

Rodrigo López Zilio

DECISÃO DE CASSAÇÃO DE MANDATO

Um método de estruturação
(os critérios de conformação democrática)

2^a
edição

revisa
atualizada
ampliada

2023

 EDITORA
*Jus*PODIVM
www.editorajuspodivm.com.br

2. A JUSTIÇA ELEITORAL COMO MECANISMO DE FORTALECIMENTO DA DEMOCRACIA

2.1. DIREITOS POLÍTICOS: DA FUNDAMENTALIDADE À RESTRIÇÃO

A natureza política do homem é realçada por Aristóteles¹, 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*”². 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 Francesa³, 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 opressão⁴, isto é, vincula-se expressamente a associação política à ideia de liberdade⁵. 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, sobretudo 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 (1999) observa que somente a democracia representativa e pluralista em um Estado

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).

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

Sem embargo de certa amplitude conceitual⁶, tem-se reconhecido um amplo catálogo de categorias de direitos fundamentais por meio das diferentes gerações⁷ 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, assinala 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 histórica⁸. 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 quarta⁹ 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 dimensão¹⁰: 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 dissenso¹¹, a categoria de direitos fundamentais como direitos

8. Para uma visão ampla da origem histórica e da evolução dos direitos fundamentais: SAMPAIO, 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 participação. Jorge Miranda (1998, p. 87) também destaca essa percepção de uma tríplce

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 participação¹², por sua vez, constituem-se pelo gozo dos direitos políticos, que se

função dos direitos fundamentais. Consoante o constitucionalista português, *“dum prisma valorativo, dir-se-ia que os direitos pessoais 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 prestacional), concretizando, destarte, um feixe de situações jurídicas que confirmam a sua multifuncionalidade”*.

consustanciam na participação do cidadão na formação da vontade do país (GONET 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 proteção¹³, identificando-se “*não só o objeto de proteção (o que é efetivamente protegido) mas também contra que tipo de agressão ou restrição se outorga essa proteção*”.

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.

O âmbito de proteção¹⁴ 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 concerne 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 simples¹⁵ e reserva legal qualificada¹⁶ (MENDES, 2013, p. 199-206; SARLET, 2013, p. 342-347). Para além dessas duas situações que permitem limitação dos direitos fundamentais com base em normas constitucionais (de forma direta ou indireta), é reconhe-

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 constitucionalista 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).

cida, ainda, a possibilidade de restrição de direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição¹⁷ – 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 limitada¹⁸. 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*¹⁹ *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 brasileira não contempla qualquer disciplina direta e expressa sobre a proteção do núcleo essencial*²⁰ de di-

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).

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 protecção de um direito dever obter-se, caso a caso, tendo em conta outros direitos ou*

reitos 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 proporcionalidade²¹ 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 jurídicos²², 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 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

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 lega 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).

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 multidimensional²³, 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) enfatiza 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 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 pre-

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 da República, os direitos políticos não se esgotam no direito de votar (em eleições, plebiscitos e referendos) e no direito de ser votado²⁴, 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 urbanísticos²⁵).

missas, 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, a Lei nº 10.527/2001 (Estatuto da Cidade), em diversos dispositivos, prevê a realização de audiências públicas: como diretriz 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).

5. MÉTODO DE ESTRUTURAÇÃO DE UMA DECISÃO SANCIONATÓRIA CONTRAMAJORITÁRIA ELEITORAL

5.1. CRITÉRIOS DE CONFORMAÇÃO DEMOCRÁTICA DA DECISÃO DE CASSAÇÃO DE MANDATO: OS LIMITES ESTRUTURAIIS

Percorrido todo o caminho até aqui, chega-se ao ponto central do debate. O magistrado deve cumprir sua tarefa de prestar a jurisdição da melhor forma possível, dialogando com os argumentos produzidos pelas partes para, ao final, a partir dos elementos contidos nos autos, demonstrar satisfatoriamente suas razões para equacionar a questão posta. A legitimidade da decisão judicial depende de uma fundamentação jurídica adequada, na medida em que o controle das decisões judiciais é uma forma de limitar o poder do julgador – o que reforça o princípio da separação dos poderes e a estabilidade do próprio Estado Democrático de Direito. Noutras palavras, o juiz não possui uma liberdade total para decidir o mérito de um contencioso judicial eleitoral, mas, ao contrário, sua atividade é submetida a regras particulares e a um método logicamente estruturado.

Quando questiona o papel do juiz, Chaïm Perelman (2005, p. 505-514) refere que o magistrado deve se comportar como *“um ins-*

trumento de medição” e sua personalidade própria “*não deve perturbar a operação de justiça*”. Mas como “*o juiz não é um autômato*”, lhe é concedido um poder de apreciação, que é “*condição de seu poder de decisão*”. Nessa perspectiva, a teoria da argumentação ganha importância, pois ela será determinante para “*estabelecer a convicção do juiz*” e “*é ela que lhe permitirá motivar sua decisão*”. Diversos autores de relevo desenvolvem teorias de hermenêutica ou interpretação jurídica¹ envolvendo questões relativas ao conceito de direito (conexão, ou não, do direito com a moral) e à aplicação do direito² (aplicação das normas jurídicas e a indeterminação do direito).

Assim, Robert Alexy³ apresenta a teoria da argumentação jurídica baseada em um constitucionalismo discursivo, ou seja, o dis-

1. Porque o tema de fundo (cassação de mandato) guarda direta convergência com os direitos fundamentais, é determinante um domínio sobre técnicas de interpretação constitucional para uma adequada prestação jurisdicional eleitoral. Sobre a interpretação constitucional dos direitos fundamentais e as dificuldades metodológicas do Poder Judiciário, buscando técnicas interpretativas que possam conferir mais objetividade e transparência ao processo de decisão: PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. **Interpretação constitucional e direitos fundamentais**. 2ª edição, São Paulo: Saraiva, 2018.
2. Conforme Eros Roberto Grau (2018, p. 27-35), a prática da interpretação do direito ocorre não apenas porque a linguagem jurídica é ambígua e imprecisa, mas “*porque interpretação e aplicação do direito são uma só operação*”, ou seja, “*interpretamos para aplicar o direito e, ao fazê-lo, não nos limitamos a interpretação (=compreender) os textos normativos, mas também compreendemos (=interpretamos) a realidade e os fatos aos quais o direito há de ser aplicado*”. Daí, prossegue, a interpretação do direito “*não é atividade de conhecimento, mas constitutiva; portanto, decisional, embora não discricionária*”. Noutras palavras, conclui, “*a interpretação do direito envolve não apenas a declaração do sentido veiculado pelo texto normativo, mas a constituição da norma a partir do texto e da realidade. É atividade constitutiva, não meramente declaratória*”.
3. Pela teoria do discurso prático, uma norma é correta quando ela pode ser o resultado de um procedimento de discurso racional – o qual não está ligado a uma garantia de consenso. Nesse contexto, a pretensão de correção ganha força (2014, p. 76-85), ou seja, é por meio dessa pretensão de correção que é feita uma conexão entre o direito e a moral (2014, p. 40-50). Para Alexy, a interpretação não visa a algum resultado, mas sim a um resultado correto (ou interpretação correta) e “*a afirmação da interpretação promove uma pretensão de correção*” (p. 2017, p. 65). Para tanto, desenvolveu a teoria dos princípios sustentando a natureza binária das normas: regras e princípios; aquelas, aplicam-se por subsunção; estes, por ponderação (através da proporcionalidade). Na doutrina nacional, após definir a ponderação como uma “*técnica destinada a resolver conflitos entre normas válidas e incidentes sobre um caso, que busca promover, na medida do possível, uma realização otimizada dos bens jurídicos em confronto*” e apontar que essa técnica “*envolve a identificação, comparação e eventual restrição de interesses contrapostos envolvidos numa dada hipótese, com a finalidade de encontrar uma solução juridicamente adequada*”, Cláudio Pereira de Souza Neto e Daniel Sarmento (2014, p. 521-527) vaticinam que “*só se passa à fase da ponderação propriamente dita*” se, na fase interpretativa [onde as normas em conflito devem ser interpretadas de maneira razoável, considerando-se os elementos importantes da hermenêutica jurídica], “*chegar-se à conclusão de que existe mais de uma norma constitucional em jogo, cada uma direcionando a solução do problema num sentido diferente*”. Se a hipótese não for de mera aplicação da norma constitucional incidente e for o caso de ponderação, o principal critério a ser empregado

curso jurídico é uma forma específica do discurso prático geral. Para Ronald Dworkin (2007a, p. 132)⁴, de outro lado, as decisões devem ser geradas por princípios nos casos difíceis – e não por políticas. Contudo, convém esclarecer, com Roberto Porto Macedo Júnior, que Dworkin⁵, diferentemente de Alexy (2014, p. 150), “*não está preocupado em construir uma dogmática da interpretação constitucional*”, mas “*descrever qual é a gramática do funcionamento da nossa linguagem quando justificamos as decisões judiciais*”.

Em nível nacional, buscando compatibilizar as ideias de Gadamer e Dworkin, Lenio Streck (2014, p. 330-343) elenca princípios que conferem sustentação para uma teoria da decisão judicial “*constitucionalmente adequada*”⁶. Humberto Ávila (2014, p. 69) reforça que

é o princípio da proporcionalidade com seus três subprincípios (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito). Conquanto reconheçam possíveis excessos e a fragilidade da legitimação democrática nessa técnica, que envolve a realização de juízos controvertidos, os autores afirmam que a melhor alternativa envolve “*afirmar a normatividade de todo o sistema constitucional, inclusive dos princípios, e adotar a técnica da ponderação para resolver eventual tensão que surja entre eles*”. Em arremate, concluem que a ponderação é um “*mal necessário para equacionamento dos ‘casos difíceis’ do Direito Constitucional*”, propondo, enfim, a fixação de alguns 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 bens e interesses distintos; iii) entre os direitos fundamentais, há preferência *prima facie* dos direitos e liberdades existenciais, dos voltados à garantia dos pressupostos da democracia e das condições essenciais de vida sobre os de conteúdo meramente patrimonial ou econômico. Um adequado estudo sobre a ponderação de interesses como método para uma restrição constitucional de direitos é realizado por Jane Reis Gonçalves Pereira (2018, p. 257-338). Ainda sobre a ponderação na decisão judicial: GAVIÃO FILHO, Anizio Pires. Regras da ponderação racional. In: HECK, Luís Afonso (Org.). **Direitos fundamentais, teoria dos princípios e argumentação**: escritos de e em homenagem a Robert Alexy. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2015. p. 147-175.

4. O jusfilósofo americano refere que o direito como integridade é um conceito interpretativo, restringindo-se as convicções políticas do julgador que age de boa-fé (2007, p. 305). Desse modo, defende a ideia de que a interpretação do juiz deve ser feita na forma de “*romance em cadeia*” – na qual cada magistrado deve criar da “*melhor maneira possível o romance em elaboração*” (2007, p. 271-276). Assim, quando houver duas ou mais interpretações de uma lei, o julgador deve fazer uma escolha entre as aceitáveis perguntando qual delas “*apresenta a sua melhor luz, do ponto de vista da moral política, da estrutura das instituições e decisões da comunidade*” (2007, p. 306).
5. Neste sentido, aliás, uma visão das concepções de interpretação de Dworkin com uma aplicação específica na construção de uma teoria de uma decisão judicial democrática é muito bem delimitada por Francisco Borges Motta, principalmente no capítulo terceiro de **Ronald Dworkin e decisão jurídica** (2017, p. 173-187).
6. Uma boa síntese sobre uma resposta constitucionalmente adequada está exposta na obra *Verdade e Consenso*, quando Streck clarifica (2014a, p. 624): “*A decisão (resposta) estará adequada na medida em que for respeitada, em maior grau, a autonomia do direito (que se pressupõe produzido democraticamente), evitada a discricionariedade (além da abolição de qualquer atitude arbitrária) e respeitada a coerência e integridade do direito, a partir de uma detalhada fundamentação. Argumentos para a obtenção de uma resposta adequada à Constituição (res-*

uma teoria da decisão judicial “*é fundamental para resolver problemas de legitimidade, de controle e de combate à arbitrariedade*” e “*indispensável para que tenhamos objetividade, isto é, para que saibamos que aquela decisão não é capricho do decisor, mas que encontra suporte no Direito*”.

Nessa altura, porque o presente estudo tenciona apresentar um método de estruturação de uma decisão de cassação de mandato (ou seja, mapear os pontos que devem ser abordados para resolver o mérito dessa decisão, seja o provimento condenatório ou absolutório), importa deixar claro que os métodos de interpretação não guardam relevância decisiva para o objetivo desse estudo – ainda que seja natural a opção por determinada corrente⁷ para se chegar a uma prestação jurisdicional adequada. Não há espaço, aqui, para aprofundar o debate sobre a extensão da teoria da decisão judicial e as possíveis (ou prováveis) interferências de motivos ideológicos, políticos ou mesmo

posta correta) devem ser de princípio, e não de política. Dito de outro modo, não se pode “criar um grau de zero de sentido” a partir de argumentos de política (policy), que justificariam atitudes/decisões meramente baseadas em estratégias econômicas, sociais ou morais”.

7. Observando à distância e com uma pretensão de neutralidade, a própria característica controversa do direito indica que nenhuma metodologia é isenta de ressalvas, ainda que todas contribuam para um avanço na teoria do direito. Neste sentido, Cláudio Ari Mello refere que a teoria dos princípios como mandados de otimização de Alexy é pouco problemática quando sua aplicação é limitada ao campo dos direitos fundamentais, mas apresenta grande dificuldade para responder questões atinentes a grandes debates morais. A crítica é centrada na questão de que a metodologia da aplicação dos princípios da ponderação “*parece supor*” que é possível resolver casos jurídicos complexos (v.g., vida, liberdade, democracia) “*sem discutir o significado desses valores considerados em si mesmos*”, apontando que “*o custo dessa simplificação de argumentação moral é o esvaziamento do debate propriamente moral da aplicação dos princípios*”, pois “*grandes debates morais travados no cenário judicial nos últimos anos sequer poderiam ajustar-se à estrutura do princípio da proporcionalidade*” – citando o exemplo da constitucionalidade das leis que não reconhecem o direito de pessoas do mesmo sexo a se casarem ou constituírem união estável (2014, p. 738-747). O mesmo Cláudio Ari Mello observa que, “*a despeito de seus inegáveis méritos, a teoria de direito de Dworkin oferece inúmeros problemas teóricos*”, destacando: a indeterminação do direito e a superioridade institucional do Poder Judiciário para decidir sobre questões de princípios em uma democracia constitucional. Conforme o autor, embora reconheça que nem mesmo o direito como integridade elimina a indeterminação do direito, Dworkin não é claro sobre a solução para esse problema, pois passa a impressão de que por razões políticas e prudenciais é melhor confiar aos juízes o poder de decidir a controvérsia de acordo com os princípios morais do que os parlamentares. Da mesma sorte, afirma, não é aceitável a tese de que “*decisões políticas e morais de transcendental importância para a comunidade, que não estão de modo algum resolvidas na constituição e na legislação, ainda que adotada de uma interpretação construtiva baseada na epistemologia integrada, sejam despolitizadas e retiradas da esfera propriamente democrática*”. Por fim, o argumento de resultados defendido por Dworkin é “*contingente*”, já que, por vezes, o Poder Judiciário pode apresentar a melhor resposta, mas, noutras ocasiões, a leitura moral da constituição pode ser utilizada para a imposição de valores conservadores (2013, p. 338-359).

psicológicos no ato de julgar, que tornam esse ato, por vezes, um fenômeno muito além de meramente normativo⁸.

Reconhece-se, nesse ponto, uma acentuada preocupação legislativa em estabelecer limites para as decisões judiciais, cujo exemplo mais significativo é dado pela redação do art. 20 do Decreto-Lei nº 4.657/1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro), por força da Lei nº 13.655/2018⁹. Aludido dispositivo – recebido com reservas por diversos órgãos fiscalizatórios – trata de interpretação de normas de direito público e agrega um ônus na prolação do ato decisório: não proferir decisão judicial com base em valores jurídicos abstratos sem considerar as consequências práticas da decisão. “O dispositivo exige que a autoridade competente formule uma projeção quanto aos possíveis cenários resultantes da decisão adotada”, observa Marçal Justen Filho (2018, p. 29-30), esclarecendo que essa projeção “é uma atividade fundada no raciocínio lógico, refletindo um processo de causa e efeito” e que “esses juízos fundam-se no conhecimento técnico-científico e na experiência da vida social”. Para o administra-

8. Richard Posner aponta a influência do pragmatismo, do liberalismo e da economia como “chaves” para uma compreensão das questões da teoria do direito (VIII, 2009) e centra sua tese na análise econômica do direito, acentuando que o estado de direito é um bem público de enorme valor, pois se caracteriza como um pressuposto do liberalismo moderno “juntamente com a economia de mercado e o sistema político democrático” (2009, p. 21). Para o jurista, “o estado de direito é mais do que o simples julgamento de casos de forma impessoal”, pois “ele engloba também o papel do pensamento pragmático e econômico na construção de doutrinas jurídicas” (2009, p. 22). Sarmento e Souza Neto reverberam que “os tribunais não são espaços assépticos, imunes à ideologia e às instituições e compromissos políticos” (2015, p. 112-113). Em sentido similar, Patrícia Campos Mello pontua que o juiz não vive em isolamento e “o processo de cognição e atribuição de significados aos fatos e às normas é um processo subjetivo, emocional e social, permeável, portanto, aos valores pessoais e à interação dos ministros com o seu meio” (2015, p. 310). Novelino pontifica que “o material jurídico orienta e limita o comportamento judicial, mas não é suficiente para determiná-lo com exclusividade, ou seja, sem a interferência de fatores extrajurídicos”, esclarecendo que “ser influenciado pela opinião pública não significa ser determinado por ela”, pois, “em certos contextos decisórios e institucionais, a opinião pública tende a fornecer razões contributivas (e não definitivas) para a decisão” (2015, p. 254-264). Em uma visão mais ácida e crítica, Conrado Hübner Mendes denuncia que “entramos na era da populisprudência”, a qual “vende uma jurisprudência de fachada para ocultar escolhas de ocasião. É um jogo de alto risco, pois quando o argumento jurídico passa a ser percebido como disfarce da posição política – e desta não consegue se diferenciar – o estado de direito atinge o seu precipício”. (2019, p. 245). Enfim, em maior ou menor grau, existe certa convergência quanto à procedência da assertiva de que o contato do direito com ramos externos é, hoje, uma realidade incontornável.
9. Art. 20. Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão. Parágrafo único. A motivação demonstrará a necessidade e a adequação da medida imposta ou da invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, inclusive em face das possíveis alternativas.

tivista, o comando normativo, em resumo, “*apenas exige que a autoridade tome em consideração a relevância política, social e econômica das decisões que adotará*”. Ainda que incipiente esse debate na esfera especializada, essa alteração legislativa, *a priori*, não tem o condão de afetar a metodologia de construção das decisões judiciais eleitorais, porquanto é intuitivo que a deliberação sobre a (i)legalidade dos mandatos político-representativos naturalmente apresenta um reflexo na vida política, social e econômica de uma determinada comunidade (sobretudo quando se aborda o mandato de candidato eleito pelo sistema majoritário). Esse juízo sobre as consequências da decisão é realizado pelo magistrado quando da análise dos pressupostos de conformação material do ilícito eleitoral e, como regra, traduz a ideia de preservação das regras do jogo e concordância proporcionalmente adequada entre a integridade da eleição e a livre autodeterminação dos eleitores. Noutras palavras, uma decisão sobre a qualidade dos mandatos políticos sempre é permeada em um debate deduzido por uma perspectiva de efeitos consequencialistas (inclusive, aliás, quando esse fato não é expressamente referido no corpo da decisão judicial). Em termos mais sintéticos, a análise consequencialista é necessariamente subjacente às decisões de cassação de mandato.

Mesmo que se reconheça a atividade de julgar como uma operação que traz consigo toda uma formação subjetiva do magistrado, pretende-se clarificar que uma decisão de cassação de mandato apresenta um caminho a ser percorrido. Não se despreza o ato de julgar como uma atividade complexa, que cada processo apresenta determinadas particularidades singulares e que é inegável que os membros de uma comunidade devem receber a melhor resposta judicial para um dado litígio. Justamente por isso a exposição de limites estruturais para uma decisão de cassação de mandato não tem a intenção de criar amarras ao julgador e tampouco pretende transformar o ato de julgar em uma operação matemática. Apenas se visualiza que o enfrentamento de determinados temas são um caminho necessário para obter uma melhor resposta na solução de litígios que envolvam cassação de mandato.

Afinal, se é uma ideia consolidada que as decisões judiciais devem ser controláveis em um Estado Democrático de Direito (e por isso existe uma séria preocupação com seus fundamentos), esse cuidado deve ser redobrado quando se trata de uma atividade jurisdicional

que impacta diretamente no embrião do próprio regime democrático participativo. Desse modo, se o magistrado alcançar a sua resposta final em um sincero e amplo debate com as partes, observando o devido processo legal, após perquirir sobre a adequação dos limites da *causa petendi*, o enquadramento jurídico dos fatos, a vulneração (ou não) do bem jurídico tutelado, a (in)existência da responsabilidade do candidato e a sanção porventura a ser aplicada no caso concreto, mais perto ele estará de uma melhor decisão – não importando qual o critério hermenêutico adotado para chegar a essa conclusão.

Desse articulado, extrai-se a necessidade de apontar critérios¹⁰ ou elementos que objetivam aprimorar a qualidade de uma decisão de cassação de mandato, de modo que ela possa ser reputada como constitucionalmente adequada. São reputados como critérios¹¹, pois consistem em argumentos ou pontos a serem considerados pelo julgador; são critérios de conformação, porque apresentam uma função de estruturar o mérito do julgado (i. e., critério de conformação significa um método de estruturação da decisão); são critérios de conformação democrática, pois objetivam diminuir o arbítrio e a discricionariedade do julgador. Desse modo, a estruturação dos pontos centrais que devem pautar uma decisão judicial de cassação de mandato é um caminho necessário para que a resposta jurisdicional seja efetivada com maior racionalidade. Por isso, entende-se útil apresentar um método de estruturação analítica dos temas essenciais que pautarão o magistrado eleitoral quando da análise da qualidade de um mandato político representativo. Esses elementos de estruturação, em suma, têm a função de permitir um mais aprofundado juízo de controlabilidade sobre essas decisões.

10. Ainda que se reconheça a plausibilidade de certa crítica no fato de o princípio da proporcionalidade não estar expressamente elencado nesse estudo como um dos critérios de conformação democrática, na medida em que a matéria de fundo guarda pertinência com restrição dos direitos políticos (e, nesse ponto, a função do princípio da proporcionalidade como um critério de limitação a um direito fundamental é inegável), dois esclarecimentos são necessários: um, o ponto central do estudo é apresentar um método de estruturação do mérito de uma decisão judicial, ou seja, quais são os elementos centrais para uma estruturação lógico-jurídica dessa decisão; dois, quando se apresenta o terceiro dos limites estruturais (o critério de conformação material dos ilícitos eleitorais), o princípio da proporcionalidade – da mesma sorte que a relevância jurídica e a gravidade das circunstâncias – é analisado, porquanto é um critério de conformação ou constituição de determinados ilícitos eleitorais. Daí que, em resumo, aludida ressalva, ao menos no que se refere ao objeto específico desse estudo, não apresenta uma necessária consistência.

11. No léxico, critério é o que “*serve de base para comparação, julgamento ou apreciação*” (FERREIRA, p. 501).

Em linha de arremate, deve-se repisar que a análise dos critérios estruturais dessa espécie de decisão tem por premissas a existência de direitos metaindividuais no Direito Eleitoral e as características singulares da prestação jurisdicional eleitoral. Para além disso, essas decisões devem ser concebidas por um Direito Eleitoral comprometido com uma perspectiva constitucional e finalística.

5.2. OS LIMITES ESTRUTURAIS DAS DECISÕES DE CASSAÇÃO DE MANDATO

A estruturação de um direito eleitoral sancionador lastreado em postulados que homenageiam uma investidura legítima nos mandatos políticos representativos é um passo fundamental para o bom funcionamento do regime democrático. Por esse motivo, o aprimoramento do regime de responsabilidade eleitoral torna-se dependente de decisões judiciais que buscam qualificar a legitimação dos mandatos para um melhor acerto do sistema de justiça.

Percorrido o caminho dos vetores de crise de fundamentação e perscrutados os elementos particulares das decisões judiciais eleitorais, chega-se, enfim, no ponto fundamental: os critérios de conformação democrática da decisão de cassação de mandato. A nomenclatura critério, convém repisar, é empregada com o sentido de tópicos ou pontos a serem enfrentados na equação do mérito de uma decisão de cassação de mandato. Vale dizer, tenciona-se apresentar os elementos que devem necessariamente ser considerados pelo julgador quando decidir um dado caso concreto na esfera eleitoral. É, em resumo, um roteiro de argumentos centrais para chegar a uma adequada resposta jurisdicional acerca da qualidade do mandato eletivo obtido nas urnas. Esses critérios são aqui reputados de conformação democrática, porquanto a sua observância contribui para que o ato judicial não se configure em algo discricionário ou fruto de arbítrio do julgador.

Pretende-se, assim, elencar os limites estruturais que fixam as bases dessas decisões específicas produzidas pela Justiça Eleitoral, apresentando um método próprio de estruturação. Com efeito, acredita-se que o magistrado terá melhores condições para proferir uma decisão adequada se pautar sua argumentação sobre os elementos estruturais que conferem conformação substancial ao direito eleitoral sancionador contramajoritário. Algumas decisões judiciais (mas nem todas) conseguem enfrentar, de modo empírico, esses limites estrutu-

rais específicos. Contudo, porque a ciência do direito é interpretativa e as questões controvertidas necessitam de uma melhor resposta, reputou-se necessário catalogar esses requisitos ou critérios – que têm a função de estabelecer parâmetros que reforcem o conteúdo material da decisão (condenatória ou absolutória) eleitoral, servindo de limite à validade constitucional da atividade fim do julgador. Os limites estruturais de uma decisão de cassação de mandato se subdividem na causa de pedir, na tipologia dos ilícitos, na ofensa ao bem jurídico (conformação material ou pressupostos de configuração do ilícito), na responsabilidade eleitoral e nas sanções.

Em síntese, pois, os critérios de conformação democrática são elementos centrais de estruturação lógico-jurídica de uma decisão que avaliará a qualidade do mandato eletivo, com densidade predominantemente substancial. É dizer, são elementos com dimensão material e que têm a função de estruturar o mérito de uma decisão de cassação de mandato, ou seja, configuram-se como um método de estruturação argumentativa do mérito de uma decisão de cassação do mandato. Daí que, ao servirem como um método de estruturação da decisão, esses critérios de conformação são considerados verdadeiros limites estruturais. Desse modo, os limites das decisões eleitorais sancionatórias contramajoritárias se subdividem em cinco vertentes: i) a avaliação da *causa petendi* no Direito Eleitoral, na qual ocorre uma análise da pretensão deduzida em juízo; ii) a tipologia dos ilícitos eleitorais, ou seja, a adequação dos fatos com a prova dos autos, relevando-se a coexistência de ações com tipicidade aberta e fechada; iii) a efetiva proteção dos bens jurídicos eleitorais e o espaço de conformação judicial na constituição material do ilícito; iv) o fundamento da responsabilidade do candidato (mero beneficiário ou responsabilidade subjetiva); v) a aplicação das sanções eleitorais e o respectivo espaço de conformação judicial. Em arremate, assinala-se que a linha cronológica em que esses critérios são apresentados é um importante passo para uma melhor qualidade dessa decisão judicial, pois: não há sanção sem antes ser definido o regime de responsabilidade; inexistente responsabilidade eleitoral caso não precedentemente vulnerado o respectivo bem jurídico tutelado; inviável o reconhecimento material do ilícito sem uma prévia delimitação do modelo de tipo eleitoral que se apresenta em juízo; apenas os fatos previamente expostos na petição inicial é que podem ser objeto de análise judicial.

Na sequência, analisa-se cada um desses limites estruturais.