

Rodrigo López Zilio

# DECISÃO DE CASSAÇÃO DE MANDATO

Um método de estruturação  
(os critérios de conformação democrática)

2020

# 1. A JUSTIÇA ELEITORAL COMO MECANISMO DE FORTALECIMENTO DA DEMOCRACIA

## 1.1 DIREITOS POLÍTICOS: DA FUNDAMENTALIDADE À RESTRIÇÃO

A natureza política do homem é realçada por Aristóteles<sup>1</sup>, quando evoca sua visão da cidade como uma associação. A necessidade de uma vida social minimamente organizada também é preocupação de Thomas Hobbes (1997, p. 141-144), para quem o fim último em viver nos Estados é o cuidado com sua própria conservação e com uma vida mais satisfeita. De acordo com o filósofo inglês, a única maneira de instituir um poder comum e garantir uma segurança suficiente é conferir força e poder a um homem, ou a uma assembleia de homens, que possa reduzir essa vontade plural a uma única vontade. A formação de um pacto que redunde em uma vontade soberana permite o surgimento do que denomina “grande Leviatã”. Assim, Hobbes reconhece a figura de um poder soberano nesse Estado político ou por instituição, que ocorre quando os homens concordam volunta-

- 
1. Para Aristóteles (2003, p. 14), como “a cidade participa das coisas da natureza”, “o homem é um animal político, por natureza, que deve viver em sociedade”.
  2. De acordo com Hobbes (1997), é “graças a esta autoridade que lhe é dada por cada indivíduo no Estado, é-lhe conferido o uso de tamanho poder e força que o terror assim inspirado o torna capaz de conformar as vontades de todos eles”.

riamente em se submeterem a um homem ou a uma assembleia, com a esperança de serem protegidos por ele contra todos os outros.

Um avanço fundamental na limitação do poder soberano foi dado pelo ideal da Revolução Francesa<sup>3</sup>, mais especificamente na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789), cujo preceito segundo aponta que “a finalidade de toda associação política é a conservação dos direitos naturais e imprescritíveis do homem”, que são a liberdade, a propriedade, a segurança e a resistência à opressão<sup>4</sup>, isto é, vincula-se expressamente a associação política à ideia de liberdade<sup>5</sup>. Norberto Bobbio (2004, p. 56-57 e p. 103-108) anota que a Revolução Francesa representou uma mudança radical de perspectiva, passando-se de uma concepção organicista (cujo objetivo é a conservação do todo) para uma concepção individualista da sociedade e da história, ou seja, colocando o indivíduo antes da sociedade e “nessa inversão da relação entre o indivíduo e Estado, é invertida também a relação tradicional entre direito e dever”. Essa primazia do indivíduo em relação ao Estado é a base da ideia dos direitos fundamentais. É dizer, os direitos fundamentais pressupõem o reconhecimento de uma esfera própria do indivíduo frente ao poder estatal.

Em síntese, o indivíduo é um sujeito de direitos e, acrescente-se, com Bobbio (2004, p. 203), “o reconhecimento e a proteção dos direitos do homem são a base das constituições democráticas”. Daí, pois, a vinculação entre o constitucionalismo, limitando o poder estatal, e os direitos fundamentais. Para Canotilho (1998, p. 347), “a positivação dos direitos fundamentais significa a incorporação na ordem jurídica positiva dos direitos considerados ‘naturais’ e ‘inalienáveis’ do indivíduo” e, sobremodo por isso, não basta qualquer positivação, sendo indispensável assinalar a dimensão de fundamentalidade (o que justifica sua colocação no topo das fontes do direito, ou seja, as normas constitucionais). Em linha semelhante, Jorge Miranda observa que somente a democracia representativa e pluralista em um Estado de

3. Em uma retrospectiva histórica mais ampla, a independência americana, com a Declaração de Direitos da Virgínia (1776), também guarda um papel central no processo de universalização dos direitos fundamentais.

4. <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-%C3%A0-cria-%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html>, acesso em 30 de novembro de 2018

5. A igualdade também aparece nesse texto, embora na forma de igualdade perante a lei (art. 6º) ou igualdade fiscal (art. 13).

Direito “propicia um sistema completo e autêntico de direitos fundamentais”, pois “nenhum outro regime atual o consagra” (1999).

Sem embargo de certa amplitude conceitual<sup>6</sup>, tem-se reconhecido um amplo catálogo de categorias de direitos fundamentais por meio das diferentes gerações<sup>7</sup> ou dimensões desses direitos – o que

6. O conceito de direitos fundamentais encontra certa variação, a partir da visão doutrinária adotada. Assim, para Jorge Miranda (1998, p. 07), direitos fundamentais são “os direitos ou as posições jurídicas subjetivas das pessoas enquanto tais, individual ou institucionalmente consideradas, assentes na Constituição, seja na Constituição formal, seja na Constituição material”. Em nível nacional, Ingo Sarlet (2013, p. 281) define direitos fundamentais como “todas as posições jurídicas concernentes às pessoas (naturais ou jurídicas, consideradas na perspectiva individual ou transindividual) que, do ponto de vista do direito constitucional positivo, foram, expressa ou implicitamente, integradas à constituição e retiradas da esfera de disponibilidade dos poderes constituídos, bem como todas as posições jurídicas que, por seu conteúdo e significado, possam lhes ser equiparadas, tendo, ou não, assento na constituição formal”. De acordo com Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins (2014, p. 41), “Direitos fundamentais são direitos público-subjetivos de pessoas (físicas ou jurídicas), contidos em disposições constitucionais e, portanto, que encerram caráter normativo supremo dentro do Estado, tendo como finalidade limitar o exercício do poder estatal em face da liberdade individual”. Jane Reis Gonçalves Pereira (2018, p. 114), por seu turno, destaca uma “certa tendência” no emprego da expressão direitos fundamentais “para designar os direitos humanos reconhecidos e positivados em determinada ordem constitucional”. Justamente por força dessa diversidade de conceitos, torna-se necessário uma definição mais clara sobre a estrutura, a função e os efeitos dos direitos fundamentais. Nesse contexto, destaca-se que Robert Alexy (2008, p. 180-253) criou uma teoria dos direitos fundamentais, cuja base é a teoria dos princípios e a teoria das posições jurídicas fundamentais. Enquanto a estrutura das normas de direitos fundamentais é formada por regras e princípios, os direitos fundamentais como direitos subjetivos se desdobram em questões normativas, empíricas e analíticas. O sistema de posições jurídicas fundamentais, para Alexy, “é formado por uma base da teoria analítica dos direitos em uma espécie de tríplice divisão das posições que devem ser designadas como ‘direitos’ em 1) direitos a algo, 2) liberdades, 3) competências”. Os direitos a algo (direitos em face do Estado), por sua vez, dividem-se em direitos a ações negativas (não embaraço de ações; não-afetação de características e situações; não-eliminação de posições jurídicas) e ações positivas (ações positivas fáticas e ações positivas normativas). As liberdades, em verdade, se configuram como liberdades jurídicas (não-protetidas e protegidas). A competência se divide entre competência do cidadão e competência do Estado. Em resumo, a teoria desenvolvida por Alexy busca contribuir para dar respostas racionalmente fundamentadas às questões envolvendo os direitos fundamentais – seja àquelas envolvendo a sua abertura (normativa ou jurisprudencial), seja o próprio dissenso sobre o seu objeto de regulação. Entretanto, não se pode desprezar que também existe uma forte problematização sobre a compreensão dos direitos fundamentais sob o ideal republicano. Com efeito, Canotilho (p. 2004, p. 15) pondera que “a doutrina do direito constitucional revela uma deficiente compreensão teórica do ideário republicano dos direitos fundamentais” e, tendo por base o paradigma da sistematização da doutrina alemã, pontua que “não há lugar, hoje, para uma teoria republicana de direitos fundamentais”. Nesse cenário, Canotilho afirma que as dimensões democrático-funcionalistas na teoria republicana dos direitos fundamentais se perfazem no fazer iguais e no exercer direitos em prol da solidariedade e da fraternidade.
7. Sobre as gerações de direitos fundamentais: SAMPAIO, José Adércio Leite (2004, p. 259-312); BONAVIDES, Paulo (2004, p. 562-572).

é justificado por sua evolução histórica<sup>8</sup>. Assim, os direitos de liberdade (v.g., vida, propriedade) – que asseguram uma autonomia do indivíduo perante o Estado, cuja obrigação é não intervir na esfera jurídica de cada um – formam a primeira geração ou dimensão dos direitos fundamentais, com esteio nas ideias do liberalismo individual; os direitos sociais (v.g., trabalho, assistência social, saúde), que dependem da intervenção do Estado para sua efetivação, representam a segunda dimensão dos direitos fundamentais, a partir da lógica do *welfare state* e do Estado Social de Direito; a tutela dos direitos coletivos (v.g., meio ambiente, patrimônio histórico e cultural), direcionados à proteção da humanidade como um todo, forma a terceira geração dos direitos fundamentais, que surgem após o fim da segunda guerra mundial; por fim, a quarta<sup>9</sup> dimensão é pautada pela ideia de uma ampla proteção contra os avanços tecnológicos e genéticos.

A existência de direitos fundamentais acolhidos em uma determinada ordem jurídica tem a finalidade de assegurar direitos aos indivíduos perante o Estado. Em verdade, os direitos fundamentais possuem uma dupla dimensão<sup>10</sup>: a subjetiva significa que o titular de um direito fundamental tem a possibilidade buscar judicialmente seus interesses juridicamente tutelados; a objetiva apresenta os direitos fundamentais como um conjunto de valores básicos e fins diretivos dos poderes públicos, ou seja, é reconhecido um conteúdo normativo e de funções diversas a esses direitos – desde a sua eficácia radiante, os deveres de proteção do Estado e, ainda, sua função organizatória e procedimental (SARLET, 2013, p. 304-311).

Considerada a relação entre as esferas jurídicas do Estado e do indivíduo, observa-se que os direitos fundamentais assumem diferentes funções, destacando-se, em nível doutrinário e nada obstante certo dissenso<sup>11</sup>, a categoria de direitos fundamentais como direitos

---

8. Para uma visão ampla da origem histórica e da evolução dos direitos fundamentais: SAM-PAIO, José Adércio Leite (2004, p. 241-258).

9. Nem todos os constitucionalistas convergem quanto à existência de uma quarta geração de direitos fundamentais, ainda que José Adércio Leite Sampaio (2004, p. 302) observe que já há quem fale em uma quinta geração de direitos humanos, com múltiplas interpretações.

10. Para uma análise mais aprofundada da dupla dimensão dos direitos fundamentais: NOVAIS, 2003, p. 57-125.

11. Essa divisão, bem observa Paulo Gustavo Gonet Branco (2013, p. 157), é uma depuração da teoria dos *status* de Jellinek. Nesse sentido, as duas espécies de direitos fundamentais mais frequentemente assinaladas são os direitos de defesa (direito de liberdade) e direitos a prestações (direitos cívicos), mas alguma parcela da doutrina acrescenta, ainda, os direitos

de defesa, como direitos a prestação e (para alguns) como direitos de participação. Em resumo, os direitos de defesa encerram a ideia de um dever de abstenção Estado, ou seja, funcionam como um limite na atuação estatal, constituindo normas de competência negativa para os poderes públicos (v.g., vedação da tortura; liberdade de manifestação do pensamento; inviolabilidade da vida privada e intimidade). Os direitos a prestação se afiguram como direitos de promoção e exigem um agir estatal, com o objetivo de favorecer condições materiais indispensáveis para que os indivíduos possam desfrutar efetivamente das liberdades que lhe são asseguradas. Os direitos de participação<sup>12</sup>, por sua vez, constituem-se pelo gozo dos direitos políticos, que se

---

de participação. Jorge Miranda (1998, p. 87) também destaca essa percepção de uma triplíce função dos direitos fundamentais. Consoante o constitucionalista português, “dum prisma valorativo, dir-se-ia que os direitos *personais* se ligam à autonomia, à liberdade, à segurança da pessoa; que os direitos *sociais* decorrem da sua sociabilidade e têm em vista objetivos de promoção, de comunicação e de cultura; e que os direitos *políticos* se ajustam à ideia de participação”, ou seja, direitos pessoais são direitos de defesa; direitos sociais, direitos a prestação; direitos políticos, são direitos de participação. De outro lado, a partir da posição jurídica do cidadão (titular de direitos) perante o Estado, Canotilho apresenta uma distinção entre direitos e liberdades (2003, p. 395-396): as liberdades vinculam-se a um estado negativo e através delas visa-se defender a esfera do cidadão perante a intervenção do Estado, ao passo que os direitos se bifurcam em um *status activus* – salientando o direito de participação do cidadão como elemento ativo da vida política (direito de voto e direito aos cargos públicos) – e em um *status positivus* – que são os direitos dos cidadãos às prestações necessárias ao desenvolvimento pleno da existência individual. Em síntese, para Canotilho os direitos como *status activus* são os direitos políticos, ao passo que os direitos como *status positivus* são os direitos de prestação (econômicos, sociais e culturais). A partir da tipologia adotada pela Constituição portuguesa, Jorge Reis Novais assinala como decisiva a distinção entre direitos de liberdade e direitos sociais (2003, p. 132-133). Em nível nacional, Ingo Sarlet (2013, p. 314) classifica os direitos fundamentais, de acordo com o objeto da posição subjetiva atribuída ao titular do direito, como direitos de defesa (direitos negativos) – “no sentido de proibições de intervenção (exigências de abstenção/omissão)” – e direitos a prestações (direitos positivos) – “no sentido de direitos a ações positivas, que exigem do destinatário uma atuação em nível de prestações fáticas (materiais) ou normativas (jurídicas), incluindo, neste caso, o dever de emitir normas de proteção, organização e procedimento”.

12. Paulo Gustavo Gonet Branco (2013, p. 166) ressalva que existe uma divergência doutrinária nesse ponto, assinalando que “tanto Canotilho como Alexy situam diversos direitos políticos, conforme suas características, entre os direitos a prestação ou entre os de defesa”, e não cogitam dos direitos de participação como um terceiro grupo de direitos fundamentais. Acrescenta, ainda, o autor que “mesmo quem adota essa terceira categoria não nega que esses direitos de participação possuem ‘características de direitos de defesa e direitos a prestação’”. Todo esse debate, aliás, é bem justificado pela multifuncionalidade dos direitos políticos, que se emolduram por uma evidente complexidade jurídica. De acordo com Marcelo Roseno de Oliveira (2016, p. 87-92), “os direitos políticos (por excelência), como os de votar e ser votado, embora materializem, *prima facie*, a participação dos cidadãos na formação da vontade política do Estado, também criam um dever de abstenção estatal quanto a não interferir indevidamente na esfera jurídica dos eleitores (direitos de defesa); impõem que o Estado os proteja quanto à eventual intervenção de terceiros (proteção) e aja no sentido de disponibilizar prestações fáticas e normativas para que sejam viabilizados (caráter

consubstanciam na participação do cidadão na formação da vontade do país (BRANCO, 2013, p. 157-166).

A categorização uniforme dos tipos de direitos fundamentais, além de incontroversa, apresenta uma dificuldade justificada pela multiplicidade de perspectiva sobre as concepções desses direitos. A problemática da classificação dos tipos de direitos fundamentais, aliás, é bem delineada por Jorge Reis Novais (2003, p. 125-127) quando explicita que o catálogo dos direitos fundamentais mostra a sua diferenciação quanto à natureza e o tipo de bens protegidos pelas normas constitucionais, podendo guardar respeito à liberdade em sentido restrito (v.g., liberdade de religião e de expressão), à atributos, valores ou situações do seu titular (v.g., direito de personalidade, à vida), à posições jurídicas garantidas na esfera desse mesmo titular (v.g., direito ao casamento, ao voto) e capacidades jurídicas (v.g., elegibilidade aos órgãos do Estado). Disso, prossegue o autor, resulta a possibilidade de múltiplas tipologias de direitos fundamentais, as quais pretendem dar conta da relação jurídica que se estabelece entre o indivíduo e o Estado de acordo com a diferente natureza e função do direito em causa e do *status* individual em que se integra.

Justamente por sua inerente característica de fundamentalidade, existe um acentuado debate jurídico sobre os limites dos direitos fundamentais. No entanto, porque não existe direito absoluto, é corrente a ideia de limitação dos direitos fundamentais – o que é justificado tanto pela possibilidade de conflito entre esses direitos (v.g., liberdade de expressão e direito de intimidade) como também pelo fato de os direitos fundamentais não poderem ser empregados para a consecução de atos ilícitos. Para uma adequada limitação dos direitos fundamentais, sinaliza Gilmar Mendes (2013, p. 192-194), é necessário que seja definido o seu âmbito ou núcleo de proteção<sup>13</sup>, identificando-se “não só o objeto de proteção (o que é efetivamente

---

prestacional), concretizando, destarte, um feixe de situações jurídicas que confirmam a sua multifuncionalidade”.

13. Conforme Gilmar Mendes (2013, p. 194), ainda que essa identificação do âmbito de proteção do direito não possa ser fixada em regras gerais, demandando, para cada direito específico, um procedimento, a definição desse âmbito protetivo exige a análise da norma constitucional garantidora de direitos, tendo em vista: a) a identificação dos bens jurídicos protegidos e a amplitude dessa proteção (âmbito de proteção da norma); b) a verificação das possíveis restrições contempladas, expressamente, na Constituição (expressa restrição constitucional) e a identificação das reservas legais de índole restritiva.

protegido) mas também contra que tipo de agressão ou restrição se outorga essa proteção.” O âmbito de proteção<sup>14</sup> de um direito fundamental, observa Ingo Sarlet (2013, p. 339-340), “abrange os diferentes pressupostos fáticos instituídos pela respectiva norma jurídica”, isto é, trata-se do bem jurídico protegido ou, ainda, do objeto tutelado. Jane Reis Gonçalves Pereira (2018, p. 127), de outra parte, explicita que a estrutura normativa dos direitos fundamentais sob a forma de regras e princípios repercute sobre as controvérsias relativas à interpretação dos direitos fundamentais “e especialmente sobre o problema de sua restringibilidade”.

Especificamente no que pertine aos seus limites, é certo afirmar que existe substancial convergência em se afirmar que os direitos fundamentais podem ser restringidos por expressa disposição constitucional e também por norma fundada em preceito constitucional. As restrições legais, assim consideradas aquelas impostas pelo legislador infraconstitucional com amparo constitucional, são divididas em reserva legal simples<sup>15</sup> e reserva legal qualificada<sup>16</sup> (MENDES, 2013, p. 199-206; SARLET, 2013, p. 342-347). Para além dessas duas situ-

- 
14. Após referir que a discussão sobre a restrição dos limites dos direitos fundamentais exige a análise das teorias interna (pela qual o direito fundamental existe desde sempre com um conteúdo determinado e já nasce com seus limites) e externa (que distingue os direitos fundamentais das restrições a eles eventualmente impostas), Sarlet (2013, p. 339-341) conclui que “a teoria externa acaba sendo mais apta a propiciar a reconstrução argumentativa das colisões de direitos fundamentais, tendo em conta a necessidade da imposição de limites a tais direitos, para que possa ser assegurada a convivência harmônica entre seus respectivos titulares no âmbito da realidade social” – explicitando que as limitações impostas aos direitos fundamentais deverão observar outros limites, que são designados limites de limites. Em sentido próximo, Jorge Reis Novais (2003, p. 354-361), quando aborda a fundamentação das restrições aos direitos fundamentais, apresenta três modelos de justificativa: a teoria externa; a teoria interna; o modelo dos direitos fundamentais enquanto princípios. Para o constitucionista português, embora certas insuficiências, o modelo dos direitos fundamentais enquanto princípios e o modelo da teoria externa correspondem mais satisfatoriamente aos propósitos de justificar a restrição dos direitos fundamentais. Para um aprofundamento dos limites aos direitos fundamentais, na doutrina brasileira: FREITAS, Luís Fernando Calil: 2007, p. 77-184; PEREIRA, Jane Reis Gonçalves: 2018, p. 171-256.
  15. A Constituição autoriza a intervenção do legislador para a proteção dos direitos fundamentais com base em fórmulas diversas (na forma da lei; nos termos da lei). Exemplos: art. 5º, VI, CF (proteção aos locais de culto e suas liturgias, na forma da lei); art. 5º, VII (prestação de assistência religiosa nas entidades civis e militares de internação coletiva, nos termos da lei).
  16. A Constituição exige restrição a determinado direito, estabelecendo as condições para tanto ou os fins perseguidos ou, ainda, os meios utilizados. Exemplos: art. 5º, XII, CF (a interceptação telefônica exige ordem judicial para investigação criminal ou instrução processual penal, sendo inviável em procedimento administrativo ou cível); art. 5º, XIII, CF (as restrições à liberdade de exercício profissional somente podem ser levadas a efeito no tocante às qualificações profissionais).



ações que permitem limitação dos direitos fundamentais com base em normas constitucionais (de forma direta ou indireta), é reconhecida, ainda, a possibilidade de restrição de direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição<sup>17</sup> – o que pode ocorrer tanto por lei como por decisão judicial.

Canotilho (2003, p. 451-461) explicita que “as leis restritivas estão sujeitas a uma série de requisitos restritivos dessas mesmas leis”, denominados “restrições às restrições ou limites dos limites”, ou seja, após determinado o âmbito de proteção do direito e verificada a existência de uma restrição através da lei, deve-se verificar se essa lei restritiva preenche os requisitos formais e materiais constitucionais fixados: i) autorização de restrição expressa; ii) lei formal; iii) generalidade e abstração da lei restritiva; iv) não retroatividade da lei restritiva; v) princípio da proibição do excesso; vi) princípio da salvaguarda do núcleo essencial. Em resumo, a restrição a um direito fundamental, além de uma tarefa delicada, é sempre excepcional e, assim, essa restrição é sempre limitada<sup>18</sup>. Daí que os limites dos limites (*Schranken-Schanken*) funcionam como balizas ou barreiras na função da restrição aos direitos fundamentais. De acordo com Jane Reis Gonçalves Pereira (2018, p. 341), os limites dos limites são “instrumentos normativo-metódicos de aplicação dos direitos fundamentais, cuja finalidade é garantir o seu caráter vinculante”, ou seja, eles não podem ser concebidos de forma autônoma ou desligada em relação aos direitos fundamentais, na medida em que “não<sup>19</sup> podem operar isoladamente como obstáculos à atuação legislativa”. Gilmar Mendes (2013, p. 212-215) assinala que, ao contrário de outros países (v.g., art. 19, II, da Lei Fundamental alemã de 1949; art. 18, III, da Constituição portuguesa de 1976), “a ordem constitucional bra-

---

17. Por todos, conferir: NOVAIS, Jorge Reis. As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição. Coimbra Editora, 2003.

18. Quando analisa o conceito de restrição aos direitos fundamentais, Alexy (2008, p. 281) – após ponderar que restrições a direitos fundamentais são normas que restringem uma posição *prima facie* de direito fundamental – refere que essa resposta tem um “caráter circular, na medida em que utiliza o conceito de restrição para definir o conceito de restrição aos direitos fundamentais”.

19. Para corroborar essa assertiva a autora explicita que o princípio da proporcionalidade “carece de sentido normativo autônomo”, embora reconheça que essa mesma lógica de argumentação não é oponível ao princípio da reserva legal – o qual, ao mesmo tempo, funciona como limite formal às restrições de direitos fundamentais e tem o papel autônomo de viabilizar a implementação do princípio democrático (2018, p. 341).

sileira não contempla qualquer disciplina direta e expressa sobre a proteção do núcleo essencial<sup>20</sup> de direitos fundamentais”, cujo desiderato é evitar o esvaziamento do conteúdo do direito fundamental por restrições descabidas, apontando, contudo, que – além da cláusula pétrea de vedação de proposta de emenda tendente a abolir os direitos e garantias individuais (art. 60, §4º, IV, CF) – “a ideia de um núcleo essencial decorre do próprio modelo garantístico utilizado pelo constituinte”.

No estudo do controle material dos limites dos limites, o princípio da proporcionalidade<sup>21</sup> ganha especial destaque. Ingo Sarlet (2013, p. 349) obtempera a relevância desse princípio, vaticinando que ele “constitui um dos pilares do Estado Democrático de Direito” e desponta como instrumento de controle dos atos dos poderes públicos. Após destacar que o princípio da proporcionalidade é percebido de forma particular (de forma escrita ou não escrita) nos diversos ordenamentos jurídicos<sup>22</sup>, Gilmar Mendes (2013, p. 226) anota que a doutrina constitucional moderna – quando da imposição de restrições a direitos – enfatiza a necessidade de se indagar “não apenas sobre a admissibilidade constitucional da restrição eventualmente fixada (reserva legal), mas também sobre a compatibilidade das restrições estabelecidas com o princípio da proporcionalidade”, orientação que converteu o princípio da reserva legal na reserva legal proporcional (exigindo a legitimidade dos meios utilizados, dos fins perseguidos e a adequação dos meios).

O princípio da proporcionalidade, atualmente, é concebido em sua dupla face, ou seja, abrange uma dimensão que veda tanto a proibição do excesso como, em igual medida, a proteção insuficiente. A

- 
20. A ideia básica, conforme Canotilho (2003, p. 458-461), é que existe um núcleo essencial dos direitos que nunca pode ser violado, esclarecendo que “se é razoável o entendimento de o âmbito de proteção de um direito dever obter-se, caso a caso, tendo em conta outros direitos ou bens constitucionalmente protegidos, também é certo que a proibição da diminuição da extensão do núcleo essencial só terá sendo se constituir um reduto último intransponível por qualquer medida legal restritiva”.
  21. Não há espaço, aqui, para verticalizar as diferentes vertentes do princípio da proporcionalidade, ou seja, a sua vinculação com a ideia do Estado de Direito (doutrina alemã) e a sua relação com o devido processo legal substantivo (orientação norte-americana).
  22. No direito constitucional alemão, outorga-se ao princípio da proporcionalidade ou ao princípio da proibição do excesso qualidade de norma constitucional não escrita; no direito português, o princípio da proporcionalidade em sentido amplo (também conhecido como princípio da proibição de excesso) foi erigido à dignidade de princípio constitucional (art. 18, 2).

ideia de proibição de excesso ocorre quando, para concretizar seus deveres de proteção, o Estado afetar de modo desproporcional outros direitos fundamentais; a ideia de proibição de insuficiência decorre de o Estado frustrar seus deveres de proteção, atuando de modo insuficiente. Nessa função de controle de legitimidade das medidas restritivas de proteção dos direitos fundamentais, o princípio da proporcionalidade – seja como proibição do excesso ou proteção deficiente – se desdobra em três elementos: i) adequação, que é um controle da viabilidade ou idoneidade técnica; ii) necessidade, ou seja, a opção pelo menos restritivo menos gravoso; iii) proporcionalidade em sentido estrito, que é o equilíbrio entre os meios utilizados e os fins pretendidos (SARLET, 2013, p. 349-351). Para Canotilho (2003, p. 457), o princípio da proibição do excesso, no âmbito das restrições de direitos, significa que qualquer limitação “deve ser adequada (apropriada), necessária (exigível) e proporcional (com justa medida)”. Em outras palavras, com Juarez Freitas (2004, p. 38), o princípio da proporcionalidade “significa que o Estado não deve agir com demasia, tampouco de modo insuficiente, para a consecução de seus objetivos” e, assim “exageros (para mais ou para menos) configuram violações ao princípio”.

Após essa breve digressão sobre elementos essenciais dos direitos fundamentais, é necessário um corte para delimitar o presente trabalho – voltado à análise das decisões de cassação de mandato proferidas pela Justiça Eleitoral. Mandato político pressupõe, em uma ponta, o direito de elegibilidade e, noutra ponta, uma representação legítima e em conformidade com os votos apurados no sistema eleitoral adotado. É dizer, mandato político pressupõe um processo eleitoral construído harmonicamente a partir da noção da dupla objetividade dos direitos políticos: a elegibilidade, nos direitos políticos passivos; a participação do corpo de eleitores em um certame regular, nos direitos políticos ativos.

Dessa forma, retoma-se a ideia de que os direitos políticos guardam vinculação com o direito de participação. Sem embargo de reconhecer que a ideia dos direitos políticos permite a aferição de um sentido multidimensional<sup>23</sup>, importa, aqui, estabelecer a proeminên-

---

23. A análise do direito político enquanto um fenômeno para além do mundo jurídico é bem delineada por Carlos Santiago Fayt em sua obra *Derecho Político*. Assim, Fayt (2009, p. 35-36) destaca que nenhum outro ramo do direito é tão sensível às mudanças que se produzem na estrutura da sociedade como o direito político, na medida em que a relação de forças que

cia de uma percepção estritamente jurídica. Daí que é certo que a noção comumente propagada é de que os direitos políticos abarcam o direito de votar e o direito de ser votado, ou seja, vincula-se a extensão dos direitos políticos à capacidade eleitoral ativa e passiva. Entretanto, analisando a perspectiva adotada no ordenamento jurídico brasileiro, essa é uma visão restrita de direitos políticos. Com efeito, no esquadro normativo da Constituição Federal de 1988, os direitos políticos não se esgotam no direito de votar (em eleições, plebiscitos e referendos) e no direito de ser votado<sup>24</sup>, mas abrangem também a participação direta no exercício da soberania popular (v.g., direito de propor ação popular, art. 5º, LXXIII, da CF; subscrição de projeto de iniciativa popular, art. 61, §2º, da CF; participação no processo de criação dos partidos políticos). É albergada, pois, uma ampla noção de direitos políticos no texto constitucional. Exatamente nessa linha, Teori Zavascki (1997, p. 181) define os direitos políticos como o conjunto de direitos que permite uma efetiva participação e influência nas atividades de governo “através do voto, do exercício de cargos públicos ou da utilização de outros instrumentos constitucionais e legais”. Nesse contexto, é possível aferir uma perspectiva de otimização substancial do conteúdo dos direitos políticos, sobretudo quando se acentua um plexo de relações que se afeiçoam tanto por um viés participativo indireto (direito de votar em eleições) como também através de uma participação direta (v.g., audiências públicas na viabilização de direitos urbanísticos<sup>25</sup>).

---

integram a sociedade e o Estado marca a tendência dominante da vida política contemporânea. A complexidade das causas econômicas e sociais é determinante na transformação do direito político, ou seja, a própria estrutura da sociedade contemporânea torna-se motivo de estudo no sistema dos direitos políticos e, por consectário, o método de formação dos direitos políticos passa a não ser mais exclusivamente jurídico, devendo ser colmatado por um método sociológico se se pretende um direito político da realidade. A partir dessas premissas, o jurista argentino assinala que existe uma inadequação das denominações tradicionais dos direitos políticos, defendendo que ele deve ser considerado como o ramo do direito público que estuda a estrutura dinâmica da organização política e suas relações e funções; logo, o objeto dos direitos políticos é a organização política. Daí que Carlos Fayt (2009, p. 30) compreende o direito político como “un sistema cuya unidad resulta del enlace de una teoría de la sociedad, una teoría de la organización, una teoría de la constitución y una teoría de los actos políticos”.

24. Para além do mero direito de ser votado, o gozo dos direitos políticos permite, ainda, a habilitação a determinados cargos públicos não eletivos. Assim, por exemplo, a investidura do cargo de servidor público federal tem como um dos requisitos o gozo dos direitos políticos: art. 5º, inciso II, da Lei nº 8.112/1990.
25. Ao regulamentar os artigos 182 e 183 da Constituição Federal, a Lei nº 10.527/2001 (Estatuto da Cidade), em diversos dispositivos, prevê a realização de audiências públicas: como dire-

A afirmação da natureza fundamental<sup>26</sup> dos direitos políticos resulta uma série de consequências jurídicas – seja quanto à qualidade e importância dos direitos fundamentais políticos, seja quanto à sua dimensão objetiva e subjetiva –, pontua Néviton Guedes (2013, p. 660), acentuando que os direitos políticos são “pressupostos insubstituíveis para a conformação livre da esfera pública”, por duas razões essenciais: os direitos políticos formam estruturalmente a base do regime democrático; o direito de votar e ser votado é, antes de tudo, um direito político fundamental porque nele se assenta a garantia de preservação de todos os demais direitos fundamentais. Corroborando que a fundamentalidade dos direitos políticos traz uma série de significados jurídicos valiosos, Ingo Sarlet aponta que

todos os direitos e garantias contemplados nos arts. 14-16 são direitos fundamentais, dotados, em regra, de aplicabilidade imediata (art. 5º, §1º), vinculando diretamente os atores estatais e, além disso, gozando da condição de ‘cláusulas pétreas’ (2013, p. 663-664).

Em síntese, o regime jurídico-constitucional em que se inserem os direitos políticos possui aptidão de lhes conferir uma ampla dignidade constitucional, na medida em que, ao fim e ao cabo, de direitos fundamentais se tratam. Para além de uma perspectiva material (vinculação com a dignidade humana e a democracia) e formal (conjunto de garantias), Ingo Sarlet também destaca que os direitos políticos – porque são espécies de direitos fundamentais – cumprem múltiplas funções no sistema constitucional, possuindo uma dimensão subjetiva e uma dimensão objetiva. A dimensão subjetiva implica um complexo de direitos ou posições subjetivas, de caráter positivo ou negativo, revelando os direitos políticos como direitos subjetivos dotados de um regime jurídico-constitucional privilegiado; a dimensão objetiva vincula-se a noção de dever<sup>27</sup>, apresentando-se como parâmetros de interpretação e gerando efeitos em relação a entes estatais

---

triz geral da política urbana (art. 2º, XIII); no processo de elaboração do plano diretor (art. 40, §4º, I); como instrumento de gestão democrática das cidades (art. 43, II; art. 44).

26. Marcelo Roseno de Oliveira (2016, p. 35-45) destaca que os direitos políticos apresentam vínculo direto e indissociável com a ideia de dignidade da pessoa e, num Estado Democrático, são exigência e decorrência desse valor fundamental.

27. Os direitos políticos, explica Ingo Sarlet (2013), geram para os órgãos estatais deveres de proteção, que implicam deveres de atuação na esfera normativa (legislar) e no campo de

e atores privados. Nesse ponto, conforme Sarlet (2013, p. 665-667), “a dimensão objetiva dos direitos políticos guarda relação com uma ampliação<sup>28</sup> do espaço da dimensão subjetiva”, ou seja, configuram-se como direitos de defesa (direitos negativos ou proibição de intervenção) e diretos a prestação (normativas e materiais). Em sentido semelhante, Jorge Miranda (2008) destaca a dupla natureza dos direitos políticos: poderes funcionais, porque devem ser exercidos segundo o interesse coletivo (tal como a competência dos governantes); direitos subjetivos, porque se destinam à prossecução de interesses próprios dos seus titulares (atender na síntese do interesse coletivo) e o seu exercício serve o desenvolvimento da personalidade de cada indivíduo. Em resumo, pois, é reconhecida uma multifuncionalidade<sup>29</sup> dos direitos políticos no esquadro normativo do ordenamento jurídico constitucional brasileiro.

A partir da ideia de que direitos políticos são direitos fundamentais (e os direitos fundamentais podem ser limitados), é intuitivo que se admita semelhante restrição no gozo dos direitos políticos (ativo ou passivo). Justamente com esse objetivo, Néviton Guedes (2013, p. 663) bem destaca que, muito além de um âmbito de regulação (que abrange todo o processo eleitoral, desde o alistamento até a distribuição dos cargos), no âmbito de proteção dos direitos políticos estão inseridas, como objeto a ser protegido, “tanto as condutas e posições jurídicas do eleitor como as condutas e posições jurídicas dos candidatos, dos partidos ou coligações que eventualmente disputem as eleições”. Assim, se as posições jurídicas dos eleitores, candidatos, partidos e coligações devem ser objeto de proteção na matéria relativa aos direitos políticos e se a proteção do regime democrático é uma aspiração de toda a coletividade, o mandato de representação política não prescinde de uma habilitação constitucionalmente conformada.

---

organização e do procedimento – seja da Justiça Eleitoral, seja das técnicas processuais para assegurar a fruição dos direitos políticos.

28. Em verdade, os direitos políticos se investem – notadamente quando se analisa o aspecto de sua funcionalidade – de uma dupla característica (ou natureza mista), porquanto geram tanto efeitos positivos (v.g., dever do estado de controlar a regularidade das eleições) como efeitos negativos (v.g., assegurar a liberdade do eleitor). Os direitos políticos, testifica Sarlet, devem ser enquadrados ou no grupo do direito de defesa ou no âmbito dos direitos prestacionais – fazendo opção pela preponderância do direito de defesa (2005).
29. Não é demais repisar, como já referido anteriormente, que existe uma parcela doutrinária que defende uma divisão tríplice dessas funções dos direitos fundamentais (direitos de defesa, de prestação e de participação).

Por corolário, é possível afirmar que o exercício de um mandato político representativo é condicionado à higidez do processo eleitoral que lhe confere existência e validade. Dito de outro modo, o legislador constituinte estabelece que as eleições devem ser pautadas pela observância da legitimidade e normalidade contra a interferência do abuso de poder, erige a liberdade de voto do eleitor como uma cláusula pétrea e a isonomia como um direito fundamental de todos os cidadãos. Daí que, ao fixadas essas diretrizes principiológicas, infere-se que a própria Constituição da República define o alcance do âmbito de proteção do direito ao exercício de mandato eletivo. Esse âmbito de proteção encerra uma ideia de restrição constitucionalmente adequada ao exercício regular de mandato eletivo. Vale dizer, o direito fundamental ao exercício de mandato eletivo é balizado por um título de habilitação adequado às regras constitucionais. Isso porque a mesma Constituição Federal que assegura um voto livre e uma escolha soberana do eleitor pressupõe uma paridade de armas na disputa eleitoral e uma compatibilidade da investidura política do mandato eletivo com um regime democrático genuinamente representativo.

Justamente porque a Constituição Federal, de um lado, alberga o princípio da soberania popular (art. 1º, parágrafo único) e o sufrágio universal com o voto direto e secreto e, de outro lado, preconiza a necessidade de proteção à normalidade das eleições contra a influência do abuso de poder (art. 14, §9º), forma-se uma junção de interesses que eventualmente podem se contrapor em um dado caso concreto. Não há espaço, aqui, para verticalizar a controvérsia de a Justiça Eleitoral – quando atua de forma mais aguda no contencioso judicial eleitoral (cassando mandatos eletivos) – exercer o papel de depuração do processo eleitoral, mas, admitida a legitimidade dessa função contramajoritária, devem ser estabelecidos limites razoáveis que justifiquem a Justiça Eleitoral como órgão de controle e regulação de um processo eleitoral que seja, a um só tempo, idôneo quanto ao seu resultado e representativo quanto à formação da vontade do corpo eleitoral.

A sindicabilidade do resultado das eleições tem seu ponto central fundando em um microssistema legislativo próprio (Constituição Federal, Lei das Inelegibilidades, Lei das Eleições, Código Eleitoral, Lei dos Partidos Políticos) e é estruturado em um direito sancionador eleitoral, cujo regime jurídico possui uma dimensão constitucional-

mente justificada – na defesa da legitimidade do pleito, na isonomia dos candidatos e na liberdade de voto do eleitor. Desse modo, é corrente a ideia de que, em circunstâncias específicas, pode haver uma contraposição entre o mandato eletivo obtido pelo voto popular e a normalidade do processo eleitoral que lhe confere sustentação. Com efeito, da mesma sorte que o candidato mais votado em um sistema majoritário, *a priori*, ostenta o direito de ser considerado eleito, um determinado processo eletivo somente pode ser reputado válido se tiver uma conformação constitucional hígida. A antinomia entre esses comandos normativos de *status* constitucional e o consequente tensionamento na equação da controvérsia sobre qual é o melhor direito a ser aplicado em um dado caso concreto é uma realidade inescapável ao magistrado no exercício de sua atividade jurisdicional eleitoral. Nesse contexto de iminente conflito entre direitos fundamentais e tendo em vista que os direitos políticos não possuem peso ou relevância substancialmente diversa entre si, a doutrina constitucional sugere o equacionamento do problema da colisão de direitos fundamentais a partir de uma concordância prática<sup>30</sup> entre eles (MENDES, 2013, p. 236-240; SARLET, 2013, p. 345-346 e 664-665).

Em linha de arremate, a intervenção da Justiça Eleitoral no resultado das eleições – cuja afetação direta no processo de investidura política torna-se inevitável (no caso de uma decisão de cassação de

---

30. É nesse espaço da concordância prática que surge a ideia do recurso à ponderação como um critério de solução da colisão entre direitos fundamentais. Assim, após afirmar que a resolução desses conflitos deve ser feita mediante a concordância prática (*praktische Konkordanz*), de modo que cada um dos valores jurídicos em conflito ganhe realidade, Mendes (2013, p. 239-240) pontua que uma tentativa de sistematização da jurisprudência mostra que ela se orienta pelo estabelecimento de uma ponderação de bens em vista o caso concreto. De acordo com Sarlet (2013, p. 345-346) é pela própria caracterização dos direitos fundamentais como posições jurídicas *prima facie* que eles se encontram sujeitos a ponderações em caso de eventuais colisões, sendo que a solução desse impasse não pode ser realizado por um critério hierárquico – que significa o sacrifício de um desses bens ou valores em detrimento do outro –, mas sim através de uma “proteção constitucional dos diferentes direitos no quadro da unidade da Constituição, buscando harmonizar preceitos que apontam para resultados diferentes, muitas vezes contraditórios”. Após salientar a necessidade de “reduzir os erros e o arbítrio judicial, aumentar a previsibilidade das decisões em favor da segurança jurídica e poupar tempo e energia dos operados do Direito em casos futuros”, Cláudio Pereira de Souza Neto e Daniel Sarmento (2014, p. 526-527) destacam três parâmetros gerais para a ponderação: i) as regras constitucionais têm preferência *prima facie* sobre os princípios; ii) há uma preferência *prima facie* das normas que instituem direitos fundamentais, quando colidem com outras que assegurem interesses e bens jurídicos distintos; iii) dentre os direitos fundamentais, já uma preferência *prima facie* dos direitos e liberdades existenciais, dos ligados à garantia dos pressupostos da democracia e das condições essenciais de vida sobre aqueles de conteúdo meramente patrimonial ou econômico.



mandato) – é sempre uma medida de caráter excepcional e realizada mediante uma fundamentação jurídica substancial. É que, bem observam Luiz Fux e Carlos Eduardo Frazão (2018, p. 108), superada a fase da habilitação das candidaturas, as controvérsias eleitorais devem ser decididas tendo por mandamento nuclear a soberania popular, ou seja, “expungir um candidato ficha limpa da titularidade do mandato requer um ônus argumentativo mais elevado daqueles que impugnam o mandato, mediante a comprovação de ilícitos eivados de extrema gravidade e aptos a comprometer, sobremodo, a legitimidade e normalidade das eleições”. Noutras palavras, porque a manifestação soberana do eleitorado traduz uma natural deferência apriorística sobre a integridade da regulação dos mandatos representativos a decisão que restringe um direito político fundamental sempre exige uma acentuada carga argumentativa do magistrado.

É dizer, com Ingo Sarlet (2013, p. 667), a restrição de um direito político “apenas será legítima quando justificada pela necessidade de proteger outros direitos fundamentais ou bens de hierarquia constitucional” – além de ser submetida a rigoroso controle quanto à sua legitimidade constitucional, o que inclui a observância da proporcionalidade, da segurança jurídica e a salvaguarda do núcleo essencial do direito. De modo semelhante, Néviton Guedes defende que é

com acentuada cautela que se pode admitir que por decisão judicial, se venha a alterar o resultado das eleições, o que só se justifica para a preservação de bens e interesses também constitucionais (CF, art. 14, §§9º, 10 e 11), e mesmo assim quando, diante de circunstâncias concretas do caso, revelassem com proporcionalidade primazia sobre a vontade manifestada pelo eleitor (2013, p. 669)

Nessa ordem, interessa clarificar que, conquanto os direitos políticos (como direitos fundamentais) possam ser limitados, inclusive por decisão judicial, essa atividade de restrição é sempre excepcional. A regra geral, como bem salienta Jorge Reis Novais (2006, p. 58-59), é que todos os direitos fundamentais (inclusive os políticos) são limitáveis, ou seja, todos os direitos, dependendo das circunstâncias concretas, podem ter de ceder quando há outro valor, bem ou princípio que apresente maior peso – e, nesse espeque, incumbe à jurisdição constitucional assegurar a resistência dos direitos fundamentais “verificando quando o peso de um interesse digno de protecção é suficientemente

forte para justificar, à luz dos princípios constitucionais, a cedência do direito fundamental”. Ao final, pois, Jorge Reis Novais assevera que a própria Constituição brasileira apostou em um modelo de integração entre direitos fundamentais e democracia, esclarecendo que

o Estado de Direito (direitos fundamentais) exige a democracia, como consequência imposta pelo reconhecimento do princípio da igual dignidade de todas as pessoas que estrutura o edifício do moderno Estado de Direito (2006, p. 19)

Para Reis Novais (2006, p. 19-20), sem a garantia dos direitos políticos (só realizáveis, de modo pleno, na democracia) a dignidade da pessoa humana ficaria amputada de uma sua dimensão essencial (da consideração de todas as pessoas como livres e iguais e da igual possibilidade da sua livre participação na tomada de decisões da comunidade) e, da mesma sorte, “sem a legitimação democrática que lhe é conferida pela eleição livre e universal, o poder político fica privado da legitimidade que o habilita à intervenção social de promoção das condições fácticas da liberdade individual”. Logo, existe uma vinculação indissociável entre a democracia e o Estado do Direito, porquanto “sem um ambiente e uma cultura de direitos fundamentais não há verdadeira democracia: os direitos fundamentais são condição do regular funcionamento da democracia”. Essa mesma relação intrínseca entre direitos fundamentais e democracia, aliás, também é destacada por Norberto Bobbio, para quem

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 conflitos. Em outras palavras, a democracia é a sociedade dos cidadãos, e os súditos se tornam cidadãos quando lhes são reconhecidos alguns direitos fundamentais (2004, p. 01).

Analisados os aspectos centrais da relação entre direitos fundamentais e direitos políticos, bem como definida a possibilidade de sua limitação em situações específicas e pontuais, o passo seguinte é – dada a imbricação entre direitos políticos e democracia – apresentar a dimensão da democracia traçada pelo regime jurídico constitucional brasileiro.