da Lei Orgânica n.º 1/2006, de 13 de fevereiro, alterada pela Lei Orgânica n.º 1/2009, de 19 de janeiro.

²⁷⁵Nesse sentido, destaca-se o Acórdão 178/15 do Tribunal Constitucional que não admitiu a candidatura às eleições para a Assembleia Legislativa da Região Autónoma da Madeira de partido político não registrado até o início do prazo de apresentação de candidatura, com fundamento no artigo o n.º 1 do artigo 21.º da Lei Eleitoral da Assembleia Legislativa da Região Autónoma da Madeira.

²⁷⁶MIGUÉIS, Jorge [et al.]. Lei Eleitoral dos Órgãos das Autarquias Locais... 2014, p. 122.

²⁷⁷Art. 156 Lei Eleitoral dos Órgãos das Autarquias Locais, Lei Orgânica nº1/2001, de 14 de Agosto.

²⁷⁸“A lei não estabelece qualquer diferença entre reclamação e protesto. Esta distinção é efetuada pela jurisprudência, designadamente no acórdão do TC 15/90, no qual se refere ser o protesto feito contra irregularidades ainda não apreciadas e a reclamação contra decisões sobre irregularidades.” MIGUÉIS, Jorge; LUIS [et al.]. Op. cit., p. 382.

²⁷⁹A natureza indispensável do protesto ou reclamação já foi mitigada em algumas decisões do Tribunal Constitucional. Nesse sentido: “Deve-se apresentar protesto ou reclamação contra as irregularidades no ato em que elas ocorrem, perante o órgão imediatamente responsável pela administração da operação eleitoral (voto ou apuração), salvo nos casos das exceções relativas às mencionadas irregularidades hábeis a provocar a nulidade do ato eleitoral ou aquelas pertinentes à ocorrência de simples erros materiais. Nestas últimas hipóteses excepcionais, o Tribunal pode julgar o caso *ex officio*”. PEREIRA, Rodolfo Viana. Controle, constituição e democracia. 2005, p. 335.

competência do Tribunal Constitucional²⁸⁰²⁸¹, contudo, a resposta à reclamação ou protesto não possui o mesmo caráter de indispensabilidade²⁸². Outro requisito que também limita a competência do Tribunal Constitucional consiste na necessidade de que a irregularidade verificada possua o condão de influenciar no resultado da eleição²⁸³. Desse modo, somente nesses casos é possível que o Tribunal proceda a anulação das eleições²⁸⁴²⁸⁵.

Como se vê, o modelo do contencioso eleitoral português centraliza diversas competências de controle do processo eleitoral no Tribunal Constitucional. Contudo, o contencioso eleitoral português (em especial se comparado com o modelo brasileiro) mostra-se bastante limitado no que se refere ao objeto de controle: o Tribunal Constitucional apenas debruça-se em matérias referentes às operações de voto e apuração, ou seja, especificamente sobre formalidades do procedimento. Nesse sentido, o Acórdão 715/97 da Relatoria do Dr. Fernando Alves Correia, no qual questionaram-se atos de propaganda eleitoral, mas restou decidido que vícios de propaganda eleitoral não estão inseridos na matéria de competência do Tribunal Constitucional²⁸⁶.

Ainda assim, percebe-se, conforme disposição do artigo 8º da Lei de Organização, Funcionamento e Processo do Tribunal Constitucional (Lei 28, de 15 de novembro de 1982), que compete a este tribunal um número imenso de atribuições executivas e jurisdicionais,

²⁸⁰Constitui pressuposto do recurso contencioso para o TC a apresentação prévia de reclamação, protesto ou contraprotesto, relativamente às irregularidades alegadamente cometidas, no ato em que se verificaram, incidindo a impugnação sobre as decisões tomadas acerca das mesmas. (cf., entre outros, TC 15/90, 716/97, 3 e 5/2002 e 547/2005). MIGUÉIS, Jorge [et al.]. *Lei Eleitoral dos Órgãos das Autarquias Locais...* 2014, p. 348.

²⁸¹A exigência da impugnação prévia faz nascer a teoria da preclusão ou da aquisição progressiva dos atos, segundo o qual “pela sua própria natureza, o processo eleitoral decorre segundo um sistema faseado em cascata, ficam sanadas aquelas irregularidades que, eventualmente ocorridas em fase anterior do processo, não tenham sido tempestivamente impugnadas” (TC 538/2009). Esta teoria propõe-se a garantir que o processo eleitoral não seja arruinado em razão de decisões extemporâneas. (TC 527/89, 543/89, 443/2015).

²⁸²“A Falta de resposta no prazo legal a uma reclamação ou protesto, ou a parte do pedido ou pedidos aí formulados, deve ser interpretada como ato de indeferimento tácito por parte da autoridade impugnada, suscetível, portanto, de recurso.” (TC 606/89 e 34/2011). MIGUÉIS, Jorge [et al.]. *Lei Eleitoral dos Órgãos das Autarquias Locais...* 2014, p. 382.

²⁸³Nesse mesmo sentido, o acórdão TC 730/97, emitido em decisão de recurso contencioso de anulação do acto eleitoral, com fundamento em que foram descarregados, no respectivo caderno eleitoral, votos de três eleitores já falecidos, reconhece que “o número de votos irregulares, de três, não é susceptível de influenciar o resultado geral da eleição”.

²⁸⁴Art. 160 Lei Eleitoral dos Órgãos das Autarquias Locais, Lei Orgânica nº1/2001, de 14 de Agosto.”

²⁸⁵Nesse sentido, “Não bastam meras desconfianças e suspeitas de manipulação por terceiros, alheios ao apuramento local, sem qualquer suporte probatório, mesmo que a título indiciário, ou a simples circunstância dos votos nulos encontrados apenas em 16 de outubro não terem seguido a mesma tramitação dos demais, para conduzir à verificação de vício de nulidade, invalidante do ato eleitoral, como pretende o recorrente.” Acórdão TC N.º 738/2013.

²⁸⁶Acórdão TC nº 715/97.

dentre as quais o recebimento e a admissão das candidaturas para Presidente da República²⁸⁷; a verificação da morte e declaração da incapacidade para o exercício da função presidencial de qualquer candidato a Presidente da República, para efeitos de reabertura do respectivo processo eleitoral²⁸⁸; o julgamento dos recursos interpostos de decisões sobre reclamações e protestos apresentados nos atos de apuramento parcial, distrital e geral da eleição do Presidente da República, nos termos da respectiva lei eleitoral; o julgamento dos recursos em matéria de contencioso de apresentação de candidaturas e de contencioso eleitoral relativamente às eleições para o Presidente da República, Assembleia da República, Assembleias Legislativas das regiões autónomas e órgãos do poder local; o recebimento e a admissão das candidaturas relativas à eleição dos Deputados ao Parlamento Europeu e o julgamento dos correspondentes recursos e o julgamento dos recursos em matéria de contencioso eleitoral referente à mesma eleição; e, por fim, o julgamento dos recursos interpostos de atos administrativos praticados pela Comissão Nacional de Eleições ou por outros órgãos da administração eleitoral.

Verifica-se, desse modo, que o Tribunal Constitucional executa atividades administrativas e jurisdicionais no processo eleitoral. Por essa razão, Fernando Alves Correia conclui que se concentra no Tribunal Constitucional português a totalidade da competência em matéria de contencioso eleitoral relativo às eleições por sufrágio direto para órgãos políticos, o que dá ao Tribunal Constitucional as características de um verdadeiro Tribunal Superior Eleitoral²⁸⁹.

Apesar da limitação quanto ao objeto de controvérsia do contencioso eleitoral, tem-se, que, a competência do Tribunal Constitucional relativa às eleições (em especial àquelas para órgãos do poder local), é excessiva, o que pode obstruir o funcionamento do Tribunal

²⁸⁷Cf. “1. As candidaturas para Presidente da República são propostas por um mínimo de 7 500 e um máximo de 15 000 cidadãos eleitores; 2. As candidaturas devem ser apresentadas até trinta dias antes da data marcada para a eleição, perante o Tribunal Constitucional; 3. Em caso de morte de qualquer candidato ou de qualquer outro facto que o incapacite para o exercício da função presidencial, será reaberto o processo eleitoral, nos termos a definir por lei.” Artigo 124º da Constituição da República Portuguesa de 1976.

²⁸⁸Cf. “Compete também ao Tribunal Constitucional: [...] Verificar a morte e declarar a incapacidade para o exercício da função presidencial de qualquer candidato a Presidente da República, para efeitos do disposto no n.º 3 do artigo 124º”. Artigo 223º, n.º 2, alínea “d” da Constituição da República Portuguesa de 1976.

²⁸⁹CORREIA, Fernando Alves. Justiça constitucional. 2016, p. 151.

Constitucional, de modo a comprometer a sua função primordial: o controle de constitucionalidade²⁹⁰.

²⁹⁰Ibidem, p. 160.

CONCLUSÃO

Com o escopo de analisar a participação política inserida no Estado Democrático de Direito, sob a perspectiva da natureza de direito fundamental, este trabalho propôs-se a verificar as condições e possibilidades de restrições a tal direito, em respeito ao princípio democrático, em especial à soberania popular.

Utilizou-se como objeto de estudo, em razão de delimitação metodológica, as democracias de Portugal e Brasil, de modo a verificar alguns pontos de semelhanças e divergências, no que se refere à concretização do direito fundamental à participação política.

Ressaltou-se que há – no contexto de ambos os países – divergências doutrinárias quanto à fixação de conceitos como democracia, soberania popular, poder político, legitimação e legitimidade popular, entre outros, o que dificulta sobremaneira a execução, a manifestação e a concretização do direito de participação política em um Estado Democrático de Direito. Entretanto, há devida concordância acerca do núcleo essencial de tais conceitos. Concorda-se especialmente que a participação política, independentemente da aceção de democracia que se adote, é elemento indispensável para a sua caracterização.

Desse modo, as regras de Direito eleitoral (que tendem a especificar princípios constitucionais) não consistem em meras técnicas para preenchimento de mandatos, mas sim em regulamentação do exercício da soberania popular, o que impõe, portanto, que tais normas respeitem o princípio democrático e apresentem formas adequadas para o exercício da participação política.

Com o fim de atingir tais propósitos, o trabalho organizou-se em três capítulos.

O primeiro capítulo apresentou a participação política enquanto exercício da cidadania e concretização do Estado Democrático. Neste, restou verificada a necessidade da universalização do acesso aos direitos de participação política, de modo a permitir a efetividade do exercício da cidadania. Apesar da multiplicidade de aceções do termo cidadania, verificou-se que o conceito restrito de cidadania como mera titularidade de direitos políticos é insuficiente sob a perspectiva do princípio democrático, portanto, necessário adotar-se a concepção de cidadania enquanto direito de participação e fundamento do Estado Democrático de Direito, o que não se resume à mera atribuição de

direitos formais, mas à conjunção de titularidade de direitos civis, políticos e sociais, os quais constroem a capacidade de participação política.

Ainda neste contexto, dissertou-se acerca da história da titularidade e do exercício da cidadania no Brasil, o que conduziu à conclusão de que o processo de efetivação da cidadania no país ocorreu de forma turbulenta, pois, muito embora houvessem eleições desde o período colonial, o país era constituído por uma sociedade escravocrata e população analfabeta, características que não permitiam a existência da liberdade e igualdade necessárias para a manifestação da cidadania.

O processo de efetivação da cidadania no Brasil pode ser caracterizado como permeado por instabilidades, em especial diante da existência de regras que impuseram limitações à participação política, como o exemplo da Lei Saraiva (Decreto nº 3.029 de 9 de janeiro de 1881), a qual proibiu o voto dos analfabetos, que só voltou a ser permitido no Brasil com a Emenda Constitucional nº 25, de 15 de maio de 1985.

Quanto ao exercício e a titularidade da cidadania pelos analfabetos no Brasil, tem-se que a Constituição Brasileira de 1988 manteve a garantia do voto facultativo ao analfabeto, entretanto, o analfabetismo permanece como causa de inelegibilidade, a privar os analfabetos da titularidade de direitos políticos passivos, o que restringe a titularidade plena da cidadania.

A partir do conceito de cidadania, enquanto conjunção de titularidade de direitos que permitem o exercício da capacidade de participação política, conclui-se que os direitos políticos são núcleo essencial para o exercício concreto da participação política.

Assim, direitos políticos, tidos como normas aptas a regular a manifestação da soberania popular, classificam-se em positivos e negativos. Direitos políticos positivos são aqueles que permitem a participação no processo político, os quais podem ser analisados sob a perspectiva ativa e passiva. Direitos políticos positivos ativos são aqueles que permitem a participação ativa, em especial através do voto nas eleições, plebiscitos e referendos, além da possibilidade de iniciativa popular e legitimidade para a propositura de ação popular e de participação em partidos políticos. Direitos políticos positivos passivos, por sua vez, manifestam-se através da aptidão para ser votado e eleito para desempenhar mandatos (direito de elegibilidade).

Nesse contexto, inserido nos direitos políticos, tem-se como principal expoente o direito de sufrágio: direito público subjetivo democrático que garante a participação política do povo, a concretizar a soberania popular e o regime democrático representativo. O direito político de sufrágio, por sua vez, na acepção ativa (aptidão de votar) e na acepção passiva (aptidão de ser votado), representa o núcleo essencial da capacidade para o exercício de direitos políticos (capacidade eleitoral). Por essa razão, analisou-se a capacidade eleitoral ativa e passiva como manifestações do direito de participação política. No que tange à capacidade eleitoral ativa, enquanto aptidão de participação e ocupação de espaço político pelo cidadão, verificou-se que há diversos debates acerca da abrangência da atribuição de tal capacidade.

Historicamente, houve debates acerca da capacidade eleitoral ativa dos analfabetos e da possibilidade do voto feminino, os quais resultaram na ampliação da abrangência da capacidade eleitoral ativa, de modo a incluir os analfabetos e as mulheres, seguindo a lógica da universalidade do sufrágio.

No entanto, o conceito de capacidade eleitoral ativa também abrange a noção de participação substancial, ou seja, a mera titularidade formal do direito não encerra o seu conteúdo. Faz-se também necessário conferir aos cidadãos os meios efetivos de participação. Assim, considera-se que a prática do coronelismo no Brasil foi um dos grandes óbices ao exercício efetivo da capacidade eleitoral ativa, pois, o coronelismo provocara a inexistência da liberdade para a manifestação da vontade política livre e consciente.

Ainda quanto à questão da participação substancial, tem-se que atualmente ainda há interferências indevidas do poder econômico no processo eleitoral, as quais desvirtuam a democracia, a influenciar e viciar a formação da vontade eleitoral. Com a finalidade de sanar tais vícios, no Brasil, compete à Justiça Eleitoral a função do contencioso pós-eleitoral. A Ação de Impugnação de Mandato Eletivo (AIME) e o Recurso contra a expedição do Diploma (RCD) são ações judiciais autônomas que buscam – por meio da intervenção judicial após as eleições – sanar eventuais vícios que maculem o processo eleitoral e subvertam os princípios democráticos.

Contudo, conclui-se que a atuação judicial no contencioso pós-eleitoral não é suficiente para sanar os vícios eleitorais e garantir a participação política eleitoral efetiva e adequada. Portanto, é indispensável a adoção de mecanismos preventivos, seja através da

fiscalização do processo eleitoral, seja pela educação da comunidade, de modo a garantir o adequado desempenho da capacidade eleitoral.

Ainda ao tratar da capacidade eleitoral ativa, tem-se que o Brasil adota o termo “Alistabilidade”, pois é atribuída a todos aqueles que satisfaçam as condições constitucionais de alistabilidade. A Constituição Brasileira impôs a inalistabilidade absoluta aos estrangeiros e aos conscritos, durante o período do serviço militar obrigatório. Ambas restrições encontram severas críticas doutrinárias, em razão de limitarem – sem justificações plausíveis – a universalidade do sufrágio.

A inalistabilidade dos estrangeiros afasta-se do movimento crescente da cidadania global e desconsidera que o residente e domiciliado no país (ainda que possua nacionalidade diversa) possui vínculos de natureza econômica, social e política com o local em que reside, os quais devem ser considerados.

A inalistabilidade dos conscritos também é deveras criticada, uma vez que a liberdade para decisão política do eleitor não deve ser suprimida, ainda que este esteja submetido à hierarquia das Forças Armadas.

Em Portugal, tem-se que a capacidade eleitoral ativa é atribuída em regra aos cidadãos portugueses maiores de 18 anos. Além dos portugueses, em Portugal, a Constituição permite que cidadãos de outros Estados exerçam a capacidade eleitoral ativa, caso haja reciprocidade e, nos termos da lei. Assim, por exemplo, cidadãos dos Estados-membros da União Europeia podem votar nas eleições para o Parlamento Europeu e para os órgãos das autarquias locais.

A capacidade eleitoral ativa é regulamentada em Portugal através das leis eleitorais específicas para cada órgão. Assim, cada uma das leis eleitorais estabelece requisitos específicos e distintos de alistabilidade, o que demonstra inexistência de sistematização do direito eleitoral português, o que justifica a necessidade da criação de um Código Eleitoral português apto a sistematizar e organizar as regras gerais eleitorais.

Quanto à capacidade eleitoral passiva, enquanto aptidão para ser votado e eleger-se, verifica-se que possui limitações através da necessidade da satisfação das condições de elegibilidade e da necessidade da inoccorrência de inelegibilidades. Tais restrições estão presentes tanto no ordenamento jurídico brasileiro, quanto no português, através de normas

constitucionais e infraconstitucionais. Essas restrições, em especial em razão da natureza de direito fundamental da participação política, devem, portanto, necessariamente, respeitar os limites constitucionais.

Assim, após reconhecer a existência de normas infraconstitucionais que impõem limitações ao direito de participação política, partiu-se para analisar, no segundo capítulo deste trabalho, a natureza de direito fundamental da participação política como pressuposto para o desenvolvimento do Estado Democrático e enquanto fundamento e instrumento para atribuição de legitimidade às democracias brasileira e portuguesa.

Neste contexto, verificou-se a conexão ontológica entre democracia e direitos humanos defendida por Norberto Bobbio. Para esclarecer esta conexão, conceituou-se as perspectivas de democracia ética e procedimental na teoria de Norberto Bobbio, para enfim concluir que a referida conexão ontológica independe da perspectiva a utilizar-se, pois, sob a concepção ética, a democracia tem como finalidade a educação dos cidadãos para a liberdade, de modo a evidenciar a relação com a garantia de direitos civis, sociais e políticos; enquanto, sob a concepção procedimental, os direitos humanos são tidos como pressuposto, sem os quais não haveria cenário adequado para desenvolvimento das regras do jogo democrático.

Concluiu-se, portanto, pela afirmação de que o instituto da capacidade eleitoral (tanto ativa quanto passiva) consiste em reflexo do direito fundamental de participação política. Assim, as restrições à capacidade eleitoral consistem em restrições à participação política. No entanto, as regras constitucionais e infraconstitucionais que limitam a capacidade de participação política, sob outro viés, propõem-se a garantir a soberania popular no aspecto substancial. Pois, não se faz suficiente a mera atribuição de direitos de participação política, esta necessita estar em conformidade com os demais princípios constitucionais.

As sanções do contencioso pós-eleitoral brasileiro (a exemplo das cassações de diplomas e mandatos), as quais, em um primeiro momento, parecem afrontar diretamente a soberania popular, dada a natureza contra-majoritária, na realidade adéquam a manifestação popular às exigências do respeito à soberania popular no plano substancial. A manifestação da vontade popular apenas é válida caso seja manifestada de forma livre e consciente. Qualquer vício que macule a liberdade dessa manifestação deve ser rechaçado por um Estado

Democrático de Direito, que respeite a soberania popular e os direitos de participação política.

Nesse sentido, uma vez verificada a necessidade de imposição de restrições à capacidade eleitoral e aos direitos de participação política, constatou-se que tais restrições devem ser impostas com critérios e reservas, visto que a participação política é direito humano fundamental, intrinsecamente conexo com a democracia.

Ademais, verificou-se que a participação política consiste em método de atribuição de legitimidade à democracia. Assim, a legitimidade não se atribui apenas com o mero respeito à regra da maioria, mas faz-se também necessária a garantia de espaço de manifestação e participação de minorias. Ademais, a participação apta a conferir a legitimidade adequada a uma democracia deve manifestar-se em três momentos: participação na escolha (originária), participação durante o exercício do poder (corrente) e participação quanto ao resultado (finalística).

Desse modo, como exemplo, verifica-se a ação popular, instrumento existente nos ordenamentos português e brasileiro, que consiste em método de participação política e controle da legitimidade corrente, o qual possui indiscutível natureza de direito fundamental, dada a sua raiz no direito de participação.

Uma vez reconhecida a jusfundamentalidade do direito de participação política, verifica-se que as restrições a este impostas devem limitar-se e pautar-se por critérios que impõem limites aos limites. Assim, analisou-se três modelos doutrinários que propõem-se a estabelecer critérios e limites para as restrições de direitos fundamentais. A teoria externa dos limites dos direitos fundamentais (pensamento de intervenção e limites), a teoria interna dos limites dos direitos fundamentais (teoria dos limites imanentes) e o modelo dos direitos fundamentais enquanto princípios.

Verificou-se, portanto, que qualquer dos modelos que se adote reconhecerá determinadas regras infraconstitucionais eleitorais como regulamentações ou restrições ao direito fundamental de participação política previsto constitucionalmente. Assim, caso adote-se a teoria interna dos limites, as normas infraconstitucionais eleitorais poderiam ser percebidas como normas regulamentadoras de limites implícitos constitucionalmente. Caso, por outro lado, adote-se a teoria externa dos limites, tais normas seriam percebidas como intervenção externa ao direito de participação política. Por fim, caso adote-se o modelo dos

direitos fundamentais enquanto princípios, as normas infraconstitucionais eleitorais seriam concretização das normas de direitos fundamentais através da ponderação de valores.

Conclui-se, portanto, que o modelo ou teoria adotada para a interpretação das restrições ao direito fundamental à participação política será apresentado através da argumentação jurídica no contencioso eleitoral, uma vez que apenas com interpretação jurídica das normas eleitorais será possível determinar a validade das normas, sob os parâmetros do ordenamento e, desse modo, estabelecer as interferências adequadas ao direito de participação política.

Finalmente, o terceiro e último capítulo deste trabalho reconhece a jurisdição eleitoral como instrumento para garantia da participação política, dada a relevância do contencioso eleitoral para a concretização dos direitos de participação.

Portanto, o contencioso eleitoral converge as dimensões representativa e participativa do princípio democrático, de modo a desempenhar o controle acerca do respeito aos parâmetros do regime democrático e assegurar a lisura dos pleitos eleitorais.

Portugal e Brasil adotaram sistemas jurisdicionais do contencioso eleitoral, cada país com suas especificidades. O Brasil adotou o sistema de jurisdição especializada, uma vez que atribuiu à Justiça Eleitoral a competência para a solução dos conflitos eleitorais. Portugal, por sua vez, optou pelo sistema de jurisdição constitucional, pois o contencioso eleitoral é realizado de modo centralizado pelo Tribunal Constitucional.

A Justiça Eleitoral brasileira possui status constitucional e é organizada em três instâncias: a primeira composta por juízes e juntas eleitorais, a segunda instância composta por Tribunais Regionais Eleitorais e a terceira instância consiste no Tribunal Superior Eleitoral. Esta estrutura é competente para a administração e condução do processo eleitoral, além da competência para o desempenho de atividades jurisdicionais para solução do contencioso eleitoral.

Apesar da relevante função institucional desempenhada pela Justiça Eleitoral, a democracia no Brasil ainda sofre com graves vícios ocorridos durante o processo eleitoral, os quais viciam a vontade popular. É a existência destes vícios que justificam a intervenção judicial no contencioso pós-eleitoral, de modo a reforçar o princípio democrático, pois, comprovada a ocorrência de fraudes e ilícitos no processo eleitoral, estes devem ser

expurgados, em prol da legitimidade do pleito eleitoral.

No que se refere ao controle acerca das limitações às restrições aos direitos fundamentais, em especial quanto ao direito de participação política, percebe-se que a intervenção da Justiça Eleitoral ao anular eleições, cassar mandatos e diplomas quando constata a existência de ilegalidade nos pleitos eleitorais consiste em uma forma concreta de restrição ao direito fundamental participação política, a qual apenas se mostra adequada, se corresponder aos parâmetros estabelecidos no ordenamento, em especial, em respeito ao princípio democrático.

Portanto, a jurisdição eleitoral mostra a relevância do contencioso eleitoral na questão referente às restrições ao direito fundamental de participação política, tanto no momento de interpretação das normas eleitorais e do reconhecimento da sua constitucionalidade, como no momento de aplicação de tais normas para a anulação de pleitos eleitorais viciados, cassação de mandatos e de diplomas para restabelecimento da lisura do processo eleitoral.

Já em Portugal, no que se refere ao contencioso eleitoral, conclui-se que o modelo de jurisdição constitucional adotado centraliza no Tribunal Constitucional o controle do processo eleitoral.

No entanto, as competências jurisdicionais mostram-se mais restritas em Portugal que no Brasil, de modo a não abranger, por exemplo, questões referentes à propaganda política. Ademais, o posicionamento jurisprudencial do Tribunal Constitucional mostra-se mais contido, na questão da intervenção judicial para controle da legitimidade dos pleitos eleitorais. Apenas julga-se nula a votação caso constate-se que as ilegalidades são capazes de influir no resultado geral da eleição.

Portanto, percebe-se que a Justiça Eleitoral no Brasil e o Tribunal Constitucional em Portugal, ainda que diverjam no que se refere ao nível de intervenção judicial para o controle da legitimidade das eleições, é inegável que ambas as instituições exercem funções indispensáveis no controle judicial do exercício do direito fundamental de participação política à luz do princípio democrático.

BIBLIOGRAFIA

ALEIXO, J. C. B.; KRAMER, P. Os analfabetos e o voto: da conquista da alistabilidade ao desafio da elegibilidade. *Senatus: cadernos da Secretaria de Informação e Documentação*. Brasília, DF, v. 8, n. 2, p. 68-79, out. 2010. ISSN 1678-2313.

ALMEIDA, Jéssica Teles de. Análise da participação política Feminina no paradigma do Estado Democrático de Direito brasileiro. In: *Suffragium*. Revista do Tribunal Regional Eleitoral do Ceará: Volume 7 - Número 12, julho/dezembro 2015. ISSN: 1809-1474.

ALMEIDA NETO, Manoel Carlos de. A função administrativa da justiça eleitoral brasileira. In: CAGGIANO, Mônica S. Herman (coord); ALMEIDA Fernando D. M. (Org.); MESSA, Ana F. (Org.). *Direito eleitoral em debate: estudos em homenagem a Cláudio Lembo*. São Paulo: Saraiva, 2013. ISBN: 978-85-021-8317-9.

ARENDT, Hannah. *The origins of totalitarianism*. Nova York: Harcourt Brace Jovanovitch, 1993. ISBN: 978-0-15-670153-2.

ARISTÓTELES. *Política*. Trad. Torrieri Guimarães. São Paulo: Martin Claret, 2002. ISBN: 978-8-57-232456-4.

BOBBIO, Norberto. *Teoria Geral da Política: a filosofia política e as lições dos clássicos*. Rio de Janeiro. Ed. Campus, 2000, 717 p. ISBN: 85-352-0646-9.

BOBBIO, Norberto, *A era dos direitos*. Tradução Carlos Nelson Coutinho; apresentação de Celso Lafer. — Nova ed. — Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. ISBN: 85-352-1561-1.

BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia: uma defesa das regras do jogo*. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. 6ª edição. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1986. ISBN: 858-4-12-667908-4.

BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de política*. Trad. Carmen C, Varriale [et al.]; Coord. trad. João Ferreira; revisão geral João Ferreira e Luis Guerreiro Pinto Cacais. 5ª ed. Brasília, DF: Editora Universidade de Brasília, 2004, Vol. 1 e 2. ISBN: 85-230-0308-8.

BRASIL. Constituição (1924). *Constituição política do império do Brasil*, de 25 de março de 1824 [Em linha]. Rio de Janeiro, RJ: 1924 [Consult. 11 dez. 2017]. Disponível em WWW<URL:http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao24.htm>.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*, promulgada em 5 de outubro de 1988 [Em linha]. [Consult. 2 jul. 2018] Disponível em WWW<URL:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>.

BRASIL. Decreto nº 3.029 de 9 de janeiro de 1881, que reforma a legislação eleitoral [Em linha]. *Coleção de Leis do Império do Brasil - 1881*, Página 1 Vol. 1pt1 [Publicação

Original]. [Consult. 3 abr. 2018]. Disponível em WWW<URL: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-3029-9-janeiro-1881-546079-publicacaooriginal-59786-pl.html>>.

BRASIL. *Lei nº 4.737*, de 15 de julho de 1965. Institui o Código Eleitoral. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil. Brasília, DF, 19 jul. 1965. Art. 36. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L4737.htm#art382>. Acesso em 12 maio 2018.

BRASIL. Presidência da República. Decreto nº 3.927, de 19 de setembro de 2001. Promulga o tratado de amizade, cooperação e consulta, entre a República Federativa do Brasil e a República Portuguesa, Porto Seguro, BA, de 22 de Abril de 2000 [Em linha]. Brasília, DF: *Diário Oficial da União*, 20 set. 2001 [Consult. 01 jul. 2018]. Disponível em WWW<URL:http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2001/d3927.htm>.

BULOS, Uadi Lammêgo. *Constituição Federal Anotada*. 7ª edição. Revisada e atualizada até a EC nº 53/2006. São Paulo: Saraiva, 2007, 1596 p. ISBN: 978-85-0206219-1.

BUONICORE, Augusto César. As mulheres e os direitos políticos no Brasil. In: NAZARIO, Diva Nolf. *Voto feminino & feminismo*. São Paulo: Imprensa Oficial, 2009.

CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 1998, 1352 p. ISBN: 97-240-1069-4

CARVALHO, José Murilo de. *Cidadania no Brasil: o longo caminho*. 11ª edição. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2008. ISBN: 978-85-200-0565-1.

CHAIA, Vera. *A Longa conquista do voto na história política brasileira* [Em linha]. [S.l: s.n], [201?], 5 p. [Consult. 18 mar. 2018]. Disponível em WWW<URL: http://www.pucsp.br/fundasp/textos/downloads/O_voto_no_Brasil.pdf>.

CHAMPEIL-DESPLATS, Véronique. Norberto Bobbio e os Direitos Humanos: Democracia e sentido da história. In: TOSI, Giuseppe (Org). *Norberto Bobbio: democracia, direitos humanos, guerra e paz*. Vol. 2. João Pessoa, PB: Editora da UFPB, 2013, pp. 139-158. ISBN: 978-85-237-0714-9.

CONFERÊNCIA ESPECIALIZADA INTERAMERICANA SOBRE DIREITOS HUMANOS. *Convenção Americana sobre Direitos Humanos* [Em linha]. San José, Costa Rica, 22 de novembro de 1969. [Consult. 2 jul. 2018] Disponível em WWW<URL:https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm>.

CORREIA, Fernando Alves. *Justiça Constitucional*. Coimbra: Almedina, 2016. ISBN 978-97-240-6676-9

COSTA, Adriano Soares da. *Instituições de Direito Eleitoral*. 6ª Ed. Belo Horizonte, MG: Del Rey, 2006, 92 p. ISBN: 978-85-730-8817-5.

COSTA, P. M. Abreu da Silva. A participação dos portugueses não residentes e dos

estrangeiros residentes nas eleições portuguesas. *Documentação e Direito Comparado*, nº 81/82, p. 180-216, 2000.

DAHL, Robert A. *Sobre a democracia*. Brasília: UnB, 2001. ISBN: 978-8523006211.
DE ABREU, Guilherme [et al.]. Elegibilidade dos analfabetos: por uma reconfiguração à luz da plenitude da cidadania. *Paraná Eleitoral: revista brasileira de direito eleitoral e ciência política*, v. 3, n. 2, pp. 39-66, 2014.

DINIZ, R. A. A. O direito fundamental humano à participação política no contexto da democracia deliberativa em Jürgen Habermas [Em linha]. In: *CONGRESSO INTERINSTITUCIONAL UNISC/URCA*. 2017, 16 p. [Consult. 1 jul. 2018] Disponível em WWW<URL:<http://online.unisc.br/acadnet/anais/index.php/ppds/article/view/16432>>. ISSN 2526-7981.

DWORKIN, Ronald. *Justice for Hedgehogs*. Cambridge: Belknap Press of Harvard University Press, 2011. ISBN: 978-067407225-1.

DWORKIN, Ronald. *Taking Rights Seriously*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1978. ISBN: 978-067486711-6.

FAORO, Raymundo. Os donos do poder: formação do patronato político brasileiro. 6ª ed. Porto Alegre, Globo, 1985. ISBN 978-85-250-5296-4.

GOMES, José Jairo. *Direito eleitoral*. Belo Horizonte: Del Rey, 2016, 881p. ISBN: 9788597003840.

GUERZONI FILHO, Gilberto. A Justiça Eleitoral no Brasil: A desconfiança como elemento fundamental de nosso sistema eleitoral. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, ano 41, n. 161, p. 39-45, jan. 2004.

HOBBS, Thomas. *Leviatã: ou matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil*. Trad. Alex Martins; São Paulo: Martins Claret, 2006.

JARDIM, Torquato. Processo e Justiça Eleitoral: introdução ao sistema eleitoral brasileiro. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, n. 119, p. 25-46, jul./set. 1993

KELSEN, Hans. *General Theory of Law and State*. Trad. Anders Wedberg. Cambridge: Harvard University Press, 1945.

LEAL, Victor Nunes. *Coronelismo, enxada e voto: o município e o regime representativo no Brasil*. Editora Alfa – Ômega, 2ª edição, São Paulo, 1975.

LIMA, Dagomar Henriques, Tribunal de Contas da União. Doutrina. Responsabilização por desempenho e controle externo da Administração Pública. *Revista do TCU*, jan/abr n. 111, 2008.

MACHADO, Marcelo Passamani. A justiça eleitoral. In: CAGGIANO, Mônica S. Herman (coord.); ALMEIDA Fernando D. M. (Org.); MESSA, Ana F. (Org.). *Direito eleitoral em*

debate: estudos em homenagem a Cláudio Lembo. São Paulo: Saraiva, 2013. ISBN: 978-85-021-8317-9.

MARCHETTI, Vitor. O “Supremo Tribunal Eleitoral”: a relação entre STF e TSE na governança eleitoral brasileira. *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais*. RBEC, Belo Horizonte, ano 5, n.20, p. 161-178, out./dez. 2011.

MARSHALL, T. H. Cidadania, classe social e status. Rio de Janeiro: Zahar, 1967.

MENDES, Gilmar Ferreira. Curso de direito constitucional. 4 ed. rev e atual. São Paulo: Saraiva, 2009. ISBN 978-85-02-115507-7.

MIGUÉIS, Jorge Luís [et. al]. *Lei Eleitoral da Assembleia da República* - anotada e comentada. Lisboa: Imprensa Nacional Casa da Moeda, 2015.

MIGUÉIS, Jorge [et al.]. *Lei Eleitoral dos Órgãos das Autarquias Locais*, anotada e comentada. Lisboa: Imprensa Nacional Casa da Moeda, 2014.

MIRANDA, Jorge. *Direito constitucional III*: integração europeia, direito eleitoral, direito parlamentar. Lisboa: AAFDL, 2001. ISBN: 978-0000021205.

MIRANDA, Jorge; *Manual de Direito Constitucional*. Vol. 2. Coimbra: Coimbra Editora, 2010. ISBN: 978-9723222722.

MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui – *Constituição Portuguesa Anotada*, Tomo I. Coimbra: Coimbra Editora, 2010.

MORAES, Alexandre de. *Jurisdição constitucional e tribunais constitucionais*; garantia suprema da constituição. 3ª ed. – São Paulo: Atlas, 2013, 341 p. ISBN: 978-85-2247831-6.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Direito da Participação política*: legislativa, administrativa, judicial. Fundamentos e técnicas constitucionais da legitimidade. Rio de Janeiro: Renovar, 1992, 212 p.

MOZAFFAR, Shaheen; SCHEDLER, Andreas. *The Comparative Study of Electoral Governance – Introduction*. *Internacional Political Science Review*, 23, p.5-27, 2002.

MÜLLER, Friedrich. *Quem é o povo: a questão fundamental da democracia*. São Paulo: Max Limonad, 1998.

NISS, Pedro Henrique Távora. *Direitos Políticos* – condições de elegibilidade, inelegibilidade e ações eleitorais. 2ª edição. Edipro: 2000

NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. Da perda e suspensão dos direitos políticos. *Revista de Informação Legislativa* [Em linha]. Brasília. Ano 35. N. 139. Julho/setembro 1998, p. 203-206. [Consult. 30 jun. 2018]. Disponível em WWW<URL: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/403/r139-19.pdf>>

NOHLEN, Dieter. Elections in the Americas. A Data Handbook. Vol. 2. South America. Edited by Dieter Nohlen. OXFORD University Press, 2005, p. 163.

NOVAIS, Jorge Reis. *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.

OLIVEIRA, Marcelo Roseno de. *A governança eleitoral brasileira e o combate à corrupção*. In: *Suffragium*. Revista do Tribunal Regional Eleitoral do Ceará: Volume 7 - Número 12, julho/dezembro 2015

OLIVEIRA, Marcelo Roseno de. *O sistema jurisdicional de controle das eleições: virtudes e vícios do modelo constitucional brasileiro de apuração da verdade eleitoral*, 2009. Universidade de Fortaleza, Fortaleza, 2009, 117f. Dissertação de Mestrado em Direito Constitucional.

PEREIRA, Rodolfo Viana. Condições de registrabilidade e condições implícitas de elegibilidade: esses obscuros objetos do desejo. In: SANTANO, Ana Cláudia e SALGADO, Eneida Desiree (Orgs.). *Direito Eleitoral: debates ibero-americanos*. Curitiba: Ithala, 2014, pp. 275- 286. ISBN: 978-85-61868-65-9

PEREIRA, Rodolfo Viana. *Contencioso eleitoral: polissemia conceitual, sistemas comparados e posição brasileira*. Revista Brasileira de Direito Eleitoral. Belo Horizonte, v. 7, n. 12, jan./jun. 2015

PEREIRA, Rodolfo Viana. *Controle, constituição e democracia: o controle social do processo eleitoral como elemento de uma teoria democrática do controle constitucional*. Coimbra, 2005.

PIRES, S. F. S.; AMORIM, M. C. M. Elegibilidade e filiação partidária de militares. *Consultoria Legislativa* [Em linha]. Brasília, DF: Câmara dos Deputados, mar. 2006, 11 p. [Consult. 1 jul. 2018]. Disponível em WWW<URL:http://www2.camara.leg.br/a-camara/documentos-e-pesquisa/estudos-e-notas-tecnicas/areas-da-conle/tema21/2006_2393.pdf>.

PORTUGAL. Assembleia Constituinte (1976). *Constituição da República Portuguesa* [em linha]. Portugal, 25 abr. 1976 [Consult. 2 jul. 2018]. Disponível em WWW<URL:<http://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx>>.

PUCCI, Fernanda Patrícia Lima De Oliveira. Os limites da atuação da polícia Judiciária e administrativa na fiscalização da propaganda eleitoral. In: *Suffragium*: Revista do Tribunal Regional Eleitoral do Ceará: Volume 7 - Número 12, julho/dezembro 2015.

RAMAYANA, Marcos. *Direito eleitoral*. 12ª edição. Rio de Janeiro: Ímpetus, 2011.

RIBEIRO, Fávila. O Direito Eleitoral e a Soberania Popular [Em linha]. *Themis*. Fortaleza: Vol. 3, nº 1, pp. 297-321, 2000. [Consult. 2 jul. 2018]. Disponível em WWW<URL:<https://core.ac.uk/download/pdf/16009715.pdf>>.

RIO GRANDE DO NORTE. Tribunal regional eleitoral do rio grande do norte – TRE-RN. *Os 80 anos do voto de saias no Brasil* [Em linha]. [201?]. [Consult. 2 abr. 2018]. Disponível em WWW<URL:<http://www.tre-rn.jus.br/o-tre/centro-de-memoria/os-80-anos-do-voto-de>>

saias-no-brasil-tre-mn>.

ROLLO, Alberto Luis Mendonça. Ação de Impugnação de Mandato Eletivo. In: CAGGIANO, Mônica S. Herman (coord); ALMEIDA Fernando D. M. (Org.); MESSA, Ana F. (Org.). *Direito eleitoral em debate: estudos em homenagem a Cláudio Lembo*. São Paulo: Saraiva, 2013. ISBN: 978-85-021-8317-9.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. O contrato social e outros escritos. Trad. Rolando Roque da Silva. São Paulo: Cultrix, 2009.

SÃO VICENTE, José Antonio Pimenta Bueno, Marquês de. Direito Público Brasileiro e Análise da Constituição do Império. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1958, p 458-459 *apud* CARVALHO, Kildare Gonçalves. *Direito Constitucional: Teoria do Estado e da Constituição – Direito Constitucional Positivo*. 15 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p. 939. ISBN: 978-85-3840011-0.

SILVA, José Afonso da. Curso de direito constitucional positivo. 29. ed. São Paulo: Malheiros Ed., 2007. ISBN: 978-85-3160086-9.

SOUSA, Lourival de Jesus Serejo. Sua excelência o juiz eleitoral. *Revista de Informação Legislativa*. Vol. 26, n. 104, p. 197-200, out./dez. 1989.

SUNSTEIN, Cass R., *Designing Democracy*. What Constitutions Do. OXFORD University Press, 2001, 280 p. ISBN 0-19-514542-9.

THOMPSON, Dennis F. Just Elections. Chicago: University of Chicago Press, 2002. ISBN: 978-0-2267-9764-9.

VELLOSO, Carlos M. da Silva; AGRA, Walber de Moura. *Elementos de direito eleitoral*. 5ª ed. – São Paulo: Saraiva, 2016, 600p. ISBN: 978-85-472-0806-6.

VENZON, Fábio Nesi. A efetividade do direito eleitoral e a soberania popular. *Revista Eleitoral*, Natal, v. 22, p. 23-31, 2008.

VIEIRA, Liszt. *Os argonautas da cidadania*. Rio de Janeiro: Record, 2001. 403p. ISBN: 85-0105-9498.

VIVANCO, Ángela M. *Curso de Derecho Constitucional*. Santiago, Chile: Ediciones Universidad Católica de Chile, 2002.

LEGISLAÇÃO

BRASIL, *Constituição da República Federativa do Brasil* de 1988.

BRASIL, *Código Eleitoral Brasileiro*, Lei nº 4.737, de 15 de julho de 1965.

PORTUGAL, *Constituição da República Portuguesa de 1976*.

PORTUGAL, *Lei de Organização, Funcionamento e Processo do Tribunal Constitucional*.
Lei nº 28/82, de 15 de novembro de 1982

PORTUGAL, *Lei Eleitoral do Presidente da República*, Decreto-Lei n.º 319-A/76, de 3 de maio de 1976

PORTUGAL, *Lei Eleitoral da Assembleia da República* n.º 14/79, de 16 de maio de 1979

PORTUGAL, *Lei Eleitoral dos Órgãos das Autarquias Locais*, Lei Orgânica nº1/2001, de 14 de Agosto de 2001

PORTUGAL, *Lei Eleitoral da Assembleia Legislativa da Região Autónoma dos Açores*,
Decreto-Lei n.º 267/80, de 8 de agosto de 1980

PORTUGAL, *Lei Eleitoral da Assembleia Legislativa da Região Autónoma da Madeira*, Lei
Orgânica n.º 1/2006, de 13 de fevereiro de 2006

JURISPRUDÊNCIA

Acórdãos do Tribunal Constitucional (por ordem cronológica)

Ano	Acórdão n°	Ano	Acórdão n°
1987	163	2002	3
1988	188		5
1989	527	2005	547
	543	2007	318
	606	2009	538
1990	15	2011	34
1994	88	2013	738
1997	715	2015	443
	716		700
	730		

Julgamentos do Tribunal Superior Eleitoral (por ordem cronológica)

Agravo Regimental no Recurso Especial Eleitoral n° 1361737 Bahia (**2012**).

Ministro Relator: Arnaldo Versiani.

Julgamento em 20 de março de 2012.

Recurso Especial Eleitoral n° 181 Minas Gerais (**2015**).

Ministro Relator: Gilmar Ferreira Mendes.

Julgamento em 17 de Março de 2015.