

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE MINAS GERAIS
Programa de Pós-Graduação em Direito

Ramon Leles Dimas

A LEI DA FICHA LIMPA:

**O debate entre liberais e comunitaristas (com ênfase nos republicanos). Quem tem
melhores razões à luz do Estado Democrático de Direito?**

Belo Horizonte

2017

Ramon Leles Dimas

A LEI DA FICHA LIMPA:

O debate entre liberais e comunitaristas (com ênfase nos republicanos). Quem tem melhores razões à luz do Estado Democrático de Direito?

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito Público.

Orientador: Álvaro Ricardo de Souza Cruz

Área de concentração: Direito Público

Belo Horizonte

2017

FICHA CATALOGRÁFICA

Elaborada pela Biblioteca da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais

D582l Dimas, Ramon Leles
A lei da ficha limpa: o debate entre liberais e comunitaristas (com ênfase nos republicanos). Quem tem melhores razões à luz do Estado Democrático de Direito? / Ramon Leles Dimas. Belo Horizonte, 2017.
186 f.

Orientador: Álvaro Ricardo de Souza Cruz
Dissertação (Mestrado) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais.
Programa de Pós-Graduação em Direito.

1. Estado democrático de direito. 2. Liberalismo. 3. Republicanismo. 4. Inelegibilidades. 5. Direito eleitoral. I. Cruz, Álvaro Ricardo de Souza. II. Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Programa de Pós-Graduação em Direito. III. Título.

SIB PUC MINAS

CDU: 342.8

Ramon Leles Dimas

A LEI DA FICHA LIMPA:

O debate entre liberais e comunitaristas (com ênfase nos republicanos). Quem tem melhores razões à luz do Estado Democrático de Direito?

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito Público.

Prof. Dr. Álvaro Ricardo de Souza Cruz – PUC Minas (Orientador)

Prof. Dr. Edimur Ferreira de Faria – PUC Minas (Banca Examinadora)

Prof. Dr. Thiago Lopes Decat – FDMC (Banca Examinadora)

Belo Horizonte, 08 de março de 2017

*A Deus primeiramente, pela força dada e à
minha família pelo incentivo, especialmente à
minha mãe, tanto pelo apoio financeiro, mas
acima de tudo, pelo apoio afetivo.*

AGRADECIMENTOS

Na vida, não se faz praticamente nada sozinho. É preciso sempre a companhia do próximo. É preciso, como diz o físico Isaac Newton “apoiar-se em ombros de gigantes”. E se precisamos da ajuda do próximo, precisamos também agradecer. Primeiramente agradeço a Deus, por me dar força ao seu modo, “escrevendo certo por linhas tortas”, como diz um ditado popular, mesmo quando eu não acreditava muito em mim.

Posteriormente agradeço a meus pais, Geraldo e Eliana, pelo apoio ofertado. Quanto à minha mãe, o agradecimento ainda se mostra mais efusivo, seja pelo seu apoio financeiro aos meus estudos de pós-graduação, seja por sua imensa paciência em lidar com um filho às vezes difícil!

Meu grande agradecimento aos professores da pós-graduação, que tão bem me acolheram, mesmo não sendo inicialmente um “filho da PUC”, como carinhosamente é chamado quem se forma nessa grande escola. Fico especialmente lisonjeado, por ser orientando do professor Álvaro, que apesar de exigente, é ao seu modo, uma pessoa afetiva e compreensiva! Que continue por muitos anos, abrilhantando o caminho de todos aqueles que tiverem a honra de ser seu aluno. Agradecimento ao professor Edimur, que com sua experiência ensina mais do que Direito Administrativo: ensina algo sobre a vida! E por fim, agradecimento ao professor Thiago Decat, esse grande filósofo, que aceitou participar da banca, mesmo depois de muitos anos em que eu não era mais seu aluno.

“Nenhum homem nesta terra é republico, nem zela e trata do bem comum, mas cada um do bem particular”. (Frei Vicente de Salvador, História do Brasil, 1627).

RESUMO

O objetivo desta dissertação é mostrar a tensão ainda latente na atualidade entre duas matrizes ou entre duas pré-compreensões do pensamento jurídico-político: o liberalismo e o comunitarismo, especialmente em sua vertente republicana. Tensão esta, que se revelou muito agudizada nos votos do julgamento conjunto da ADC nº 29,30 e da ADI Nº3578, que declarou a constitucionalidade da lei da Ficha Limpa. De um lado, nos votos vencidos, ministros alegando em síntese, a inconstitucionalidade da aludida lei, com acusação de que ela violava os direitos fundamentais do candidato, como a presunção de inocência, o direito político passivo de elegibilidade, bem como o princípio da irretroatividade das leis. E que cabia ao STF, atuar-se como instância contramajoritária nesse cenário de violação de direitos fundamentais. Com será visto, esse tipo de fundamentação, alinha-se à tradição do liberalismo. De outra banda, nos votos vencedores, ministros alegando em síntese, a constitucionalidade da aludida lei, argumentando que ela foi fruto de iniciativa popular, do interesse público, que ela expressa um anseio popular de valorização da moralidade das candidaturas e que a presunção de inocência não se aplica ao Direito Eleitoral. Ademais, alegam que cabia ao STF, portanto, ser responsivo a essa opinião popular. Como será visto, semelhante ordem de ideias, alinha-se à tradição do comunitarismo, especialmente, do republicanismo, que será tratado, no presente trabalho, como uma expressão política do comunitarismo. Para tal desiderato, será feita uma revisão bibliográfica interdisciplinar, com visita “aos clássicos” da filosofia. Ao final do trabalho, serão apresentadas algumas tentativas de síntese entre essas matrizes do pensamento jurídico-político, bem como algumas sugestões de reparo aos votos vencedores. Todavia, o foco da pesquisa, não é tanto a solução do conflito entre as duas matrizes e sim a visualização de como esse conflito, de como uma determinada pré-compreensão do intérprete, “re-vela” uma maneira completamente distinta de ler os direitos fundamentais, mostrando de uma maneira muito evidente, como Direito não é neutro, nem há uma *voluntas legis* ou *voluntas legislatoris*.

Palavras-chaves: Pré-compreensão. Liberalismo. Republicanismo. *Voluntas Legis*. *Voluntas Legislatoris*.

ABSTRACT

The aim of this dissertation is to show the tension still latent between two matrices or between two pre-understandings of legal-political thinking: liberalism and communitarianism, especially in its republican aspect. This tension, which proved to be very acute in the votes of the joint judgment of ADC No. 29, 30 and ADI No. 3578, which declared the constitutionality of Ficha Limpa law. On the one hand, in the defeated votes, ministers arguing in summary, the unconstitutionality of the aforementioned law, on the grounds that it violated the fundamental rights of the candidate, such as the presumption of innocence, the passive political right of eligibility, and the principle of non-retroactivity Of laws. And that it was incumbent upon the STF, to act as countermajority instance in this scenario of violation of fundamental rights. It will be seen, this kind of foundation, aligns with the tradition of liberalism. On the other hand, in the winning votes, ministers arguing in summary, the constitutionality of the aforementioned law, arguing that it was the fruit of popular initiative, of the public interest, that it expresses a popular yearning for valorization of the morality of the candidacies and that the presumption of innocence Does not apply to Electoral Law. In addition, they claim that it was incumbent upon the STF, therefore, to be responsive to this popular opinion. As will be seen, such an order of ideas is aligned with the tradition of communitarianism, especially republicanism, which in the present work will be treated as a political expression of communitarianism. To that end, an interdisciplinary bibliographic review will be done, with a visit to "the classics" of philosophy. At the end of the paper, some attempts will be made to synthesize these matrices of juridical-political thinking, as well as some suggestion of repair to the winning votes. However, the focus of the research is not so much the solution of the conflict between the two matrices, but rather the visualization of how this conflict, as a certain pre-understanding of the interpreter, "re-candles" a completely different way of reading rights Fundamental, showing in a very evident way, as Law is not neutral, nor is there a voluntartas legis or voluntas legislatoris.

Keywords: Pre-comprehension. Liberalism. Republicanism. *Voluntas Legis. Voluntas Legislatoris.*

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ADC - Ação Direta de Constitucionalidade
ADI - Ação Direta de Inconstitucionalidade
ADPF- Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental
AIB - Ação Integralista Brasileira
AI -1- Ato Institucional nº1
AI-2- Ato Institucional nº2
AI-3 -Ato Institucional nº3
AI-4- Ato Institucional nº4
AI-5- Ato Institucional nº5
ANL - Aliança Nacional Libertadora
Art.- Artigo
Coord. - Coordenador
EC- Emenda Constitucional de Revisão
ECR - Emenda Constitucional de Revisão
HC- *Habeas Corpus*
MCCE - Movimento de Combate à Corrupção Eleitoral
MPF - Ministério Público Federal
MS- Mato Grosso do Sul
OAB- Ordem dos Advogados do Brasil
Org. - Organizador
RE - Recurso Extraordinário
STF - Supremo Tribunal Federal
SC- Santa Catarina

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	21
2 COMO OS DIREITOS POLÍTICOS FORAM (DES)CONSTRUÍDOS NO BRASIL? AS VICISSITUDES EM TORNO DOS DIREITOS POLÍTICOS E DAS INELEGIBILIDADES NO ORDENAMENTO JURÍDICO	27
2.1 Introdução	27
2.2 Os direitos políticos e a Constituição de 1824: Um liberalismo de fachada.....	30
2.3 Os direitos políticos e a Constituição de 1891: as aporias da Primeira República brasileira, que não queria ser República.....	37
2.4 Os direitos políticos e a constituição de 1934: a novidade da “criação” da Justiça Eleitoral	44
2.5 Os direitos políticos e a constituição autoritária de 1937	48
2.6 Os direitos políticos e a constituição de 1946: O contraste entre uma constituição democrática e muitas lideranças políticas do período que não eram democráticas.....	51
2.7. Os direitos políticos e a Constituição de 1967 – A complexa teia que envolve o discurso de combate à corrupção e o uso do instituto das inelegibilidades para outros fins.....	55
2.8 Os direitos políticos e a constituição de 1988: A “Nova República” e a ampliação dos direitos de cidadania.....	65
2.9 Um giro redondo do processo histórico de “(des) construção” dos direitos políticos no Brasil.....	73
3 A LEI DA FICHA LIMPA E ALGUNS ASPECTOS RELEVANTES DA MATRIZ JURÍDICO-POLÍTICA DO LIBERALISMO: GRANDES TENSÕES	77
3.1 Introdução	77
3.2 A Visão do Direito na matriz jurídico-política liberal – alguns aspectos relevantes..	78
3.3 O Liberalismo político de Rawls – Alguns aspectos pertinentes à tensão entre autonomia privada e autonomia pública	85
3.4 O liberalismo igualitário de Dworkin – Alguns aspectos pertinentes para a tensão entre autonomia privada e autonomia pública	89
3.5 A manifestação da pré-compreensão liberal na leitura de alguns institutos jurídicos envolvidos com a Lei da Ficha Limpa	99
3.6 Algumas considerações.....	105
4 A ALEI DA FICHA LIMPA E A MATRIZ JURÍDICA DOCOMUNITARISMO: AS MUITAS AFINIDADES EM JOGO	109
4.1 Os tipos de comunitarismo e a hermenêutica constitucional orientada por valores	109
4.2 Breve história das ideias políticas republicanas	116
4.3 A Doutrina republicana do Interesse bem compreendido de Tocqueville	128
4.4 O caso brasileiro: Os modelos de República em disputa ao final do Império	131
4.5 Traços centrais da ideia de República	134
4.6 A manifestação da pré-compreensão republicana na leitura de alguns institutos jurídicos envolvidos com a Lei da Ficha Limpa	138
4.7Algumas Considerações	145
5 A LEI DA FICHA LIMPA PARA ALÉM DO DEBATE ENTRE LIBERAIS E REPUBLICANOS	149

5.1 Breve intróito sobre a Teoria Discursiva do Direito	149
5.2 A Ética primeira de Lévinas como proposta alternativa de conciliação	154
5.3 Sugestões de “adequação” para os votos vencedores da constitucionalidade da Lei da Ficha Limpa à deontologia do Direito, bem como à ideia de alteridade.	158
5.4 Algumas considerações.....	166
6 CONCLUSÃO.....	171
REFERÊNCIAS	175

1 INTRODUÇÃO

Elaborar uma introdução é sempre uma empreitada difícil: afinal de contas a introdução inicia o trabalho vindouro ou sucede a ele? Ademais, uma dúvida pode surgir: Pode a introdução predeterminar aquilo que será lido? Mas um texto não apresenta incomensuráveis possibilidades de leitura? Então, como alguém, se dizendo “autor do texto” pode querer predeterminar um sentido? Aliás, outra indagação pode surgir ao fazer uma introdução: o texto é propriedade de seu autor? Ou ele uma vez construído, pertence a todos?

Dúvidas atrás de dúvidas, eis a angústia humana de existir! Ninguém a escapa, por mais “resolvido” alguém se sinta diante da vida! Mas ainda sim, diante da responsabilidade devida ao orientador, à comunidade acadêmica, e acima de tudo, ao leitor que interpela àquele que escreve, tem-se que, assumindo os riscos, começar a introdução!

Então que se comece! Inicie-se pela ideia de “ficha limpa”, objeto do presente trabalho. O que é um candidato ser ficha limpa? E o que é um candidato ficha suja? Percebe-se que no dia a dia, a palavra “ficha” assume inúmeros sentidos: seja da antiga ficha telefônica, no tempo dos “orelhões”; seja no sentido de pequeno formulário a ser preenchido; seja no sentido de trabalho formalizado, em que costumeiramente se diz, “fulano está trabalhando fichado”; seja quando uma pessoa apresenta um atestado de maus antecedentes, em que se diz, “fulano está fichado na polícia”. Por esse exemplo singelo, vê-se então, como os conceitos se jogam, são *know how* e não *know that*!

Agora junte-se novamente os termos: “Ficha Limpa”. O que a expressão evoca? Evoca a ideia de limpeza, especialmente, de passar a política, e mais do que isso, passar o Brasil a limpo. É possível? É legítimo? Ou se trata de uma exigência perfeccionista típica de épocas autoritárias, em que se procurava a “salvação nacional”?

Perceba, caro leitor, que a Lei Complementar nº 135, de 04 de junho de 2010, vulgo Lei da Ficha Limpa, suscita um tipo de conflito, que perpassa a história das ideias políticas da humanidade: o que é mais importante, o interesse da coletividade ou o interesse do indivíduo? Em outras palavras, o que mais importa, o direito político fundamental do candidato de disputar as eleições (*jus honorum*) ou o direito da coletividade a ter eleições com candidatos probos?

Desde a antiguidade, esse tipo de questão de algum modo é colocado. Naquela oportunidade, não havia dúvidas de que o interesse coletivo era muito mais importante do que o interesse individual. Aliás, nem passava pela cabeça de um ateniense ou de um romano a ideia de um indivíduo. A ideia era de que a pessoa só era o que era por conta da cidade, por conta da *polis*. Expressivo, por exemplo, é o fato do filósofo Sócrates, quando preso, não querer fugir de

sua cidade nem do cumprimento de sua pena, mesmo tendo a ajuda de um amigo (Crítón) e condições para a fuga. Motivo: o seu respeito pela cidade, esta, que fazia Sócrates ser quem ele era, impedia que ele violasse as suas leis fugindo¹!

Por outro lado, desde o início da Modernidade, e com mais força ainda na contemporaneidade, o autointeresse, ou mesmo o direito de cada um é pensado como algo **quase absoluto**, cujas restrições só são admitidas de maneira excepcional e devem ser muito bem fundamentadas. Ideias como **supremacia do interesse público**, por exemplo, que até hoje são festejadas por muitos administrativistas, começam a ser criticadas.

Esse dilema entre o valor da Cidade para os antigos, e o valor do autointeresse para os modernos, foi muito bem vislumbrado por Benjamin Constant em 1819, no famoso discurso “*De la Liberté des Anciens Comparée à celle des Modernes*” (Da liberdade dos antigos comparada a dos modernos). Segundo Constant (1980) havia dois tipos de liberdade: a **liberdade dos antigos** e a **liberdade dos modernos**. A primeira, presente nas repúblicas antigas de Atenas, Roma e Esparta, era a liberdade de decidir na *ágora*, os negócios da República. A pessoa envolvia uma grande parte do seu tempo e de sua energia nas deliberações coletivas. Já a segunda liberdade, a liberdade dos modernos, era a liberdade do homem de exercer suas funções particulares no dia a dia, ligadas a garantias do direito de propriedade, de ir e vir, de opinião.

Para Constant, a liberdade dos modernos convinha aos novos tempos, pois o desenvolvimento da indústria e do comércio não permitia mais que as pessoas dispusessem de tempo para se dedicarem a deliberar em praça pública. Ademais, elas já não estavam em sua maioria interessadas mais nesse tipo de deliberação. A tarefa do Direito nesse contexto, então, seria garantir a liberdade civil.

Contudo, apesar do crescente avanço de ideias que colocam o indivíduo no centro do debate na Modernidade, persiste a dialética interesse individual/ bem público, ou então, liberdade dos modernos/liberdade dos antigos. Marcelo Cattoni de Oliveira (2003) analisando o prefácio de Jimenez Redondo da obra de Habermas, *o Direito e a Democracia: entre a*

¹ Sobre a importância da cidade para os antigos, portanto do todo sobre a parte, vale a pena conferir o belo diálogo entre Sócrates e seu amigo Crítón, nos escritos de Platão, em relação à possibilidade dada a Sócrates de fugir, que esse seu amigo lhe ofertava. Indagava Sócrates. “Se, no momento em que eu estivesse para me evadir daqui, ou como quer que se diga, **chegassem as Leis e a Cidade**, assomassem perguntando: “Dize-nos, Sócrates: que pretendes fazer? Que outra coisa meditas, com a façanha que intentas, senão **destruir-nos a nós as Leis e toda a Cidade, na medida de tuas forças?**” As Leis da Cidade ainda diriam a ele no momento de sua fuga: **desobedecendo-nos, é réu três dobradamente: porque a nós que o geramos não presta obediência; porque não o faz a nós que o criamos e porque, tendo convencido a obedecer-nos, nem obedece nem nos dissuade se incidimos nalgum erro.**(PLATÃO, 1980. p. 11-12).

faticidade e a validade (2012), percebe que há dois artigos da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789) em aparente antinomia, que são os artigos 4 e o artigo 6. Expressa o artigo 4: “ A liberdade consiste em poder fazer tudo aquilo que não prejudique a outrem; por isso, o exercício dos direitos naturais do homem não tem outro limite que aquele que assegure aos demais membros de uma sociedade o gozo dos mesmos direitos”. Já o artigo 6 assim o diz: “A lei é expressão da vontade geral. Todos os cidadãos têm o direito de concorrer para a sua formação pessoalmente ou por seus representantes”. Como bem diz Cattoni de Oliveira, “o art. 6 levanta a questão acerca do que **deveria ocorrer com a lei, que podendo considerar-se a expressão da vontade geral, vulnera os direitos naturais**”- (OLIVEIRA, 2003, p.3, grifo nosso).

Em outros termos: A lei e portanto a liberdade, como exercício de fazer tudo aquilo que não prejudique a outrem é diferente da lei e portanto a liberdade, enquanto expressão da vontade geral, enquanto expressão da autonomia política de cada um exercendo-se no todo da sociedade política.

Cattoni de Oliveira ainda recorda que esse conflito entre autonomia privada e pública ainda está presente no atual texto constitucional. Ao mesmo tempo em que se tem o art. 5 da Constituição, o qual diz, que todos são iguais perante a lei e enumerando os direitos à vida, à liberdade, entre outros; ou mesmo se tem o art. 60 § 4 inc. IV, que coloca esses direitos individuais como limites ao exercício do Poder Legislativo e ao Poder Constituinte Derivado, tem-se por outro lado, o art. 1º da CR, o qual diz que a fonte de legitimidade do poder político é o **povo**, que o exerce inclusive, em determinados casos, **diretamente**.

Como conciliar a situação em que o povo exerce sua legitimidade, seja por seus representantes, seja diretamente, restringindo, por exemplo, algum direito fundamental do art. 5 da Constituição, por exemplo? Aqui ainda não será respondida essa questão, mas importa levantar o conflito, que perpassa a história humana entre o interesse individual e o interesse coletivo.

Esse tipo de debate entre o público e o privado está muito presente na Justiça Eleitoral, e esteve com muita ênfase no julgamento de constitucionalidade da Lei da Ficha Limpa, nas ADC nº 29, 30 e ADI 4578. A ministra Cármen Lúcia, assim o disse em seu voto:

Desguarnecer o “hoje” da coletividade em favor do “amanhã” do indivíduo, que, em sua essência, reitere-se, **não se torna menos digno por ver-se temporariamente inelegível**, significa desprezar o critério de elegibilidade que a Constituição preceitua como a **vida pregressa do candidato** (...) (BRASIL, 2012, p. 216, grifo nosso).

Que tipo de pré-compreensão está orientando essa fundamentação? Qual a hermenêutica constitucional envolvida nessa operação, que afirma categoricamente que o indivíduo não se

torna menos digno por ver-se temporariamente inelegível? Como será visto, esse tipo de entendimento, refere-se à matriz jurídico-política do **comunitarismo, em especial na corrente do republicanismo** (as relações entre comunitarismo e republicanismo serão melhor delineadas ao longo do presente trabalho) por considerar o todo, o interesse da “sociedade”, no caso o bem comum, mais importante que o interesse dos ocupantes de cargos eletivos, que são a parte.

Por outro lado, Gilmar Mendes, em seu voto, se referiu dessa maneira em relação à essa lei: “O argumento de que a lei é de iniciativa popular não tem peso suficiente para minimizar ou restringir o papel contramajoritário da Jurisdição Constitucional” (BRASIL,2012, p. 279). E posteriormente disse: “Não cabe a esta Corte fazer “relativizações” de princípios constitucionais visando atender ao anseio popular.”(BRASIL,2012,p.280).

Repare a diferença da fundamentação do ministro Gilmar Mendes em relação à ministra Cármen Lúcia: Gilmar Mendes aduz sobre a importância da função contramajoritária do STF bem como das cortes constitucionais de modo geral, para o respeito aos direitos fundamentais do cidadão, importando pouco que seja uma lei de iniciativa popular, ou que vise ao bem comum. Tal ordem de ideias se relaciona com a matriz jurídico-política do **liberalismo**.²

Ver-se-á então, como que dependendo da pré-compreensão³ hermenêutica do intérprete, a “associação conceitual⁴” muda completamente de sentido, quando da aplicação das normas. Em outras palavras: a presunção de inocência, por exemplo, grande

² O cuidado com a autonomia privada cabe também à **Teoria do Discurso de Habermas**, cuja referência é a já citada obra, *o Direito e a Democracia: entre a faticidade e a validade* (2012), mas a fundamentação é diferente da fundamentação liberal. Como ainda será visto no presente trabalho, a fundamentação para Habermas é de que o respeito à autonomia privada, assim como da autonomia pública é que garante que **os destinatários do direito sejam também seus coautores!**

³ Todos nós temos **pré-compreensões** a respeito dos temas do mundo da vida. Somos embebidos de valores da tradição, do grupo familiar a que pertencemos, de nossa classe social. Essas pré-compreensões são o que o filósofo Gadamer (2004) denomina de **preconceitos**. E aqui sem necessariamente um caráter pejorativo. Preconceitos no sentido de **pré-juízos**. No caso específico da presente pesquisa, a ideia de pré-compreensão está ligada a alguma crença de que os juristas e pensadores carregam previamente, consciente ou inconscientemente, ao analisar qualquer tema do mundo da vida. Geralmente, ou eles colocam a sociedade como ponto de partida para a reflexão e conduta ou colocam o indivíduo como ponto de partida para a reflexão e conduta.

⁴ **Associação conceitual** é uma proposta alternativa de Álvaro Ricardo de Souza Cruz (2013) à clássica ideia de **subsunção**. Segundo o professor, o problema não é tanto a palavra subsunção. O problema é o pressuposto (já “refutado” inclusive pela neurociência) de que há sempre uma escolha consciente por parte do intérprete a operar um encaixe (que se imaginava perfeito) entre o texto da norma (dever ser) e o caso concreto(ser). Isso não ocorre, ainda segundo, por conta do *ek-stase* da afecção, sempre presentes no *Dasein*, o que violaria portanto “a crença na razão pura”. Ademais somos dependentes de uma gramática profunda que se impõe em respectivos jogos de linguagem. Mesmo num caso clássico em que aparentemente ter-se-ia uma subsunção “perfeita”, como por exemplo, “Fernanda matou Teresa”. Poder-se-ia pensar: Basta aplicar então o art. 121 do Código Penal que tudo está resolvido. Mas uma série de indagações surgirão: “Quais as provas foram obtidas para se atestar que houve um homicídio? Confissão?(...) Quantos já confessaram um crime para proteger outra pessoa? (...)Quais foram as evidências colhidas no corpo de delito? Qual a régua para informar o que é ou não relevante para um caso?” (CRUZ. 2013, p. 212/213). O que se tem na verdade em síntese é “um juízo de adequabilidade que opera dialeticamente entre o universal e o particular, nunca chegando à extremidade desses polos. Maiores informações, ver: CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. Além do positivismo jurídico. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2013.

objeto de controvérsia em torno da Lei da Ficha Limpa, tem um determinado “alcance” para um liberal (possivelmente bem maior) e um outro determinado “alcance” para um comunitarista (possivelmente menor), embora ambos reconheçam a sua importância para um Estado Democrático de Direito e “*a priori*” nenhuma das correntes seja contra a presunção de inocência e nem contra o Estado Democrático de Direito. O mesmo vale em torno da compreensão dos institutos da inelegibilidade, da irretroatividade das leis e da anterioridade eleitoral, que têm alcance de garantia muito maior para com quem é afinado com uma perspectiva liberal e menor para com quem é afinado com uma perspectiva comunitarista. Eis o problema a instigar a presente pesquisa!

Mas como essa associação conceitual não se dá no plano meramente formal, é necessário analisar o “chão”, o “solo” onde pisam os juristas bem como a *comunidade aberta de intérpretes da constituição*, na expressão conhecida de Peter Haberle. Daí a necessidade de se fazer primeiramente, um estudo sobre as vicissitudes da (des)construção dos direitos políticos no Brasil, no capítulo 2.

Posteriormente, no capítulo 3 ainda que brevemente, serão apresentados os traços importantes do liberalismo e de como se deu a manifestação da pré-compreensão liberal na leitura dos institutos jurídicos referentes a lei Complementar nº 135.

No capítulo 4, pretende-se apresentar os traços importantes do comunitarismo (com ênfase no republicanismo), bem como se deu a manifestação da pré-compreensão republicanista na leitura dos institutos jurídicos relacionados.

Por fim, no capítulo 5, almeja-se apresentar algumas tentativas de conciliação do debate entre liberalismo e comunitarismo, como a Teoria Discursiva do Direito ou mesmo, uma proposta alternativa, inspirada na ética primeira de Lévinas.

Pretende-se também, apresentar alguns reparos humildes e necessários aos votos vencedores do julgamento de constitucionalidade da Lei Complementar nº 135/2010, seja para estarem em consonância à cara linguagem dos direitos fundamentais do Estado Democrático de Direito, seja para atenderem à responsabilidade com que o Outro nos interpela com seu Rosto, conforme Lévinas.

E aqui é importante pontuar: não se preocupará neste trabalho em examinar uma a uma as “hipóteses de incidência” dessa lei complementar. Tampouco se preocupará em trazer uma “resposta conclusiva” para o debate liberalismo/ comunitarismo latente na leitura dessa lei. Buscar-se-á apenas um encaminhamento provisório, responsável e coerente para o debate.

Antes de “concluir a introdução”, vale um esclarecimento: a **vantagem metodológica**⁵ de associar a Lei da Ficha Limpa a esse debate entre as matrizes jurídicas é poder dar de um lado “concretude” a essa temática tão filosófica, por meio da discussão de alguns aspectos práticos do Direito. Por outro lado, associar a Lei da Ficha Limpa a esse debate entre as matrizes jurídicas, permite uma melhor compreensão das controvérsias em torno da própria lei, a partir do esclarecimento, de qual pré-compreensão, de qual pressuposto os críticos e os entusiastas dessa lei partem.

⁵ A ideia de **método** implícita aqui é apenas por “força do hábito”. A fenomenologia, de Heidegger, passando por Gadamer, Lévinas, já desvelou a “impostura” do método científico, especialmente o cartesiano. Como ser-no-mundo e ser-com-outros, o caminho do *DASEIN* se faz ao caminhar!

2 COMO OS DIREITOS POLÍTICOS FORAM (DES)CONSTRUÍDOS NO BRASIL? AS VICISSITUDES EM TORNO DOS DIREITOS POLÍTICOS E DAS INELEGIBILIDADES NO ORDENAMENTO JURÍDICO

2.1 Introdução

Até que ponto, um candidato considerado “ficha suja” tem o direito fundamental de disputar as eleições? Ou por outro lado, até que ponto a Justiça (especialmente a Eleitoral) pode interferir no voto do eleitor? Começa-se com essas indagações para mostrar como que a Lei Complementar nº135, de 04 de junho de 2010, conhecida como a Lei da Ficha Limpa, está situada no “fogo cruzado” de debates da atualidade. O aludido diploma legal trata de causas de inelegibilidades. Essas, grosso modo, cuidam de impedimentos ao direito de ser votado. Direito de ser votado e direito de votar, por outro lado, constituem o “núcleo” dos direitos políticos previstos constitucionalmente.

Mas, será que o direito de votar e o direito de ser votado sempre foram vistos da mesma forma, ou pelo menos, de maneira semelhante pelas pessoas ao longo do tempo? O sentido do voto hoje é bastante diferente do sentido do voto de uma pessoa, por exemplo, no início do século XX, ou mesmo para não ficar muito distante, de uma pessoa na década de 1970. Então, recorrer à historicidade dos direitos políticos permite uma situação semelhante a de um fotógrafo, que precisa afastar a câmera do objeto a ser fotografado para que a distância permita ver coisas que a proximidade do objeto nunca possibilitaria⁶!

Percorrer essa longa jornada histórica é bom para se evitar discursos “ingênuos⁷”, de ordem jusnaturalista, que tratam os direitos fundamentais, dentre eles os direitos políticos, como simplesmente direitos naturais, advindos da razão humana. Norberto Bobbio esclarece bem sobre isso, dizendo que:

Do ponto de vista teórico, sempre defendi – e continuo a defender, fortalecido por novos argumentos – que **os direitos do homem, por mais fundamentais que sejam, são direitos históricos**, ou seja, nascidos em certas circunstâncias, caracterizados por lutas em defesa de novas liberdades contra velhos poderes, e nascidos de modo gradual, não todos de uma vez e nem de uma vez por todas (, BOBBIO, 1992, p.5,

⁶ Gadamer, a esse respeito, é bem didático: “Quem não tem um horizonte é um homem que não vê suficientemente longe e, por isso, supervaloriza aquilo que está mais próximo. [...]. Quem tem um horizonte sabe avaliar corretamente dentro dele o significado de cada coisa segundo a proximidade ou distância, segundo as dimensões grandes e pequenas. Em conformidade com isso, **elaborar a situação hermenêutica significa adquirir o justo horizonte problemático para os problemas propostos com os dados históricos transmitidos**” (REALE, 2006, P. 262, grifo nosso). E é justamente isso, que se procura com o presente capítulo em torno dos direitos políticos, isto é, adquirir o justo horizonte problemático!

⁷ Evidentemente que “ingênuo” no caso é uma provocação. Há jusnaturalistas e juspositivistas na filosofia do Direito bastante sofisticados e que tem uma visão mais complexa sobre os direitos fundamentais, que serão melhor delineados ao longo do trabalho.

grifo nosso).

É bom também para evitar discursos “ingênuos”, mas agora de ordem juspositivista, que veem os direitos fundamentais apenas aqueles postos pelo legislador no ordenamento jurídico, não se interessando pelo modo de gestação dos mesmos na dinâmica social, embora reconheça a importância dos mesmos no ordenamento jurídico. Procura-se aqui, com o devido respeito ao jurista Hans Kelsen, lidar com uma “teoria *impura* do Direito⁸”.

É bom também para evitar discursos ingênuos, mas agora de ordem “técnica/doutrinária”, que costumeiramente veem o instituto jurídico eleitoral das *inelegibilidades*, por exemplo, apenas como impedimentos destinados a dotar as eleições de lisura (esse tipo de argumento, por exemplo, será muito comum nos votos vencedores presentes no julgamento de constitucionalidade da lei da Ficha Limpa). Caio Mário da Silva Pereira dizia, por exemplo, que “as inelegibilidades representam ditames de interesse público, fundados nos objetivos superiores que são a moralidade e a probidade”(PEREIRA,1971,p.110-115). Praticamente toda a doutrina eleitoral e constitucional alude dessa maneira o instituto jurídico da inelegibilidade. Será que esse instituto jurídico tem sempre esse rosto bonito desenhado pelos manuais?Ver-se-á, que historicamente, por exemplo, que as inelegibilidades podem ser, em determinadas situações, instrumento de perseguição política!

Percorrer essa jornada histórica revela-se fundamental também porque é preciso desnudar um pouco mais termos como “cidadania”, “cidadão”, conceitos esses, intimamente ligados aos direitos políticos. Do ponto de vista jurídico-dogmático, costuma-se conceituar **cidadão** no direito brasileiro como “o indivíduo que seja titular dos direitos políticos de votar e ser votado e suas consequências” (SILVA, 2014, p.350). Será que ser cidadão é só isso: votar, ser votado e no máximo poder constituir um partido político? Quando se diz no dia a dia, em certo tom de menoscabo: “o automóvel pertence **àquele cidadão**”; ou “o **cidadão** não tem todos os documentos em ordem” (DA MATTA, 1997, p.80, grifo nosso), o vocábulo cidadão não está sendo utilizado para marcar a posição de alguém que está em desvantagem situação social, para muito além de alguém que vota e pode ser votado?

O antropólogo Roberto da Matta esclarece que a palavra cidadania tem sido empregada no Brasil no aspecto jurídico-político, mas muitos esquecem que o termo comporta também

⁸ É preciso tomar o devido cuidado para não “caricaturizar” o **Positivismo Jurídico** de maneira inconveniente. Kelsen, por exemplo, reconhece a importância da moral e da Política para o Direito. Contudo, para ele, quando se faz “Ciência do Direito”, o objeto de estudo é a norma, “em sua pureza”, seja a norma posta, seja a norma pressuposta. A moral e a Política, portanto, interessam mais à Sociologia do Direito do que à Ciência do Direito. Sem contar, que Kelsen já reconhecia a atividade interpretativa no Direito, não via, portanto, a atividade do operador do Direito como somente subsunção mecânica da norma. Maiores informações, ver: CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza; DUARTE, Bernardo Augusto Ferreira. **Além do Positivismo Jurídico**. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2013.

uma dimensão sociológica. E nessa dimensão, o termo cidadão aqui não é invocado para exprimir uma situação de tratamento universalizante e “impessoal”, como é de se esperar, considerando a ideia de cidadania oriunda das “Revoluções Burguesas” do Ocidente e sim como uma “situação negativa”, de um indivíduo **sem relação** (essa palavra é chave para o autor) com alguém mais influente e que por isso, os rigores da lei lhe são impingidos. Isso ocorre porque para ele, a sociedade brasileira ainda é muito aristocrática, com dificuldade de conviver com o clássico axioma do Direito (liberal) de *todos serem iguais perante a lei*. É uma sociedade que somou uma tradição centralizadora e legalista oriunda em boa medida de Portugal, com uma tradição igualitária e individualista, advinda do desenvolvimento tardio do capitalismo brasileiro.

Longe das concepções essencialistas, que o Direito tanto aprecia, ser *cidadão* não é apenas uma condição definida por lei. É antes de tudo um aprendizado, que leva em conta as expectativas da sociedade.

Por conta então, do reconhecimento da necessidade de se fazer uma análise histórica, ainda que breve dos direitos políticos, será feita uma (des)construção dos direitos políticos nas várias constituições brasileiras de modo a que se perceba que eles, como geralmente todos os direitos fundamentais não avançam progressivamente, como se estivessem em uma linha reta em direção a um futuro melhor e sim, que eles avançam, recuam, avançam um pouquinho novamente, recuam posteriormente.

E aqui torna-se imperioso fazer um esclarecimento: A subdivisão do capítulo, seguindo uma a uma as constituições, é um tanto *linear* para quem quer fazer uma historicidade dos direitos políticos, ainda que breve! Mas isso é apenas por “uma questão didática”. Mesmo assim, ao longo do capítulo foi tentado fazer, sempre que possível na escrita, uma experiência de “aproximação do passado com o tempo presente”, ou seja, procurou-se comparar um fato pretérito, com um fato atual, de modo a fraturar a “escrita linear”. Pois, como bem se sabe, a Historiografia contemporânea, desde a Escola dos *Annales* (a partir dos trabalhos pioneiros de Lucien Febvre e Marc Bloch na década de 1920), cada vez mais rechaça a história linear. Afinal como diz Fernand Braudel, um dos autores da escola “**o tempo não flui de acordo com uma razão invariável, mas segundo milhares de ritmos diferentes, rápida ou vagorosamente, e isso parece não ter quase nenhuma relação com o ritmo rotineiro da história cronológica ou tradicional**” (BRAUDEL, 1978, p. 15, grifo nosso).

A Escola dos *Annales* foi uma reação ao Positivismo Histórico de Ranke e outros autores, que achavam que a verdade estava nos documentos e que portanto buscavam uma história neutra, linear e factual. Para os autores da Escola dos *Annales*, o documento não encerra

a verdade, mas antes uma “representação” de como uma sociedade quer ser vista no presente e no futuro. Ademais, viu-se a impossibilidade de uma história neutra, pois o homem sempre parte de um lugar, embebido dos valores de sua época, de sua classe. A Escola dos *Annales* também de algum modo, rechaçou o marxismo mais ortodoxo, que via uma relação unidirecional de dominação da estrutura econômica sobre a superestrutura cultural. Para os autores dessa escola (principalmente os da terceira fase), as ideias circulam, de modo que tanto as representações coletivas de uma sociedade, como a estrutura econômica em que ela se alicerça são importantes, não havendo pois, um determinismo unidirecional do econômico sobre o cultural.

E é o aprendizado da cidadania, com “idas e vindas”, e às vezes com sobressaltos, que será melhor descortinado a seguir!

2.2 Os direitos políticos e a Constituição de 1824: Um liberalismo de fachada

Então, começa-se pela Independência do Brasil (é claro que apenas à base de algumas pinceladas). Como se sabe, a independência brasileira em 1822 não foi oriunda de rupturas, como na América Hispânica, mas antes de negociações e acomodações (aliás, como boa parte da história política brasileira). Lilia Schwarcz e Heloísa Starling apontam que:

Vale repetir que boa parte das elites ainda desejava manter-se unida a Portugal, guardando-se apenas as franquias já alcançadas. Essa posição, advogada pelo Ministério Conservador, que defendia uma saída moderada e se aglutinava em torno de Bonifácio, contava com a oposição de grupos radicais, que ousavam imaginar um modelo diferente de representação, quicá republicano. Mas, a despeito das tensões entre os grupos, o certo é que um processo mais estrutural e profundo ia se afirmando e a história não voltava atrás. **É por isso que a contenda foi sendo decidida em duplo sentido – de dentro para fora, mas também de fora para dentro;** com a intransigência das Cortes Portuguesas de um lado e, de outro, a consciência interna de que a independência era o único caminho à disposição (SCHWARCZ; STARLING, 2015, p. 212, grifo nosso).

Acredita-se portanto, que parte da elite brasileira queria uma monarquia dual, em que se preservava a autonomia do “Brasil” diante de Portugal, mas que não implicasse separação completa. Todavia, as tentativas de recolonização das Cortes Portuguesas, “fizeram” com que com os membros da elite brasileira se unissem em torno da ideia de separação.

Aliás, por se falar em Cortes Portuguesas, é bom lembrar que a primeira eleição no Brasil, sob fisionomia moderna, inspirada no liberalismo, ocorreu para a escolha dos deputados às cortes de Lisboa (1821). O processo obedeceu ao sistema indireto, de *quatro graus*, na forma da Constituição espanhola de 1812 (chamada Constituição de Cádiz), provisoriamente adotada em Portugal.

Com o pagamento de dois milhões de libras esterlinas a Portugal, tendo a Inglaterra como figura intermediadora, o Brasil torna-se politicamente independente. Todavia, continuava economicamente dependente de velhas estruturas sociais como o latifúndio monocultor, o analfabetismo de boa parte da população e a escravidão.

E como foi o papel do povo nesse processo? Na Bahia, o povo ajudou às tropas no combate aos portugueses, que permaneceram em solo baiano, após a independência. Ademais, há estudos que indicam, por exemplo, que o papel do povo não foi o de mero assistente. Motivo: os indivíduos dentre o povo, os quais eram alfabetizados, escreveram cartas comentando a situação política do momento⁹.

Em 1822, D. Pedro I determinou a instalação da Assembleia Nacional Constituinte. Não obstante, em determinado momento, ela é fechada de maneira autoritária pelo imperador. Assim nasceu a Constituição outorgada de 1824, redigida por nomes como José Bonifácio de Andrade e Silva, Antônio Luiz Pereira da Cunha, além do próprio imperador.

Os direitos políticos na constituição imperial estavam disciplinados nos arts. 91 ao art. 94. Podiam votar todos os homens de 25 anos ou mais que tivessem renda mínima de 100 mil réis (art. 92) (BRASIL, 1824). Ao contrário do que se imagina,

a limitação de renda era de pouca importância. A maioria da população trabalhadora ganhava mais de 100 mil-réis por ano. Em 1876, o menor salário do serviço público era de 600 mil-réis. O critério de renda não excluía a população pobre do direito do voto.[...]. As exigências de renda na Inglaterra, na época, eram muito altas, mesmo depois da reforma de 1832. **A lei brasileira permitia ainda que os analfabetos votassem. Talvez nenhum país europeu da época tivesse legislação tão liberal** (CARVALHO, 2003, p.30, grifo nosso).

A eleição era indireta, feita em dois turnos. Havia eleitores de 1º grau (também chamados de **votantes**) e eleitores de 2º grau (chamados de **eleitores**). Os primeiros deveriam ter renda de 100 mil-réis e escolhiam os eleitores e estes, deveriam ter renda de 200 mil-réis e elegiam deputados e senadores. Quanto aos senadores, é preciso destacar, que eram vitalícios, e uma parte deles era eleita e uma outra indicada pelo imperador.

Percebe-se então, que o voto era censitário, mas como se verá, as condições de elegibilidade também eram vinculadas à renda. Para ser deputado, era necessário uma renda de 400 mil-réis e para ser senador, uma renda de 800 mil-réis de bens de raiz. A respeito do voto censitário, Pimenta Bueno, grande jurista do Império, tem um comentário curiosíssimo, que um interlocutor, **com o olhar do presente**, certamente considerará elitista. Aduz o jurista: “Uma

⁹ A esse respeito, Lília Schwarcz e Heloísa Starling esclarecem que “o fato é que a emancipação chegava sem mudanças radicais, embora tenha produzido uma rica literatura de comentário político – sob a forma de panfletos –evidencia de que a independência era uma questão de maior interesse em toda a sociedade e todo tipo de pessoa tomou parte nesse debate” (SCHWARCZ; STARLING, 2015, p.221).

certa propriedade é com efeito ao menos em regra geral uma prova ou signal de certa educação, intelligencia, interesse pela causa pública, e consequente **independência de caracter e de opiniões**” (BUENO, 1946, p.196, grifo nosso). Para ele, então, o sufrágio universal era uma verdadeira utopia, pois além das tradicionais restrições aos direitos políticos como a menoridade, nacionalidade estrangeira, condenação criminal, a “falta de luzes”, (expressão do autor) decorrente da ausência de instrução e mesmo da falta de propriedades de um indivíduo, era um impeditivo intransponível para o exercício dos direitos políticos¹⁰.

Um ponto importante na Constituição do Império é que permitia o voto do analfabeto. Nesse aspecto, ela foi democrática, pois como se verá, o Brasil ficará mais de cem anos com o impedimento do voto do analfabeto (de 1881 (Lei Saraiva) até 1985 (EC nº 25 relativa a constituição de 1967/1969))! Por outro lado, os escravos, que eram boa parte da população à época, não votavam. Aliás, sobre o tema da escravidão, a constituição era de um “silêncio ensurdecidor”.

Ainda Pimenta Bueno, comentando a Constituição Imperial, especialmente os direitos políticos, dizia que esses eram “prerrogativas, os atributos, faculdades ou poder de intervenção dos *cidadãos ativos* no governo de seu país, intervenção direta ou só indireta [...]” (BUENO, p. 458). Nessa passagem, há algo muito importante de se atestar: Pimenta Bueno, bem como a Constituição Imperial (BRASIL, 1824), dividiam os cidadãos em *duas classes*: **Cidadãos ativos**, que eram os titulares dos direitos políticos (art. 91), conforme visto, os votantes e os eleitores, ligados ao critério censitário e os **cidadãos em geral**, que se confundiam com o nacional (art. 6 e 7). A esse respeito, bem comenta José Afonso da Silva:

Viu-se que Pimenta Bueno, de acordo com o art. 90 da Constituição do Império, falava em cidadão ativo para diferenciar do cidadão em geral, que então, se confundia com o nacional (arts. 6º e 7º). Cidadão ativo era o titular dos direitos políticos, que a referida Constituição também concebia em sentido estrito (art., 91). As constituições subsequentes misturaram mais ainda os conceitos. A de 1937 começou a distinção que as de 1967/1969 completaram, abrindo capítulos separados para a nacionalidade (arts. 140 e 141) e para os direitos políticos (arts. 142 a 148), deixando de fora os partidos políticos. (art. 149).

Hoje, é desnecessária a terminologia empregada por Pimenta Bueno, para distinguir o nacional do cidadão, pois não mais se confundem nacionalidade e cidadania. Aquela é vínculo ao território estatal por nascimento ou naturalização; esta é um *status* ligado ao regime político (SILVA, 2014, p. 349).

¹⁰ Hoje não há mais esse tipo de barreira, mas muitas pessoas consideram até o momento, que o fato de o eleitor ser beneficiário de uma política pública ou um programa social, compromete profundamente a sua independência de análise e portanto o seu voto (em uma argumentação bem semelhante a de Pimenta Bueno)! Quanto à questão da necessidade de renda para ser eleito no Império, é claro que hoje não mais existe esse tipo de condição de elegibilidade, mas na prática política, percebe-se facilmente que é preciso um alto montante financeiro para se fazer eleito no Brasil. Caso contrário, não se elege nem se reelege, por melhores que sejam as intenções do candidato ou o seu histórico! É como se fosse um “direito eleitoral paralelo”, que acompanha o “direito eleitoral oficial.”

Interessante a relação entre nacionalidade e cidadania, pois se há discursos políticos crescentes de “cidadãos do mundo¹¹”, percebe-se que na realidade predominante dos Estados Nacionais (incluindo o Brasil), o exercício dos direitos políticos e mesmo de muitos outros direitos, ainda depende da pessoa ser nacional (nata ou naturalizada), mesmo nacionalidade e cidadania não mais se confundindo segundo José Afonso da Silva!

Havia dispositivos nessa constituição (BRASIL, 1824) que, com o olhar do presente, consideraríamos *esdrúxulos*, como a impossibilidade de votar os **criados de servir**, exceto os guarda-livros e os caixeiros das casas de comércio (art. 92, 3º). Estava impossibilitado de votar também, **os criados da casa imperial** (art. 92, 3º). Alegava-se a dependência dessas pessoas em relação a quem elas servem. Não podiam ainda ser eleitores, ao menos nas eleições de 2º grau, os libertos (art. 94, 2º) e os criminosos pronunciados em querelas ou devassas (art. 94, 3º). Como se pode atestar com esses exemplos, o Direito é uma práxis social que, de modo dialético, necessariamente exclui e inclui ao mesmo tempo. Ora inclui mais, ora inclui menos.

O liberalismo propagado por muitos expoentes da política imperial era como se vê, mais de fachada, um verniz talvez, do que um princípio real de motivação política, pois conviviam muito bem, por exemplo, com a escravidão!

É preciso recordar que a preocupação central do Império era garantir a unidade política do Brasil por meio da organização do Estado em seu aspecto administrativo, político e judicial. Tanto, que havia a figura do *Poder Moderador*, criada para dirimir litígios entre os poderes. Assustava aos líderes políticos daquela época, a fragmentação política verificada na América Hispânica. A monarquia com o Poder Moderador seriam os remédios para se evitar o separatismo das províncias brasileiras!

Como eram as eleições do império na prática? Primeiramente, necessário recordar que no plano institucional, havia dois grandes partidos políticos, em constante litígio, que eram o Partido *Liberal* e o Partido *Conservador*. Apesar de alguma divergência de ideias entre ambos, o primeiro, por exemplo, queria uma maior descentralização política do poder, ao contrário do segundo, esses partidos mais se assemelhavam do que se diferenciavam. Não sem motivo havia um ditado à época, proferido inicialmente pelo político Holanda Cavalcanti, que dizia “nada

¹¹ A esse respeito, Bobbio comenta que “Com a Declaração de 1948 [Declaração dos Direitos Humanos] tem início uma terceira e última faz, na qual a afirmação dos direitos é, ao mesmo tempo universal e positiva: universal no sentido do que os destinatários dos princípios nela contidos não são mais apenas os cidadãos deste ou daquele Estado, mas todos os homens (...) **serão os direitos do homem enquanto direitos do cidadão do mundo**” (BOBBIO, 1992, p.30, grifo nosso).

mais parecido com um **saquarema** do que um **luzia** no poder¹²”, posto que naquilo que era essencial como a escravidão, a concentração de terras, a desigualdade social, os dois partidos se omitiam, quando não, negavam o debate sobre esses temas.

Qual era o conteúdo real do direito do voto à época? José Murilo de Carvalho esclarece que:

Os brasileiros tornados cidadãos pela Constituição eram as mesmas pessoas que tinham vivido os três séculos de colonização nas condições que já foram descritas. **Mais de 85% eram analfabetos, incapazes de ler um jornal, um decreto do governo, um alvará da justiça, uma postura municipal. Entre os analfabetos incluíam-se muitos dos grandes proprietários rurais.** Mais de 90% da população vivia em áreas rurais, sob o controle ou a influência dos grandes proprietários. Nas cidades, muitos votantes eram funcionários públicos controlados pelo governo. (CARVALHO, 2003, p. 32, grifo nosso).

Era um tempo em que chefe político local não podia perder as eleições. Ser derrotado denotava desprestígio na região e inclusive perda de controle de cargos públicos, como os postos da Guarda Nacional, da magistratura municipal, ou o controle dos cargos de delegados de polícia, coletor de rendas. Então, fazia-se de tudo para a vitória do chefe político local.

As eleições geralmente ocorriam dentro das igrejas, que curiosamente até “faziam milagres”, como contagem de votos de defuntos, de votos de uma mesma pessoa mais de uma vez! Essas eleições, de idôneas não tinham nada! Havia as figuras do “cabalista”, do “fósforo” e do “capanga eleitoral”. O cabalista tinha como função lograr êxito em incluir o maior número possível de partidários de seu chefe na lista de votantes. Ele geralmente provava “por todos os meios admitidos ou não em direito” que o votante tinha renda legal. Já o “fósforo” era uma pessoa que se fazia passar pelo verdadeiro votante, quando este por qualquer motivo não podia comparecer, seja porque ficou doente, seja porque morreu... Geralmente, votava inúmeras vezes em locais diferentes, representando diversos votantes. E por fim, a figura do “capanga eleitoral”. A ele era destinado fazer o trabalho mais violento do processo, como ameaçar os adversários, defender os partidários. Com frequência, nos dias de eleição, bandos armados saíam pelas ruas atemorizando os incautos cidadãos. Como o grande escritor Guimarães Rosa disse, viver é muito perigoso, pois bem, votar também podia ser muito perigoso! E o era! Muitos votantes nem compareciam às eleições!

O voto tinha como função não um mecanismo de expressão da soberania popular, pensado pelos Iluministas e revolucionários das Revoluções Inglesa, Americana e Francesa. **O**

¹² A designação **Saquaremas** é como se denominavam os conservadores, em razão da Vila de Saquarema, onde o Visconde de Itaboraí, um importante nome do Partido Conservador, tinha uma fazenda. Já a designação **Luzias** para os liberais, se dá e em razão da Vila de Santa Luzia, em Minas, onde, em 1842, se deu o combate entre os revolucionários mineiros liberais e as forças comandadas por Caxias.

voto traduzia um ato de obediência forçada, ou lealdade e gratidão, ou até mesmo de mercadoria a ser vendida pelo melhor preço. Essa última hipótese, ocorria principalmente nas cidades.

Pensando historicamente, essa paradoxal situação vislumbrava-se com frequência até pouco tempo atrás no Brasil, e pasmem, com todo o rigor atual da Justiça Eleitoral, ainda ocorre hoje no Brasil captação ilícita de votos em determinados lugares¹³!

Em tempos de “ficha limpa”, percebe-se que muitos dos políticos da época imperial e da Primeira República eram “fichas sujas”, sendo inelegíveis em quase todos os aspectos, *a se olhar com as lentes do presente!* É claro que não havia esse tipo de percepção à época. Interessante como se dão as representações de uma sociedade. É difícil, por exemplo, falar em corrupção em uma sociedade do Antigo Regime, sem incorrer em **anacronismo**, pois a indistinção do público e do privado é que era a regra!

Comumente nenhum ministério perdia eleições. Nenhum ministério se via diante da maioria opositora da Câmara. Dificilmente, um ministro de Estado era derrotado nas urnas.

Em tempos de presidencialismo de coalizão, com grande dificuldade de governabilidade, como revela a contemporaneidade brasileira, parece ser uma situação de “outro mundo”, o jogo político imperial! E tanto aquela cômoda maioria parlamentar da época imperial/Primeira República, como a fragmentação parlamentar hodierna, são com sinais invertidos, terrivelmente problemáticos! Levam pouco a sério o sentido do que é a representação popular.

Todavia, as fraudes eleitorais/corrupção começaram a incomodar alguns políticos, ainda no final do Império, levando-os inclusive a pensar na introdução do voto direto. Contudo, para muito dos políticos à época, o problema nem era tanto as fraudes em si, mas o “excesso de participação popular”, esta sim, a verdadeira responsável pela corrupção! Disso, surge a **Lei Saraiva, Decreto no 3.029, de 9 de janeiro de 1881**, também chamada, **Lei do Censo**, de inspiração do jurista Rui Barbosa.

A lei Saraiva tem um artigo muito importante no que toca a inelegibilidade e a

¹³ Modernidade e pré-modernidade política, parecem conviver no Brasil de “mãos dadas e entrelaçadas”! Mas isso, por pior que o seja, não é tanto de se estranhar, pois o **tempo**, seguindo as pegadas do filósofo Heidegger, não é sequência, número nem movimento, e sim o que é buscado pelo número, “o ‘espaço’, “onde” o *Dasein* “pode-vir-a-ser”(HEIDEGGER, apud CRUZ,2011, p.144). Assim, como a febre não é o fenômeno em si da doença e sim sua aparência, a medição do tempo em minutos, horas, calendários (tão caro a historiografia positivista tradicional) não se confunde com o ente “tempo”. De maneira que a sequência passado, presente e futuro é o tempo vulgar. De modo um pouco mais fenomenológico, o passado, o ter-sido está sempre presente e se torna presença. No caso então, da corrupção, nem se fala....

moralidade das candidaturas. Trata-se do art. 10, que diz:

Art. 10. É elegível para os cargos de Senador, Deputado à Assembleia Geral, membro de Assembléia Legislativa Provincial, vereador e Juiz de paz todo cidadão que fôr eleitor nos termos do art. 2º desta lei, **não se achando pronunciado em processo criminal**, e salvas as disposições especiaes que se seguem (BRASIL, 1881, grifo nosso).

Esse dispositivo da Lei Saraiva é muito semelhante aos artigos da Lei da Ficha Limpa atual, embora seja mais severo. Repare: bastava que o cidadão fosse pronunciado em processo criminal para que ele se tornasse inelegível¹⁴! Hoje, até decisão de 2º instância colegiada que condene um candidato, ainda suscita sérias dúvidas quanto a sua constitucionalidade, imagine uma sentença de pronúncia de 1º grau? É claro, que essa reflexão está levando em conta apenas o Direito no aspecto de sua validade, porque no terreno da faticidade, como foi visto, o *modus operandi* das eleições era bem diferente....

Por essa lei, fica implícito que a questão da exigência de moralidade nas candidaturas parece não ser somente da contemporaneidade. Todavia, como já dito, esse tipo de exigência ainda parece diminuta e esporádica à época, não fazendo muito parte do universo mental dos homens daquele tempo como hodiernamente.

Aludida lei teve um problema muito sério: proibiu o voto do analfabeto, em uma época em que somente 15 % da população era alfabetizada, além de elevar de 100 para 200 mil réis a quantia necessária para ser eleitor. As estatísticas eleitorais do período são bem contundentes a esse respeito:

Em 1872, havia mais de 1 milhão de votantes, correspondentes a 13% da população livre. Em 1886, votaram nas eleições parlamentares pouco mais de 100 mil eleitores, ou 0,8% da população total. **Houve um corte de quase 90% do eleitorado. O dado é chocante, sobretudo se lembrarmos que a tendência de todos os países europeus da época era na direção de ampliar os direitos políticos.** A Inglaterra, sempre olhada como exemplo pelas elites brasileiras, fizera reformas importantes em 1832,

¹⁴A respeito da sentença de pronúncia em processo criminal, aludida pela lei Saraiva, é preciso aqui um adendo: Sentença de pronúncia nos faz recordar o Tribunal do Júri e este surgiu no Brasil em 1822, e era somente contra crimes de imprensa (TOURINHO FILHO, 2009, p.719) e foi ratificado pela Constituição de 1824, mas com algumas diferenças: era situado no Poder Judiciário, mas que tinha competência para julgar tanto ações penais, quanto **ações civis**. Conforme o art. 151 daquela Constituição, que asseverava, "in verbis": "O Poder Judicial é independente, e será composto de Juizes, e Jurados, os quaes (sic) terão logar assim no Cível, como no Crime, nos casos, e pelo modo, que os Códigos determinarem". No caso da Lei Saraiva, é expressamente declarado inelegível o candidato pronunciado em processo criminal, mas é bom ter em mente que o Tribunal do Júri tinha competência naquela oportunidade também para julgar ações civis! Aqui também é importante comentar que havia o Código Criminal do Império de 1832, que previa basicamente duas fases do Júri: o Júri de Acusação e Júri de Julgamento. A primeira fase, composta de 23 jurados, destinava-se a apurar se havia esclarecimento suficiente de crime e de autoria para se oferecer a acusação. Se houvesse elementos suficientes, o réu era pronunciado. E em sendo, na fase seguinte, no Júri de Julgamento, formava-se o Conselho de Sentença, composto por 12 jurados destinados a apurar a culpa ou não do réu. Posteriormente, com a Reforma do Código de Processo Criminal em 1841, a primeira fase do Júri foi extinta, ficando apenas o Júri de Julgamento, o que vale inclusive para a época da Lei Saraiva em comento. Maiores informações consultar: MARQUES, José Frederico. **A instituição do Júri**. São Paulo: Saraiva, 1963.

em 1867 e em 1884, expandindo o eleitorado de 3% para 15%. (CARVALHO, 2003, p. 39, grifo nosso)

Quanto à lamentável questão dos analfabetos não poderem votar, o constitucionalista Manoel Gonçalves Ferreira Filho (1977) aduz que três ordens de argumentos eram levantados para isso¹⁵. 1) A invocação da impossibilidade de o analfabeto informar-se por conta própria a respeito dos problemas políticos que dependem do voto; 2) O argumento que vê o analfabetismo um sinal de inferioridade; 3) O argumento de a proibição do voto do analfabeto, por “caminhos tortos” estimular a alfabetização.

Nesse sentido, o jurista João Barbalho, comentando a Constituição de 1891:

A interdição do voto aos iletrados é uma bem avisada determinação da lei(...); ela concorrerá, ainda que indireta, mas eficazmente, para o desenvolvimento da instrução popular. (BARBALHO, 1924, p.391).

Evidentemente os três argumentos são absurdos, novamente, com o olhar do presente, especialmente o segundo e o terceiro, que soam um tanto cínicos. Mas não eram vistos como absurdos naquela quadra histórica.

É bom lembrar que o filósofo do Utilitarismo, Stuart Mill, além de ser contra o voto do analfabeto, exigia ainda a capacidade de fazer operações básicas de aritmética, como regra de três, por exemplo, para que um cidadão pudesse exercer o seu direito de voto! O que a atitude mental dos pensadores e líderes políticos daquele período não conseguia ver, é que o analfabeto merece todo o respeito até do “mais alto intelectual”, mesmo porque, apesar do “déficit de cidadania” que certamente o analfabetismo acarreta, o analfabeto, pode ter o aprendizado de determinadas experiências de vida, que livro nenhum registra!

2.3 Os direitos políticos e a Constituição de 1891: as aporias da Primeira República brasileira, que não queria ser República...

A República brasileira¹⁶ nasceu com o conhecido adágio de que **o povo assistiu bestializado** a sua proclamação, conforme Aristide Lobo¹⁷. Talvez essa imagem possa até ser

¹⁵ O próprio ex-ministro do STF Joaquim Barbosa, no julgamento em conjunto das ações ADC Nº29 e 30 e da ADI nº 4578 em torno da constitucionalidade da Lei da Ficha Limpa, fundamentou o seu voto, citando o histórico dos direitos políticos, em especial as consequências nefastas para a cidadania advindas da Lei Saraiva, em torno da proibição do voto do analfabeto.

¹⁶ Havia vários modelos de República em disputa. A fim de não estender demasiadamente o presente capítulo, tais modelos de República serão tratados no capítulo 4, que versa sobre o comunitarismo e o republicanismo.

¹⁷ O historiador José Murilo de Carvalho explica que não é muito correto o adágio de Aristide Lobo. Na verdade, no contexto do Rio de Janeiro, durante a proclamação da República, a legalidade convivia a todo o momento com a transgressão, a ordem com a desordem, basta ver que muitos criminosos eram contratados por pessoas importantes da sociedade, como ‘capoeiras’ (espécie de jagunço para as eleições, bem como para “serviços” de proteção). Assim, o que era formal muitas vezes não era levado a sério pelas pessoas, porque elas sabiam que as

um pouco exagerada, contudo, é fato que não havia identidade coletiva suficiente que “sedimentasse” um sentimento de comunidade entre as pessoas. Existiam alguns elementos de identidade nacional como a língua, a religião cristã/católica predominante e a unidade política construída no Império, mas não necessariamente o sentimento de pertencer a uma nação. Tanto que os intelectuais modernistas na primeira República vão se debruçar na tarefa de busca de uma identidade coletiva para o país.

É bom lembrar, que a República iniciou-se em um momento de grande especulação financeira, gerada pelas emissões de dinheiro feitas pelo Governo Deodoro da Fonseca no plano econômico do *Encilhamento* (Rui Barbosa era o ministro da Fazenda). E com isso, o marechal Floriano Peixoto (no governo seguinte) ficou conhecido como “guardião do Tesouro”, dado o combate feito aos especuladores e banqueiros.

E o pior é que a República brasileira manteve intacta a vedação do voto do analfabeto. A Constituição de 1891, de inspiração norte americana, ainda conseguiu amplificar o retrocesso: Retirou a obrigatoriedade de o Estado garantir a educação primária, exigência esta que vinha da Constituição imperial (BRASIL, 1891). Repare o paroxismo da situação: o Estado Republicano, além de não prover meios para a formação do eleitor (alfabetização), ainda “penalizava” o cidadão por descumprimento da obrigação que ele, Estado, não pensou sequer em cumprir! Era um *bis in idem* da cidadania.

O embrincamento entre os direitos políticos e sociais nesse caso é evidente. Da lei Saraiva em diante, o exercício do direito político (voto) dependia do exercício de um direito social específico: aprender a ler e escrever, ser portanto, alfabetizado¹⁸.

Continuando a análise da Constituição de 1891, conforme o art. 70, ela vedava o alistamento de mendigos, analfabetos, praças de pré (recrutados ou conscritos), aspirantes a oficial e os suboficiais, guardas civis e funcionários da fiscalização administrativa e religiosos de ordens monásticas, companhias e congregações (BRASIL, 1891). Repare: A vedação do alistamento dos mendigos: mais um exemplo de uma República que criava várias categorias de cidadão, mais um exemplo de uma República que não queria ser República....! Por isso, José Murilo de Carvalho, de maneira contundente diz que “pode-se dizer que a **República conseguiu**

formalidades poderiam se prestar a manipulações. Desse modo, segundo o historiador, quem “quem apenas assistia, como fazia o povo do Rio por ocasião das grandes transformações realizadas a sua revelia, estava longe de ser bestializado. Era bilontra” (CARVALHO, 1987, p.160).

¹⁸ Aliás, a interligação entre os direitos fundamentais é uma característica dos mesmos. Os direitos fundamentais em algum sentido, são semelhantes aos *vasos comunicantes*, para se ficar com uma metáfora. Para o bom funcionamento de um direito fundamental, é necessário em muitos casos, um mínimo de condições concretas de exercício de outros direitos fundamentais. Exemplo: para a efetividade do direito de voto (direito político) é de bom alvitre que se garanta o direito a liberdade de consciência e pensamento (direito civil).

quase literalmente eliminar o eleitor e, portanto, o direito de participação política através do voto” (grifo nosso, CARVALHO, 2004, p.86).

Talvez, não sem alguma razão, os ex-escravizados guardavam mais lealdade à Monarquia do que à República e aos republicanos, denominados com certo menoscabo, de “paulistas”. É de se recordar que enquanto se assistia na Primeira República algum “progresso” no desenvolvimento dos direitos civis, com a **doutrina brasileira do *habeas corpus***¹⁹, o mesmo não ocorria com os direitos políticos. A República brasileira soube ser elitista! O Império apesar de também seu inegável elitismo, sabia ter também uma fisionomia paternal como outra face!

Contudo, se pelos mecanismos formais da democracia representativa, excluía-se deliberadamente as camadas mais humildes da população do poder, não se deve de maneira apressada dizer que o povo estivesse apático da política da Primeira República. *A Revolta da Vacina*, por exemplo, em que pessoas do Rio de Janeiro insurgiram-se contra a entrada “arbitrária” em suas casas, bem como vacinação obrigatória contra a varíola, promovida pelo médico sanitário Osvaldo Cruz, mostra que as pessoas não estavam dispostas a aceitarem de bom grado tudo o que vinha de cima (do Estado). Mostra também que determinados valores e direitos, como a intimidade, a família, eram colocados acima da esfera de intervenção estatal.

Não se pode olvidar também, da ação política desenvolvida pelos operários, que começavam a se organizarem naquele período, (principalmente os comunistas, os anarquistas e os sindicalistas cooperativistas). Contudo, com exceção talvez de algumas lutas do movimento operário, as revoltas que eclodiram na Primeira República (isso vale também para o final do Império) tinham um caráter mais *defensivo*, contra o que era visto como abuso das autoridades ou do Estado, ou mesmo reação de consumidores insatisfeitos com algum serviço público, do que propriamente revoltas com caráter de reivindicação política de participação nas decisões de governo.

Analisando um pouco mais detidamente os aspectos dogmáticos da Constituição de 1891, é de se registrar, que para ser eleitor, era preciso ter mais de 21 anos e ser brasileiro. O

¹⁹ A **doutrina brasileira do *habeas Corpus*** foi uma capciosa construção jurisprudencial, em boa medida feita inicialmente por Rui Barbosa, ampliando o campo de incidência do *habeas corpus* para **toda e qualquer direito ameaçado e violado e não apenas para constrangimentos corporais**. Rui Barbosa aviava *habeas Corpus*, por exemplo, até para se garantir a liberdade de imprensa de periódicos (*Habeas Corpus* n. 3.536/DF de 06.05.14), o qual ele teve êxito. O Supremo concedeu a ordem denegada. Muitas vezes, o STF mostrava-se simpático a essa ampliação de incidência do *habeas Corpus*. Todavia, quando se tratava de se aviar esse remédio constitucional em favor dos operários, para por exemplo, promover encontros, *meetings*, o Supremo mostrava-se irredutível. Com a Revisão Constitucional de 1926, o *habeas corpus* volta a ficar adstrito ao seu sentido originário de protetor da liberdade de locomoção. Maiores informações, ver COSTA, Emília Viotti. **O Supremo Tribunal Federal e a Construção da Cidadania**. São Paulo: Ieje, 2001.

critério censitário foi abolido! Um ponto importante da primeira constituição republicana foi a criação de hipóteses de inelegibilidade para os cargos de presidente e vice-presidente dos respectivos parentes consanguíneos e afins de primeiro e segundo grau (BRASIL, 1891). Aludida hipótese tem sido entendido pela doutrina como algo muito importante para o processo eleitoral, pois de algum modo, evita a formação de oligarquias no poder.

Ademais, a Constituição de 1891, por meio do art. 27, dispunha também que o Congresso declararia, em lei especial, os "casos de incompatibilidade eleitoral" (BRASIL, 1891). Também foi estipulada no art. 26, as condições de elegibilidade para os membros do Congresso Nacional (no lugar da Assembleia Geral do Império). 1) Estar na posse dos direitos de cidadão brasileiro e ser alistável como eleitor; 2) para a Câmara, ter acima de quatro anos de cidadania brasileira e para o Senado, mais de seis anos (BRASIL, 1891).

Quanto às condições de elegibilidade do Presidente da República, Rui Barbosa (1978) fez um relato muito interessante a respeito do porquê o presidente da época, Marechal Hermes da Fonseca não poderia ser Presidente da República. Aduz o jurista, que para ser Presidente da República, conforme o art. 41 §3 da Constituição (BRASIL, 1891), além de ser brasileiro nato, não bastava ser alistável, era preciso ser cidadão alistado efetivamente. Assim, quanto ao Marechal Hermes, segundo Rui Barbosa:

eleitor não consta que em tempo algum o fosse. Mas quando o haja sido, não é o exercício anterior o que requer o art. 41 §3 da lei fundamental. É o exercício ao tempo da eleição. Ora, a certidão aqui apresentada torna indubitável não se achar no alistamento eleitoral o nome do Marechal Hermes (BARBOSA, 1978, p.81).

Esta discussão parece uma mera veleidade histórica, mas não o é! Se alguém não se compromete a ser eleitor efetivamente, em nenhum momento de sua vida podendo sê-lo, até parece razoável ele não poder ser Presidente da República. Além do mais, Rui Barbosa dizia que estar na *posse* dos direitos políticos (requisito de elegibilidade para deputados e senadores) era diferente de estar no *exercício* dos direitos políticos (requisito para presidente da República). No primeiro caso, bastava ser cidadão alistável, no segundo caso, era necessário ser alistado!

Havia segundo Rui Barbosa, portanto, uma **gradação progressiva** no tocante aos direitos políticos na constituição republicana. Para ser eleitor, ele tinha de se mostrar habilitado, tendo o título de cidadania brasileira (nato ou naturalizado). Para ser aspirante ao mandato eletivo, o candidato além de ser cidadão brasileiro, tinha que ser cidadão alistável. Para ser Presidente da República, o candidato tinha que ser cidadão brasileiro (aqui só nato), alistável e alistado efetivamente, o que Hermes da Fonseca não comprovava!

A eleição para presidente e vice dava-se por sufrágio direto e maioria absoluta dos votos, sendo vedada a reeleição. O liberal historiador Marco Antônio Villa lembra que:

juizes e militares poderiam ser eleitores e eleitos para qualquer cargo. Isso gerou um sem número de problemas. **Partidarizava as forças armadas e o Poder Judiciário**, e colocava em risco constantemente a lisura das eleições, especialmente nos estados onde os coronéis exerciam enorme poder político. No caso dos militares, excetuando os estados politicamente mais importantes (São Paulo, Minas Gerais e Rio Grande do Sul), tiveram papel político importante como governadores (VILLA, 2011, p.33, grifo nosso).

Outra questão delicada nessa constituição era o voto das mulheres. A constituição de 1891, no art. 70, não proibia expressamente o direito de voto às mulheres e ainda no art. 72 §2 enunciava que todos eram iguais perante a lei (BRASIL, 1891). Então, ficou a dúvida se a mulher podia ou não votar, e alguns debates ocorreram na sociedade sobre isso. Uma interessante crônica de Machado de Assis, ao contrário do pensamento da maioria dos constituintes, admitia o voto feminino. Dizia o grande escritor:

Eleemos a mulher ao eleitorado; é mais discreta que o homem, mais zelosa, mais desinteressada. Em vez de a conservarmos nessa injusta minoridade, convidemo-la a colaborar com o homem na oficina da política (ANDRADE, 1990, p.114).

Todavia, em 1891, é preciso registrar, em nenhum país da Europa, a mulher exercia direitos políticos. O primeiro a fazer isso foi a Noruega em 1913.

Um ponto preocupante da Constituição de 1891 era a previsão de suspensão dos direitos políticos por “incapacidade física ou moral” do indivíduo (BRASIL, 1891), o que mereceu a ironia de Pontes de Miranda: “Queres dizer que o aleijado perdia o direito de cidadão brasileiro?” (MIRANDA, 1974, p.572). As constituições seguintes corrigiram esse dispositivo e colocaram a expressão “incapacidade civil absoluta” ou “incapacidade civil” no lugar, como hipótese de suspensão dos direitos políticos. O Direito é um jogo de linguagem que de algum modo nos revela e reconhece o outro. Pode até ser que o constituinte ao colocar incapacidade física como hipótese de suspensão dos direitos políticos apenas tenha “cometido um erro de redação”, mas pode ser também, (e isso é mais provável) que ele tenha abraçado consciente ou inconscientemente os ideais *darwinistas*²⁰ do final do século XIX!

Presidencialismo, Federalismo, Sistema Bicameral, Controle difuso de constitucionalidade e laicização do Estado. Estes eram os elementos inovadores que compunham o desenho institucional da Primeira República.

²⁰ É bom lembrar-se que o *Darwinismo Social* era uma corrente de pensamento muito forte no final do século XIX. Tendo como um dos principais autores o sociólogo Herbert Spencer, aduzia grosso modo, que apenas os mais aptos, incluindo determinadas civilizações (especialmente a europeia) sobrevivem ou devem sobreviver, a partir da “transposição” dos conceitos de *evolução e adaptação* das ciências biológicas (com Darwin) para as ciências sociais.

Um aspecto da Primeira República que contaminou profundamente o exercício dos direitos políticos e que não pode ser deixado de mencionar nesse trabalho, ainda que de maneira singela, foi o fenômeno do **coronelismo**. No clássico *Coronelismo, enxada e voto*, Victor Nunes Leal, “conceitua” o coronelismo: “[...] sistema político [...] dominado por uma relação de compromisso entre o poder privado decadente e o poder público fortalecido” (LEAL, 1997, 276).

Segundo Victor Nunes Leal, o coronelismo não foi uma simples hipertrofia do poder privado, típica do período colonial e mesmo em parte do Império. O coronelismo segundo o autor, foi um compromisso entre o poder público, cada vez mais desenvolvido, à medida em que o Estado se aparelhava e se desenvolvia e o poder privado, especialmente dos fazendeiros, que decaía, à medida em que a industrialização/urbanização começavam a avançar no Brasil. Que compromisso era esse entre o poder público e o privado dos fazendeiros? Era o compromisso em que o poder privado dos fazendeiros (ou outros líderes políticos) na figura do coronel “conduziria” os eleitores, geralmente trabalhadores rurais, a votarem, com frequência, nos candidatos governistas das eleições estaduais e federais. Em recompensa por esse “serviço”, os coronéis faziam-se credores de especial recompensa, que consistia em poderem agirem livremente para consolidarem sua dominação nos municípios.

Esse fenômeno teve como origem mais remota a Guarda Nacional, criada em 1831, que era uma corporação militar, cujos chefes geralmente eram os grandes proprietários rurais, alcunhados de “coronéis”. Com a República, a Guarda Nacional perdeu sua natureza militar, mas a terminologia *coronel* continuou como referência a chefe político local. É preciso ter em mente também que em plena capital Federal, Rio de Janeiro, na aurora da República, era comum a presença de “capangas” no dia das eleições. Se assim o era na capital, imagine no interior e nos sertões!

A corrupção na Primeira República, então, campeava no momento das eleições, tal ou mais que no Império. Dominavam a cena eleitoral, os partidos republicanos estaduais, principalmente o PRP (Partido Republicano Paulista) e o PRM (Partido Republicano Mineiro), ao contrário dos dois partidos do império, o Liberal e o Conservador, que eram nacionais. Paulo Bonavides (1989) é taxativo em dizer que os partidos republicanos estaduais funcionavam apenas como “fachadas de oligarquias patriciais”, não tinham a força, nem a representatividade que tiveram os dois partidos do Império.

Repare como mais uma vez, a República retrocedeu em relação à Monarquia! O voto continuava a ser fraudado, tanto no lançamento na urna, no momento de ser apurado ou no reconhecimento do eleito. Persistiam a atuação dos cabalistas, dos fósforos, dos capangas.

Coronel que se prezava não podia perder as eleições. A “sujeira” era tanta nas práticas eleitorais, que mesmo os membros mais esclarecidos da elite política nacional, grandes conhecedores das teorias do governo representativo, quando se tratava de fazer “política prática” usavam como expedientes os métodos fraudulentos, ou eram silentes com os que os praticavam.

Vitor Nunes Leal conta uma anedota de um político da época, Pinheiro Machado, que dizia a um correligionário: “Menino, tu não serás reconhecido, por três razões. A terceira é que não foste eleito” (LEAL, 1997, p.256). Se a anedota é verdadeira ou não, não se sabe, mas traduz bem a pouca significação do voto naquela época. Por tudo isso, Vitor Nunes é enfático em dizer que do ponto de vista da “pureza formal dos pleitos”, a República piorou a situação em relação a última fase do Império²¹.

E a questão fica mais emblemática se se perceber que já em outubro de 1890, o Governo Provisório editou o Código Penal dos Estados Unidos do Brasil, destacando um capítulo inteiro (cap. I do Título IV, livro II) para os “crimes contra o livre exercício dos direitos políticos”, prevendo inclusive pena de detenção para quem comprasse votos!(BRASIL, 1891). Ademais outras sucessivas leis eleitorais²² foram editadas ao longo da Primeira República, tentando “moralizar as eleições”, mas cuja efetividade fora baixa.

Disso se depreende, que o Brasil sempre foi pródigo em fazer leis, algumas inclusive “duras”, mas muitas com baixa efetividade. Acredita-se muitas vezes por aqui, fruto de uma mentalidade bacharelesca, que a simples promulgação de uma lei têm o condão de mudar tudo. Espera-se que a lei da Ficha Limpa não tome o mesmo caminho! Leis são importantes, se vieram acompanhadas de fiscalização, de mudanças institucionais e mais do que isso, de mudanças educativas e de mentalidade.

Vendo esses lamentáveis exemplos em matéria eleitoral no passado e pensando nos lamentáveis exemplos na prática política do presente, é corrente no senso comum, muitos brasileiros às vezes dizerem que a corrupção está no “DNA do brasileiro”. Nada menos verdadeiro! A corrupção é um problema muito sério não apenas no Brasil, mas em vários países e não é localizada somente em agentes estatais, mas também em agentes privados²³. Ademais,

²¹ Rui Barbosa fez um discurso memorável a respeito da mentira eleitoral da época (**Discurso aos atiradores Bahianaos**). “Um povo livre não está sujeito senão às leis que vote pelos seus representantes. Mas se, com a mentira eleitoral, esbulham o povo do voto, que é a soberania do povo; se com as oligarchias parlamentares, barrem o povo do Congresso Nacional, que é a representação do povo; se com as dilapidações parlamentares, malbaratam a receita do imposto, que é o suor do povo [...], subtraindo-lhe tudo o que realmente distingue um povo de uma besta de carga ou uma besta de tiro; não nos espantemos de que, como os mais lerdos mueres, ou às rezas mais mansas; esgotada um dia a paciência à cassada alimária, junte os pés e num corcovo, desses que nem gaúcho nem o cossaco se aguentam, voe aos ares sella, estribos, chilenas, rebenques e cavalheiros” (BARBOSA, 1978).

²² Cabe a título de registro lembrar-se das conhecidas leis *Rosa e Silva*, *Lei Bueno e Paiva*, dentre inúmeras outras.

²³ Basta ver a corrupção noticiada pela mídia na cúpula da FIFA, que é uma entidade privada!

tal concepção naturaliza e essencializa um problema, o que impede a sua mudança, pois não se muda algo que é da natureza!

Esse cenário de domínio de oligarquias e constantes fraudes eleitorais inspiraram movimentos como o *Tenentismo*²⁴ bem como a chegada da *Aliança Liberal* ao poder, com a Revolução de 1930. A moralização do sistema representativo era um dos máximos anseios dos revolucionários. Como isso em parte logrou êxito será visto logo a seguir.

2.4 Os direitos políticos e a constituição de 1934: a novidade da “criação” da Justiça Eleitoral

A Constituição de 1934 costuma ser celebrada como a primeira carta a introduzir no Brasil o constitucionalismo social. Além disso, no plano das garantias individuais, ela é lembrada por introduzir no Brasil o mandado de segurança (BRASIL, 1934). No plano político, é considerado por muitos doutrinadores como Ferreira Filho (2005), por exemplo, que a Constituição Federal de 1934 foi a primeira a trazer em seu bojo os casos de inelegibilidade. Foi visto até agora que não é exatamente verdadeiro, pois a primeira constituição republicana já não permitia a eleição de parentes consanguíneos e afins de primeiro e segundo grau de presidente e vice-presidente para eleições que tenham por alvo os respectivos mandatos eletivos, o que também era uma hipótese de inelegibilidade. Conforme o eleitoralista Marcos Ramayana:

[...] a constituição de 1934 merece especial relevo no campo do Direito Eleitoral. Consagra as imunidades formais e materiais, relaciona as hipóteses de incompatibilidades e impedimentos, trata da desincompatibilização, da irregibilidade, do sufrágio universal, igual e direto, dispondo, ainda, nos arts. 108 e 109, sobre as vedações ao alistamento e ao voto, **consagrando o instituto da inelegibilidade**, perda e suspensão dos direitos políticos, além de outras regras de grande importância para o aperfeiçoamento da democracia (RAMAYANA, p.11, grifo nosso).

Finalmente, a Carta de 1934 (reproduzindo o Código Eleitoral de 1932) trouxe a hipótese do voto secreto, algo importantíssimo, pois com o voto aberto na Primeira República a fraude era ampla e irrestrita. Conforme o art. 109, ela permitia o voto da mulher, mas o seu alistamento e voto só eram obrigados se ela exercesse função pública remunerada (BRASIL, 1934). Aliás, sobre a obrigatoriedade do voto, a Constituição de 1934 foi a primeira nesse sentido.

²⁴ *Tenentismo* foi um movimento militar, especialmente de jovens oficiais, incomodados com a política oligárquica reinante no país, bem como a influência perdida dos militares na República. Esses jovens oficiais desejavam portanto, reformas, embora não tinham características democráticas. Todavia, constituíram uma importante força de oposição.

Interessante constatar que um país de tradição “revolucionária” como a França só permitiu o voto das mulheres em 1944! Enquanto que a Nova Zelândia, desde 1882, a Inglaterra desde 1899 (para eleições municipais), os EUA, via Emenda XIX, desde 1919, concediam o direito de voto às mulheres. Digno de nota também, que entre os 254 constituintes para elaboração dessa carta, uma mulher foi eleita: a médica paulista Carlota Pereira de Queirós, que de algum modo, intensificou a luta pela participação política feminina.

No tocante aos direitos políticos passivos, a Constituição de 1934 previa no art. 112, a inelegibilidade de parentes consanguíneos e afins de primeiro até terceiro graus de presidente e vice-presidente para eleições que tenham por alvo os respectivos mandatos eletivos (BRASIL, 1934), aumentando portanto *um grau* em relação à inelegibilidade por parentesco prevista na primeira constituição republicana. Tal hipótese de inelegibilidade também se estendeu para os parentes até terceiro graus dos Governadores e Interventores dos Estados e Territórios, bem como para os parentes dos prefeitos.

A Carta de 1934 trouxe, por meio do art. 112 b, também como hipóteses de inelegibilidade os chefes do Ministério Público, os membros do Poder Judiciário, entre outras autoridades (BRASIL, 1934). Viu-se conforme o historiador Villa, que os juízes podiam se candidatar na Primeira República, agora não mais. Trouxe, no art. 112, 2, b, também a inelegibilidade para os comandantes das forças armadas e da Polícia (BRASIL, 1934), novamente se diferenciando da constituição anterior. Percebe-se que o nível de detalhamento para a “formatação” dos direitos políticos foi muito grande na Constituição de 1934.

É preciso assinalar que em 1934 muitos acontecimentos de “grande impacto” tinham ocorrido no Brasil, como a Revolução de 1930, considerada por muitos como uma espécie de marco do Brasil Moderno²⁵ e a Revolução Constitucionalista de 1932, ou Guerra de 1932, em que o Estado de São Paulo exigia a convocação de uma constituinte, até então postergada por Vargas. Para Pontes de Miranda, por exemplo, comentando o período, o “verdadeiro significado sociológico da Revolução de 1930 e da Constituição de 1934 foi o de unificar o processo e o direito eleitoral material, enfeixando-os nas mãos do Poder Legislativo quanto à legislação e da Justiça Eleitoral quanto à aplicação” (MIRANDA, 1937).

Isso porque grandes destaques do período são a criação da Justiça Eleitoral e do Código

²⁵ Sobre a **Revolução de 1930**, clássico é o livro *A Revolução de 30: história e historiografia*. de Bóris Fausto. Nele, o historiador critica tanto às concepções que interpretavam os conflitos da Primeira República como fruto das contradições insuperáveis entre o setor agrário-exportador e setores urbano-industriais e a Revolução de 1930 como o resultado final desse embate, quanto a que via o movimento como uma revolução das classes médias. Para ele, a revolução de 1930 deve ser compreendida como o resultado de conflitos intra - oligárquicos reforçado por movimentos militares dissidentes, que tinham como desiderato golpear a hegemonia da burguesia cafeeira.

Eleitoral, ambos em 1932. Quanto à participação do povo nos eventos, especificamente na Revolução de 1930, pode-se dizer, que ele não esteve ausente como em 1989, não assistiu “bestializado” ao desenrolar dos acontecimentos. Foi ator no drama, ainda que coadjuvante, já que o protagonismo do movimento era dos militares.

A Justiça Eleitoral foi criada pelo Decreto 21.076/1932. A ela competia preparar, realizar e apurar eleições, além do **reconhecimento dos eleitos**. Esse último aspecto era importantíssimo, pois até então, o reconhecimento dos eleitos era feito, seja pela **mesa eleitoral**, que presidia às votações, seja por fim pelo próprio Parlamento na **Comissão de Verificação de Poderes**, o que muitas vezes se traduzia em fraudes, denominadas de “degola”, pois não raro, um candidato eleito não podia ser empossado e diplomado porque não era do agrado da maioria governista do Parlamento.

Manuel Gonçalves Ferreira Filho atribui à criação da Justiça Eleitoral Brasileira, a inspiração nas inovações da Constituição Tcheca de 1918, e sua Lei Eleitoral de 1920. De acordo com o constitucionalista, esses diplomas legais foram elaborados por influência de Kelsen (FERREIRA FILHO, 1989, p.157). Ademais, também não se pode esquecer do nome de Assis Brasil como principal idealizador da Justiça Eleitoral. Walter Costa Porto (2002), ao dissertar sobre a criação da Justiça Eleitoral brasileira, chama a atenção para o fato de que a Inglaterra, desde 1868, Portugal, desde 1896, e outros países, como Alemanha, Prússia, Áustria, Grécia, Polônia e Tchecoslováquia já tinham delegado ao Judiciário a matéria eleitoral. É como se paulatinamente houvesse uma percepção no Ocidente, de que a presença do Judiciário na “condução” das eleições traduziria em uma maior lisura nos pleitos eleitorais, aperfeiçoando a democracia!

No Brasil, desde o Império, de algum modo, já havia a participação de juizes no processo eleitoral, como por exemplo, na composição das mesas eleitorais ou então na qualificação dos eleitores, como na *Reforma Bueno Paiva* em 1916. A novidade agora era a criação de um setor especializado do Judiciário envolvido em todas as etapas do processo eleitoral, que era como visto, a Justiça Eleitoral.

Não se pode deixar de lembrar que houve significativa mobilização popular e política no período (de 1930 a 1937), seja no espectro ideológico à direita, com a *AIB (Ação Integralista Brasileira)*, cujos membros eram pejorativamente chamados de “camisas verdes”, sob a direção de Plínio Salgado; seja no espectro ideológico à esquerda, com *ANL (Aliança Nacional Libertadora)*, cujos nomes de destaque eram Luís Carlos Prestes e Olga Benário. Com o fim da Primeira República, pouco a pouco, o povo vai sendo incorporado à política e esta vai deixando de ser apenas composta pelo “patriciado”.

Um debate jurídico interessante à época foi travado por dois juristas de quilate como Pontes de Miranda e Clóvis Beviláqua, a respeito da possibilidade de o brasileiro poder ser eleitor e ainda não ter a capacidade civil. Motivo: O Código Civil de 1916 fixara em 21 anos a maioridade civil, já a constituição de 1934 estabelecia em 18 anos a capacidade eleitoral. A questão era: **Pode o brasileiro ser eleitor e ainda não ter capacidade civil?** Clóvis Beviláqua assim o disse:

Hesitei em decidir-me diante da gravidade da matéria; mas, por fim, tive de reconhecer que, se aos dezoito anos o indivíduo está apto para intervir na direção dos interesses da coletividade nacional, como eleitor e eleito, seria ilógico desconhecê-lo a capacidade para gerir os seus próprios negócios (Jornal do Comércio, 17 de março de 1935)

Por outro lado, Pontes de Miranda, de maneira bem ao “estilo Escola da Exegese” disse: “Tirar da lei Eleitoral consequências de direito privado foi de extravagância doutrinária que não precisa de comentários. Cada ramo tem o seu domínio” (MIRANDA, 1974, p.559). Esse debate pode parecer supérfluo, um preciosismo acadêmico, mas não o é. Quantas vezes na atualidade, se escuta o seguinte raciocínio: “ Se a pessoa pode votar aos 16 anos, pode escolher os rumos da coletividade, tem de ser capaz de responder por seus atos na esfera penal” (típico argumento de quem apoia a redução da maioridade penal). Indiferente do acerto ou não da proposta de redução da maioridade penal, as pessoas percebem que a capacidade do exercício dos direitos políticos é tão importante para o país, que pode irradiar consequências para outras áreas do Direito, seja no Direito Civil, como defendido por Clóvis Beviláqua (possibilidade de gerir o seu próprio patrimônio no exemplo acima), seja no Direito Penal, como defendido por muitas pessoas hoje. Ou seja, a reflexão em torno dos direitos políticos, necessariamente tem que ir além do debate de quem vota e pode votar, pois o exercício dos direitos políticos gera consequências nas mais diversas áreas do Direito e da vida social!

É preciso analisar o porquê de a Constituição de 1934 ter “vida” tão curta. Ela foi promulgada em julho de 1934, mas vigorou apenas até novembro de 1937. Como coloca Daniel Sarmiento, “os componentes liberais e democráticos da Constituição de 1934 não resisitiram à radicalização do regime e do clima social da época” (SARMENTO, 2010, p. 35). Radicalização esta que como vimos, se manifestava tanto na atuação política da ANL quanto na AIB, pois ambos rejeitavam expressamente a democracia liberal. Radicalização também que pode ser atribuída ao próprio presidente Vargas, que também não nutria simpatia pela democracia liberal!

Quanto a esse último aspecto, basta ver que em julho de 1935, após a edição da Lei de Segurança Nacional, que proibia a existência de partidos que almejassem “a subversão, pela

ameaça ou violência, da ordem política nacional”, o Governo extingue a Aliança Nacional Libertadora. Além disso, após a Intentona Comunista²⁶, o Governo pressionou o Congresso e logrou êxito em aprovar uma série de medidas autoritárias como a que permitia a Câmara em colaboração com o Senado autorizar o Presidente a “declarar comoção intestina grave”, algo semelhante ao estado de guerra, bem como a que permitia a punição de servidores militares e civis envolvidos em movimento de subversão.

Ademais, em 1937, o General Góes Monteiro divulgou o que ficou conhecido como *Plano Cohen*, que era um suposto plano comunista para a tomada do poder. Estava então criado o pretexto para um golpe de Estado: o perigo de uma “profunda infiltração comunista”, como divulgado por Vargas no rádio na *Proclamação ao Povo Brasileiro*, logo após a tomada de poder.

E aqui, é preciso considerar o plano das representações sociais, tão caro à *Escola dos Annales*, como visto na introdução, para entender a eficácia do plano Cohen: a população brasileira naquele contexto, era majoritária e profundamente católica, e tinha realmente muito medo de governos de inspiração soviética. Daí, a quase ausência de reação ao golpe!

É preciso assinalar também, que a citada rejeição à democracia liberal verificada no Brasil, se dava também a nível mundial, seja nos exemplos da Alemanha de Hitler, Itália com Mussolini, Espanha com Franco, Portugal com Salazar, de modo que a democracia liberal, a partir da década de 1930, era vista por muitos, como fraca, inoperante, incompetente para resolver os problemas de um país, o que ajuda a explicar em grande medida, o ocaso precipitado de uma constituição democrática como a de 1934!

2.5 Os direitos políticos e a constituição autoritária de 1937

O período de 1930-1945 é constantemente lembrado pelo avanço dos direitos sociais no Brasil, como a introdução da carteira de trabalho, das leis trabalhistas, inicialmente esparsas, até serem consolidadas em uma CLT, da Justiça do Trabalho. Contudo, a face trágica do período foi a grande desconstrução dos direitos políticos (e civis) que a par da importância histórica da criação da Justiça Eleitoral, os direitos políticos ainda assim, foram severamente restringidos. Basta ver como na Constituição de 1937, também chamada de *Polaca*, da lavra do jurista mineiro Francisco Campos, tendências autoritárias são enfeixadas na carta. Cassação de direitos

²⁶ Intentona Comunista foi uma rebelião armada, no ano de 1935, que almejava derrubar o Governo Vargas. Atingiu as cidades de Natal, Recife e Rio de Janeiro. Foi um movimento liderado pela ALN, mas contou com apoio de militares de baixa patente também.

políticos; extinção dos partidos políticos; atuação constante do temível *Tribunal de Segurança Nacional*; ausência de eleições, ausência de referência à Justiça Eleitoral na Constituição e invocação do Estatuto de proteção aos animais como argumento de defesa²⁷ dão o colorido cinzento e sem brilho ao período do Estado Novo, do ponto de vista político! Será que era esse o preço a se pagar pelas conquistas sociais verificadas no período²⁸?

Repare as representações mentais do construtor da Constituição de 1937, Francisco Campos. Em um discurso *A política e o nosso tempo*, Campos (2002) dizia abertamente que o regime político adequado às massas era a ditadura. Como entender esse discurso hoje? Tentando-se compreender os rastros deixados pelas pegadas da sociedade daquele período, percebe-se que naquele momento a ditadura era um *valor*! E não apenas no Brasil, mas em muitos países no mundo! Como já abordado, havia uma crise generalizada do modelo de democracia representativa e liberal, visto como fraco, incapaz de resolver os grandes problemas nacionais, o que explicou o porquê da Constituição de 1934 ter vida tão curta. Ela, por ser democrática, foi vista pelas lideranças em torno do golpe de 1937 como “antedatada”, fora de seu tempo.

Um grande dilema do período se deu a partir de 1942, quando o Brasil, na segunda guerra mundial, lutando ao lado dos países aliados, em tese pela “democracia” teve que ver e conviver de perto, com seus “monstros internos”, isto é, com sua feroz ditadura, o que levou o regime de Vargas a começar a abrandar o autoritarismo reinante e conseqüentemente a queda desse regime.

E assim, desde outubro de 1943, pressões internas se faziam sentir, com manifestações em diferentes estados, cujo maior exemplo foi o *Manifesto dos Mineiros* - documento em defesa das liberdades democráticas assinado por empresários, intelectuais e profissionais liberais.

Um dos pontos de maior crítica ao Governo Vargas durante o Estado Novo, era a ausência de eleições. Apesar de a Constituição de 1937 dizer em seu artigo 117, que “são

²⁷ A alusão à invocação do **Estatuto de Proteção aos Animais** como argumento de defesa refere-se ao caso do militante político do Partido Comunista Harry Berger (“nome de guerra”) de Arthur Ernest Ewert, comunista, alemão e judeu que havia sido enviado pelo *Comintern* e chegara ao Brasil para participar do levante Intentona Comunista. Harry Berger foi preso, torturado e julgado pelo temível TSN (Tribunal de Segurança Nacional). Foi defendido pelo grande advogado Heráclito Fontoura Sobral Pinto, que apesar de católico fervoroso, não compactuava com abuso dos direitos humanos, mesmo que em militantes comunistas, ideologia que ele não comungava. Por isso, como estratégia de defesa, Sobral Pinto, em 1937, invocou o art. 14 do Estatuto dos Animais, pois naquela atmosfera fortemente autoritária, os animais eram mais respeitados pelo Ordenamento Jurídico do que o ser humano!

²⁸ É conhecida a tese do cientista político Wanderlei Guilherme dos Santos de que a cidadania no período era **regulada**, pois os direitos sociais não eram assegurados em bases universalistas para todos os cidadãos, mas sim os pertencentes a determinadas categorias profissionais. A ideia era “quem tem ofício tem benefício”! Ver: SANTOS, W. G. Cidadania e Justiça. Rio de Janeiro: Campus, 1979.

eleitores os brasileiros de um e de outro sexo, maiores de dezoito anos, que se alistarem na forma da lei” (BRASIL,1937), o fato é que não havia eleições. Se o mesmo artigo, no parágrafo único dizia que “não podem alistar-se eleitores: os analfabetos, os militares em serviço ativo, os mendigos e os que estiverem privados, temporária ou definitivamente, dos direitos políticos”, o fato era que não podiam alistar-se eleitores *ninguém!* E esse foi um problema tão sério, que Vargas, avaliando as dificuldades para se manter no poder, após as críticas advindas da luta do Brasil ao lado dos aliados, começou a ceder. Nos primeiros meses de 1945, o Governo marcou eleições para dezembro do mesmo ano, além disso, concedeu anistia aos perseguidos políticos e facilitou o processo de reorganização dos partidos políticos, há muito, extintos!

Convêm analisar um pouco mais detidamente a situação dos militares. Eles não podiam votar, mas podiam ser eleitos. Como se sabe, as Forças Armadas deram sustentação à ditadura do Estado Novo Vargasista. Conta-se que os militares que apoiaram Vargas em 1937, foram os mesmos que o derrubaram em 1945. Talvez isso explique porque eles eram elegíveis nesse período, embora não pudessem votar.

No tocante à capacidade eleitoral dos militares, comentava o jurista Pontes de Miranda à época: “A verdadeira solução do problema está, dizíamos em 1935 (Comentários, II, 48), nos extremos: ou o Exército e a Armada absolutamente afastados da capacidade eleitoral ativa, ou não afastados e, pois **sem exclusões**”(MIRANDA, 1974, p.562, grifo nosso). Para o autor, ou os militares podiam votar e serem votados como em Estados Unipartidários como URSS, Alemanha nazista, na Itália fascista, ou apenas deveriam assistir ao desenrolar das lutas políticas, sendo no máximo permitido serem eleitos, **sem exclusão dos praças de pré**. Pode parecer um assunto sem maior importância o tema levantado por Pontes de Miranda mas não o é! Por que os praças de pré, ou os conscritos hoje podem ficar sem votar e serem votados enquanto a oficialidade militar pode?²⁹

A Constituição de 1937, por meio do artigo 187, previa a convocação de um plebiscito nacional para legitimação da carta. (BRASIL, 1937). Todavia, esse plebiscito, que na verdade estava mais para referendo, nunca foi convocado, o que gerou um debate jurídico à época e posteriormente se a Constituição de 1937 teve algum valor jurídico.

Houve também nessa carta a criação de órgãos técnicos para “substituir” o Congresso, como por exemplo, o *Conselho da Economia Nacional*, composto de representantes dos vários

²⁹ Costuma-se argumentar que compete aos conscritos a manutenção e a promoção da paz e da ordem no caso de haver alguma manifestação no dia das eleições. Costuma-se argumentar também que os conscritos ficam incomunicáveis no período em que prestam o serviço militar obrigatório, podendo ser com isso manipuláveis. Inclusive vale lembrar, que esse debate foi travado na Constituinte como lembra Natália Souza dos Santos, no artigo: *Afinal por que os conscritos não votam?* (SANTOS, 2013).

ramos atividades produtivas. A ideia da época, de algum modo, era a substituição da política (principalmente partidária, e mesmo a das ruas) pela “técnica” em torno de órgãos corporativos, ideia esta um tanto perigosa³⁰.

A Carta de 1937 manteve apenas uma hipótese de inelegibilidade: a *inalistabilidade* (BRASIL, 1937). Quanto à Justiça Eleitoral, ela foi extinta e apenas em 28 de maio de 1945 é que ela foi reinstaurada no Brasil pela Lei *Agamenon* e confirmada e melhor disciplinada pela Constituição de 1946. Mas também, para quê Justiça Eleitoral, se como visto, não havia eleições? Realmente não havia sentido!

2.6 Os direitos políticos e a constituição de 1946: O contraste entre uma constituição democrática e muitas lideranças políticas do período que não eram democráticas

Após o fim da 2ª guerra Mundial experimenta-se uma “onda” de constitucionalismo global. Países como a Itália (1947), a Alemanha, com a Lei Fundamental de *Bonn* (1949) elaboravam cartas que se tornaram referências mundiais. Por aqui, com a queda do governo Vargas, o Brasil experimenta uma redemocratização. Era preciso portanto, um novo texto constitucional mais consentâneo com o novo período. No plano dos direitos políticos, objeto do presente trabalho, o sufrágio continuava direto e o voto secreto, para maiores de 18 anos, com o importante detalhe da ampliação da obrigatoriedade do voto feminino, antes restrita às mulheres que exercessem cargo público remunerado. A nova Constituição também extinguiu a bancada profissional, presente na Carta de 1934, bem como fez de forma detalhada, a consagração de importantes institutos jurídicos, como os da perda e suspensão dos direitos políticos, inelegibilidades, incompatibilidades e impedimentos (BRASIL, 1946).

É importante frisar o que foi dito no parágrafo acima com outras palavras: A Constituição de 1946 regulou minuciosamente os casos de inelegibilidade, não deixando para legislação complementar e ordinária a possibilidade de regulação de outros casos de inelegibilidade (BRASIL, 1946), como ocorreu com a Constituição de 1967 e mesmo com a atual. Sobre a forma de regulação das inelegibilidades, na Constituição de 1946, comenta José Afonso da Silva:

Por serem restritivas de direitos fundamentais (direitos à elegibilidade), é que a técnica

³⁰ Esse debate passou pela ditadura civil-militar e até hoje se mostra presente. Deve a técnica substituir a política, a fim de se evitar a corrupção e o Estado ser mais eficiente? Por óbvio que não, a política é a arte de se pensar e se negociar soluções coletivas para os grandes impasses da sociedade e que deve ser feita por todos. A política precisa sem dúvida de quadros técnicos para lidar com a complexidade sempre crescente da sociedade e da administração pública contemporânea, mas de modo algum a política pode ser substituída pela técnica. Mesmo porque, a técnica como sinaliza a hermenêutica fenomenológica, é sempre redutora da compreensão humana. Pode ser o caminho mais fácil, mas é ao mesmo tempo, o caminho que não encaminha as grandes tormentas humanas!

sempre recomendou que fossem disciplinadas inteiramente em dispositivos constitucionais.

Com tais fundamentos é que a Constituição de 1946 as regulou completamente, de acordo com pronunciamento de Argemiro de Figueiredo, no debate da matéria na Constituinte de então: “se já estatuímos, em dispositivos já votados, todos os casos de elegibilidades, com maior razão devemos incluir, expressamente, em nossa Carta Magna os de inelegibilidades, porque estes são mais importantes, visto como significam restrições ao direito político do cidadão[...]. Seria erro de técnica, e perigoso mesmo, deixarmos matéria de tamanha importância para o legislador ordinário”(SILVA, 2014, P.392, grifo nosso).

É realmente um debate interessante este inaugurado por José Afonso da Silva e presente também na Constituinte de 1946: **As condições de inelegibilidade devem ser reguladas expressamente na Constituição, como feito na Carta de 1946, para evitar casuísmos oportunistas do legislador ordinário/ complementar ou não?** O argumento do constitucionalista de se evitar oportunismos é razoável, mas pode ser problematizado. Imagine se o teor da Lei da Ficha Limpa estivesse no corpo do texto constitucional. A Constituição também não se perderia em casuísmos? Talvez ainda seja mais aconselhável regular alguns aspectos “mais gerais” na Constituição e deixar outros aspectos “mais específicos” na legislação complementar, como feito pela Carta cidadã, embora o que seja “geral” e o que seja “específico” sejam bastante flexíveis e constantemente se confundem³¹.

E dentro da regulação minuciosa da Constituição de 1946 sobre inelegibilidades, vedava-se acertadamente o exercício de atividades político-partidária de juízes no art. 96, inciso III, ao contrário do que ocorria na Primeira República, como visto (BRASIL, 1946). Eram também inelegíveis, consoante o art. 13º, “os inalistáveis e os mencionados no parágrafo único do artigo 132”. Eram inalistáveis, conforme o parágrafo único do art. 132, os praças de pré, com exceção dos aspirantes a oficial, suboficiais, subtenentes, sargentos e alunos das escolas militares. (BRASIL, 1946). Portanto, boa parte dos militares podiam se alistar como eleitores, mas eram inelegíveis. Todavia, como recorda o historiador Villa:

[...] a politização das forças Armadas, especialmente entre 1961 e 1964, levou muitos sargentos a desejar serem candidatos a cargos eletivos. A Constituição, porém, era clara: eles eram inelegíveis. Isso gerou diversas crises e até uma rebelião dos sargentos, em setembro de 1963, quando durante algumas horas, Brasília foi tomada por sargentos, que chegaram a deter até mesmo um ministro do STF. (VILLA, 201, p.85, grifo nosso).

Apenas por curiosidade histórica, os sargentos fizeram a detenção do expressivo jurista e presidente do STF à época, Vitor Nunes Leal. Ainda referente às inelegibilidades, o art.140

³¹ Pensando de maneira crítica, e com os ganhos da hermenêutica contemporânea, não há rota segura para o Direito, nem para essa problemática aqui levantada, mas dado que a pretensão de correção faz parte do Direito e mesmo do *Dasein*, há a possibilidade de esboçar alternativas corentes de “encaminhamento” de determinado problema.

dispunha que os parentes consanguíneos ou afins, até o segundo grau eram inelegíveis (BRASIL, 1946). Reduziu portanto, um grau de parentesco, ou seja de terceiro grau como na Carta de 1934, para segundo grau, como hoje. Tal dispositivo valia também para governos estaduais e municipais. Há uma importante novidade no que tange às inelegibilidades, trazida pela Carta de 1946:

A referência ao **cônjuge**, pela primeira vez na história das nossas Constituições, foi devido a um boato de que a esposa de Vargas, Dona Darcy, pudesse ser candidata, algo que dificilmente ocorreria, pois ela não tinha manifestado nenhum interesse pela política partidária (VILLA, 2011, p.85, grifo nosso).

O assunto de inelegibilidades foi ainda muito debatido durante as crises presentes no governo Goulart, especialmente sobre a sua sucessão. A Constituição de 1946 vedava a reeleição. Por outro lado, Brizola, cunhado do presidente João Goulart, pois era casado com a irmã de Jango, queria se candidatar às eleições presidenciais de 1965. Se ele era cunhado, ele era parente afim e portanto inelegível. Então, seus partidários elaboraram até um slogan para defendê-lo: “Cunhado não é parente, Brizola para presidente”

A Constituição de 1946 criou a figura do *suplente* do senador, tão questionada nos tempos hodiernos (BRASIL, 1946). Foi à época também de grandes partidos de massa como o PTB (Partido Trabalhista brasileiro), o PSD (Partido Social Democrático), a UDN (União Democrática Nacional) e o PCB (Partido Comunista Brasileiro, este, cancelado de maneira autoritária pelo TSE em 1947, com o fundamento de ser um partido internacional às ordens de Moscou). Não sem motivo, algo importante que ocorreu nessa Carta foi o começo da **constitucionalização de regras jurídicas sobre os partidos políticos**, que dizia no Art. 141 §13: “É vedada a organização, o registro ou o funcionamento de qualquer partido político ou associação, cujo programa ou ação contrarie o regime democrático, baseado na pluralidade dos partidos e na garantia dos direitos fundamentais do homem” (BRASIL, 1946).

Mas justamente essa regra democrática que foi invocada para o cancelamento do PCB pelo TSE como citado acima! Sobre esse fato, cabe ainda complementar que o PCB não era do ponto de vista eleitoral um partido inexpressivo. Tinha 17 deputados federais no Congresso e conseguira 10% dos votos na eleição de 1945. Após o cancelamento do partido em 07 de maio de 1947, o Congresso Nacional aprovou a cassação dos parlamentares comunistas, dentre eles Luis Carlos Prestes. *Habeas corpus* e mandados de segurança foram então aviados ao Supremo, que de uma maneira um tanto formalista denegou a todos. O fundamento do voto do Ministro Relator Hahneman era de que a democracia adotada no Brasil era a de um Estado de partidos, e que portanto, uma vez cancelado o registro do partido, ficava sem razão de ser o mandato,

justificando portanto, a cassação de mandatos.

Um ponto do *imaginário* do período que merece toda a acuidade é o **voto de pesar** inserido nas atas do Supremo em face do falecimento do então Presidente Getúlio Vargas (1954). Esse voto revela apenas um sentimento cristão dos ministros do STF ou falta de independência dos ministros com o Executivo? Talvez o voto de pesar revele simultaneamente as duas situações, sendo a segunda um grave problema!

E finalmente, a constituição de 1946 acabou com a proibição do voto dos mendigos (BRASIL, 1946). Enfim, pode-se dizer que essa constituição foi bastante democrática, mas nem por isso conseguiu evitar as tentativas de golpe que ocorreram durante esse período. A constituição era democrática, mas o risco de ruptura institucional foi uma constante no período. Basta recordar que houve várias tentativas de golpe no período, entre elas, a tentativa de deposição de Getúlio Vargas e mesmo a tentativa frustrada de golpe no governo Juscelino Kubitschek. Sem contar é claro, na implantação às pressas do sistema parlamentarista, como forma de dificultar a ação política do popular João Goulart.

Nesse contexto, vale a pena recordar um pouco mais o papel do STF, que chancelou o papel dos militares de intervir constantemente na vida política do Brasil. Motivo: quando da morte de Vargas, Café Filho, seu vice assume a presidência da República. Todavia, ele sofre um ataque cardíaco, é internado, vindo então, a assumir a presidência primeiramente Carlos Luz (Presidente da Câmara dos Deputados) e depois Nereu Ramos (vice Presidente do Senado). Quando Café Filho pretende reassumir a Presidência da República, ele é impedido. Busca então a tutela jurisdicional, via mandado de segurança. Ocorre que o Ministro Sampaio Dória dentre outros do STF, denegaram o pedido, sob o fundamento de que estavam “[...] em face da imposição dos tanques e baionetas do Exército, **que estão acima das leis, da Constituição e, portanto, do Supremo Tribunal Federal [...]**” (COSTA, 2001, p. 140, grifo nosso). Se o próprio Supremo se colocava assim de maneira tão explícita, a sua subserviência em relação às Forças Armadas, imagine o aval dado a elas, bem como às forças políticas de ocasião, ao se proferir essa decisão!

Vê-se então, que boa parte das lideranças políticas do período, à esquerda e à direita, não eram democráticas. E tanto não o eram, que eclodiu-se o golpe de 1964, com algum auxílio dos EUA. O assunto é polêmico, mas parte da esquerda sonhava com uma Revolução ao estilo cubano e boa parte da direita, sob a batuta de Carlos Lacerda tinha grande apreço pela “caserna”, como mantenedora da ordem. Quanto à Democracia representativa, eram poucos que viam nela

um “valor em si³²”.

É bom frisar isso: o apoio civil ao golpe foi significativo.³³ Os militares não chegaram ao poder apenas por influência dos EUA. Chegaram por influência de parte da população, sobretudo os estratos médios, e organizações da sociedade civil como a OAB, CNBB, que queriam a saída de Goulart, visto como incompetente, marionete de comunistas, etc. Conta-se que *um milhão* de pessoas estava no dia seguinte ao golpe nas ruas do Rio de Janeiro comemorando a deposição do presidente Goulart, afora em outras cidades, inclusive Belo Horizonte. Talvez isso permita compreender um pouco a insistência da cúpula militar em falar “Revolução” (como será visto com mais detalhes logo a frente) para a deposição ilegítima do presidente em 1964. Por isso, que o mais “correto” é dizer *ditadura civil-militar*, até mesmo em termos levinasianos, na medida em que *estamos sempre responsáveis*, inclusive quando apoiamos o que não se devia...

2.7. Os direitos políticos e a Constituição de 1967 – A complexa teia que envolve o discurso de combate à corrupção e o uso do instituto das inelegibilidades para outros fins

Muitos aspectos podem ser discutidos em se tratando da ditadura civil-militar, mas concentrar-se-á nesse tópico naqueles referentes aos direitos políticos, bem como a interface dos mesmos com o tema da corrupção e das inelegibilidades. Por vinculação ao tema da LC nº135/2010, Lei da Ficha Limpa, convém fazer breves considerações à questão do discurso da corrupção dentre um dos motivos invocados para o golpe, até porque, o tema da corrupção foi

³² Conta-se que Leonel Brizola, por exemplo, um dos políticos expoentes da esquerda trabalhista no Brasil (dentre outros políticos da coalizão de esquerda no governo Goulart) tinha como lema **mobilizar as ruas para pressionar os deputados ou “na marra” para executar as reformas de base**. Sobre as aspirações golpistas da direita, já são mais conhecidas, com a atuação dos EUA por meio da ESG (Escola Superior de Guerra), os institutos empresariais como o IBAD (Instituto Brasileiro de Ação Democrática), em que empresas americanas chegaram a financiar candidatos de oposição ao governo Goulart, ou mesmo por meio do IPES (Instituto de Pesquisas e Estudos Sociais), que era um instituto de pesquisa que financiava palestras, artigos contra o comunismo, viagens aos EUA. **De maneira que a Democracia Representativa era pouco bem vista por ambos os lados**, o que não necessariamente quer dizer que a esquerda estava prestes também a dar um golpe (o que é um assunto mais polêmico ainda!) CARVALHO, José Murilo de Carvalho. **Cidadania no Brasil: o longo caminho**, 4ª Ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003 e SCHWARCZ, Lília Mortiz; STARLING, Heloísa Murgel, **Brasil: uma biografia**. 1ª ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2015.

³³ Aqui é preciso o cuidado de qualificar a adesão civil ao golpe, levando-se em conta a análise das classes sociais no período. Conforme pesquisa IBOPE, realizada em março de 1964, portanto, às vésperas do golpe, mas não divulgadas à época, 72% da população, apoiava o governo Jango. Vê-se, portanto, que entre as camadas mais pobres da população, o apoio ao golpe quase inexistiu. **O apoio foi considerável nos estratos médios e altos, sobretudo proprietários**. Maiores informações, conferir a reportagem: MARTINS, R. Verdade exumada: pesquisas captam um amplo apoio popular a Jango às vésperas do golpe, revela o historiador Luiz Antonio Dias. In. *Carta Capital*. São Paulo. 6 de novembro, 2013, p. 40-43.

“forte” no período e repercutiu também no instituto das inelegibilidades, como será visto à frente³⁴. Conforme a historiadora e cientista política Heloísa Starling:

Combater a corrupção e derrotar o comunismo: esses eram os principais objetivos que fermentavam os discursos nos quartéis, às vésperas do golpe que derrubou o governo João Goulart, em março de 1964. A noção de corrupção dos militares sempre esteve identificada com uma desonestidade específica: o mau trato do dinheiro público. Reduzia-se a furto. Na perspectiva da caserna, corrupção era resultado dos vícios produzidos por uma vida política de baixa qualidade moral e vinha associada, às vésperas do golpe, ao comportamento viciado dos políticos diretamente vinculados ao regime nacional-desenvolvimentista (STARLING, 2009, grifo nosso).

Para isso, logo no início do Governo Castelo Branco, instala-se a *Comissão Geral de Investigações (CGI)* destinada a identificar o envolvimento dos acusados de subversão à ordem, bem como de *corrupção*, por meio da abertura dos Inquéritos Policiais Militares. Com área de atuação em âmbito nacional, seus processos obedeciam a um rito sumário e seus membros eram recrutados entre os oficiais da Aeronáutica e da Marinha, que de algum modo, pretendiam utilizar a CGI a fim de construir uma base de poder paralela à Presidência da República.

Ainda conforme Heloísa Starling, o Ato Institucional n.º 5, editado em 13 de dezembro de 1968, deu início ao período mais repressivo do regime ditatorial brasileiro, pois suspendeu o *habeas corpus*, fechou o Congresso por um determinado tempo, cassou mandatos de vários políticos e excluiu da apreciação judicial atos decorrentes do regime. Ademais, ampliou o alcance dos mecanismos instituídos pelos militares para defender a “moralidade pública” (BRASIL, 1968). Uma nova CGI foi instalada no âmbito do Ministério da Justiça com a competência de realizar investigações e abrir inquéritos para cumprir o estabelecido pelo Artigo 8º do AI-5, em que o Presidente da República tinha a prerrogativa de poder confiscar bens de “todos quantos tenham enriquecido, ilicitamente, no exercício de cargo ou função pública” (BRASIL, 1968).

Todavia, as medidas de combate à corrupção não lograram êxito porque conforme a historiadora, a corrupção se amolda à natureza do regime militar também na sua associação com a tortura – o máximo de corrupção de nossa natureza humana (STARLING, 2009). Então, ainda que alguns presidentes militares tenham querido extirpar a corrupção, a natureza do regime não o permitia, uma vez que se assentava na tortura, no mandonismo.

³⁴ Sobre o tema da **corrupção**, o historiador Carlos Fico observa que a historiografia brasileira ainda não fixou o papel que o discurso “ético-moral” das Forças Armadas desempenhou na tarefa de legitimação do regime principalmente frente aos vários grupos militares. Para o historiador, uma melhor investigação sobre o tema poderia auxiliar a desvelar melhor a insuficiência da contraposição entre duros e moderados, que normalmente é o cerne das explicações sobre os conflitos experimentados no âmbito dos grupos que ocuparam o poder a partir de 1964 (FICO, 2004, p. 109 e segs.).

Quanto à tortura, necessário ainda assinalar que ela exigia da máquina judiciária, peritos, delegados, juízes dispostos a colaborar com provas inverossímeis, o que não deixa de ser um grande tipo de corrupção. Sem contar na falta de transparência e publicidade dos regimes autoritários, o que faz com que não se tenha sequer consciência do que ocorre nos “recintos do poder”!

Recuando um pouco no período, ainda em abril de 1964, editou-se o AI- 1, que vale a pena ser transcrito:

A revolução vitoriosa se investe no exercício do Poder Constituinte. Este se manifesta pela eleição popular ou pela revolução. Esta é a forma mais expressiva e mais radical do Poder Constituinte. Assim, a revolução vitoriosa, como Poder Constituinte, se legitima por si mesma (BRASIL, 1964).

Já foi citado aqui sobre a memória construída pelos militares em torno da “Revolução de 1964”. E a “Revolução”, legitimando a si mesma, cassou, por exemplo, os direitos políticos, pelo período de 10 anos, de expressivo número de líderes políticos, intelectuais, sindicais e até de militares! Não sem motivo, a atual constituição diz expressamente que **é vedada a cassação de direitos políticos**, sendo possível apenas a perda e a suspensão dos direitos políticos, nas hipóteses estipuladas pela mesma. Além disso, muitos funcionários públicos foram aposentados compulsoriamente, sindicatos sofreram intervenção. O AI-1 também introduziu a eleição indireta para presidente e vice-presidente da República, com a ressalva de que as próximas eleições, isto é, as de 03 de outubro de 1965, estavam mantidas conforme a Constituição de 1946 (BRASIL, 1964). Estamos esperando essa eleição até o momento presente! O povo brasileiro ficou por incríveis *29 anos* sem poder exercer o direito de escolha de seu presidente (de 1960 até 1989 para ser mais “preciso”).

Em outubro de 1965, editou-se o Ato Institucional nº 02, que dissolve todos os partidos políticos, (que como visto, estavam em expansão, a partir de 1945), e um pouco mais tarde, o governo estabelece o bipartidarismo, com os partidos ARENA (Aliança Renovadora Nacional, partido do governo) e o MDB (Movimento Democrático Brasileiro, partido de oposição “consentida”)³⁵ (BRASIL, 1965 a). O AI-2 aumentou demasiadamente os poderes presidenciais, permitido inclusive dissolver o Parlamento.

O AI-3, de fevereiro de 1966 acabou com as eleições diretas para governadores. O povo brasileiro ficou portanto, 16 anos sem poder escolher um governador (de 1960 até 1982)! Vendo essas medidas, fica-se com a impressão que as instituições não estavam funcionando. Todavia,

³⁵ Não se pode esquecer da luta armada como forma de ação política ocorrida no período.

um dado curioso e importante é que com exceção de pequenos interregnos, **o Congresso, por exemplo, permaneceu aberto e em funcionamento na maior parte do período!** Além disso, foram conservadas as eleições legislativas, (tanto para o Senado, quanto para a Câmara, assembleias estaduais, câmaras de vereadores), embora com restrições, como por exemplo, o caso dos senadores “biônicos”, que eram aqueles eleitos indiretamente a partir da escolha do governo.

Só para se ter uma ideia, até março de 1967, **quatrocentas cassações** de mandatos já tinham ocorrido no Brasil, e isso em um período em que o arbítrio embora existente, ainda não estava definitivamente instalado (não era ainda dezembro de 1968, quando editou-se o AI5). Contudo, se os direitos políticos eram severamente restringidos por um lado, com cassações de mandatos, suspensão de eleições diretas para presidente, governadores e prefeitos de capital, por outro lado, aumentou substancialmente, o eleitorado no período! Novamente, bem pontua José Murilo de Carvalho:

Mais estranho do que haver eleições foi o fato de ter o eleitorado crescido sistematicamente durante os governos militares. A tendência iniciada em 1945 não foi interrompida, foi acelerada. Em 1960, nas eleições presidenciais, votaram 12,5 milhões de eleitores; nas eleições senatoriais de 1970 votaram 22,4 milhões [...] Em 1960, a parcela da população que votava era de 18%; em 1986, era de 47%, **um crescimento impressionante de 161%. Isto significa que 53 milhões de brasileiros, mais do que a população total do país em 1950, foram formalmente incorporados ao sistema político durante os governos militares** (CARVALHO, 2003, p.167, grifo nosso).

Uma possível explicação para isso é primeiramente, o aumento demográfico verificado no período. Ademais, como segunda explicação, é que a ditadura brasileira de 1964-1985 como regra, não gostava de se apresentar como arbitrária. Ela se apresentava como democrática. A preocupação com a imagem no exterior, com a comunidade internacional também ajuda a compreender esse tipo de representação. Não era mais o tempo dos regimes de força nos países desenvolvidos, como o era no período varguista. Não sem motivo, que para quase tudo no Brasil à época, havia regulamentos, regras e leis! Um bom exemplo pode ser visto, quando Geisel decide colocar o Congresso em “recesso” em abril de 1977 com o objetivo de fazer uma reforma política e judiciária. O presidente determinou expressamente ao Ministério das Relações Exteriores, durante reunião do Conselho de Segurança Nacional, que informasse a todo o corpo diplomático que o “recesso do Congresso Nacional é baseado em lei” (CONSELHO DE SEGURANÇA NACIONAL, 1977, p. 25, grifo nosso).

Um certo apego pela “legalidade³⁶” então, pode explicar também do aumento consentido de eleitorado pelos militares. A pergunta a ser feita é: **Qual o conteúdo do voto exercido nesse período, quando os órgãos de representação por excelência, como o Congresso Nacional, e os partidos políticos são esvaziados de suas competências?** Evidente que o voto nessa situação não traduz bem a ideia de soberania popular. Parece mais uma encenação representada no “Teatro do Direito”, traduzindo em uma metáfora. Convém ainda recordar uma frase famosa proferida pelo ex-presidente João Figueiredo, já no ocaso do regime militar, em que certa vez disse “um povo que não sabe nem escovar os dentes não está preparado para votar”. Essa representação elitista sobre o voto esteve presente em todo o período militar, e não apenas no Governo Figueiredo, explica inclusive, porque a “intervenção militar” não foi provisória, ou no linguajar da época, porque a intervenção não foi “cirúrgica”, como alguns setores políticos chegaram a cogitar logo após o golpe (dentre eles o político da UDN Carlos Lacerda). E o mais grave é que até hoje, com a constituição chamada de *Cidadã*, tem-se a impressão de que em alguns setores da população, permanece esse pensamento sobre o voto.

Analise-se um pouco mais detidamente o aspecto jurídico do regime. Ainda sob a Constituição de 1946, o governo Castello Branco promulgou a Emenda nº 14, de 3 de junho de 1965, que determinava um novo regime para as inelegibilidades e exigia, entre outras coisas, que os candidatos a governador possuíssem domicílio eleitoral de pelo menos quatro anos no estado a cujo governo pleiteassem. A emenda criou, ainda, a possibilidade de que outros casos de inelegibilidades fossem definidos em lei, o que ocorreu logo em seguida, por meio da edição da Lei nº 4.738, de 15 de julho de 1965. Conforme registra Skidmore, a aprovação do projeto de lei do governo instituindo novos casos de inelegibilidade, além dos previstos na Constituição, se deu não só pela ameaça do decurso de prazo, mas também por forte pressão sobre o Congresso (SKIDMORE, 1988, p.94). Ademais, pela Constituição de 1946, a

³⁶ Muito se discute na Teoria Geral do Direito se o **Positivismo** colaborou ou não com regimes de exceção como o Nazismo, o Fascismo, o Stalinismo Soviético ou mesmo com a **ditadura civil-militar no Brasil**. Em um instigante texto, *Legitimação Incondicional com o Nazismo*, Álvaro Ricardo de Souza Cruz e Bernardo Augusto Ferreira Duarte colocam bem esse debate. Para os autores, em linhas gerais, é precipitado afirmar que os positivistas jurídicos foram adeptos de regimes autoritários, mesmo que eles em geral entendam por exemplo, que o Direito Nazista seja *Direito!* O que o **Positivismo Conceitual (na qual abarca quase todos os positivistas jurídicos conhecidos)** em tese busca é uma postura “moralmente neutra na definição de Direito” e não necessariamente que os juízes sejam neutros (isso conforme os autores é um **Positivismo Ideológico, este muitas vezes uma “caricatura dos detratores do Positivismo”, segundo o positivista Struchiner, à exceção da Escola de Exegese, que de fato se tratava de um Positivismo Ideológico**). Embora os dois tipos de Positivismo se aproximem, eles não se confundem, tanto que um positivista como Hart exigia a observância da *regra de reconhecimento* como requisito de *pedigree* para que uma norma pertencesse ao ordenamento jurídico. Outro positivista como Ferrajoli explicita que o positivismo deve ser crítico e operar apenas em regimes políticos democráticos. Para maiores informações ver o texto *Legitimação Incondicional com o Nazismo* em CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza (coord). **(O) outro (e) (o) direito**. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2015.

aprovação de uma Emenda Constitucional dependia de quorum de 2/3, o que o governo reduziu para maioria absoluta.

Vale a pena comentar um pouco mais detidamente a Lei de Inelegibilidades nº 4.738, de 15 de julho de 1965, porque ela mostra como o instituto do Direito Eleitoral das *Inelegibilidades* pode ser usado para muito além de dotar as eleições de lisura, como os manuais costumeiramente ensinam. Podem ser instrumentos de perseguição política! Conceitos, inclusive o de inelegibilidade, são *know how* e não *know that*³⁷, dependem pois do contexto em que são utilizados!

Art. 5º São inelegíveis até 31 de dezembro de 1965 os **Ministros de Estado que serviram em qualquer período compreendido entre 23 de janeiro de 1963 e 31 de março de 1964.**

Parágrafo único. Excetuam - se os que estejam desempenhando mandato legislativo e os que hajam ocupado ministérios militares.

Art. 6º São inelegíveis até 31 de dezembro de 1966 os que estavam ocupando cargo de Secretário de Estado nos últimos 12 (doze) meses do exercício de Governadores suspensos ou impedidos em decorrência do Ato Institucional ou por decisão da respectiva Assembléia Legislativa (BRASIL, 1965, grifos nossos).

Repare o casuísmo dos dispositivos: Bastava o candidato ter sido ministro do Governo João Goulart, no período em que retornou o sistema de governo Presidencialista, para que ele fosse declarado inelegível! Nomes como Celso Furtado, Darcy Ribeiro, San Tiago Dantas já sabiam de antemão que estavam fora do jogo eleitoral, se quisessem participar! É princípio básico do Direito (liberal) que a norma seja geral e abstrata, o que não ocorria no caso em tela.

Luis Viana Filho, que fora chefe do Gabinete Civil de Castello, aduz um dado muito importante para o que estamos comentando sobre o uso das inelegibilidades:

desde os primeiros embates sentira-se que o remédio estaria na Lei das Inelegibilidades (...). Fora fácil afastar Hélio de Almeida: bastou um dispositivo tornando inelegíveis, até 31 de dezembro de 1965, os que houvessem sido ministros de Estado entre 23 de janeiro de 63 e 31 de março de 1964. Depois verificou-se que a malha era estreita demais, e houve que a alargar excetuando os que tivessem desempenhado mandato legislativo, ou ocupado ministérios militares. Foi o meio de não alcançar o ex-ministro Carvalho Pinto, cuja dignidade todos respeitavam, e o general Krueel, que ajudara o movimento (VIANA FILHO, *apud* BARBOSA, 2012, p. 68, grifo nosso).

Hélio de Almeida, citado acima, fora Ministro de Aviação e Obras Públicas do Governo Goulart. Nesse sentido, não se pode deixar de registrar também os casos dos deputados

³⁷ O Segundo Wittgenstein, a partir da obra *Investigações filosóficas*, mostra como os conceitos não são constituídos *a priori*, não reproduzem a realidade, como a semântica tradicional afirmava, mas que funcionam à medida em que são usados e jogados na perspectiva dos falantes. O contexto de uso forja o sentido do conceito. Maiores detalhes sobre a filosofia da Linguagem, bem como da Pragmática Linguística ao longo do trabalho.

Sebastião Paes de Almeida e Marechal Henrique Teixeira Lott (RESPE nº 2.869/MG e AG nº 2.879/RJ, respectivamente), reconhecidos inelegíveis pelo TSE, após “manobras” do governo militar no uso casuístico das inelegibilidades.

Um registro importante do período refere-se à promulgação do **Código Eleitoral** brasileiro, Lei nº 4.737, de 15 de julho de 1965, que está em vigor até hoje e foi considerada uma legislação que trouxe significativas inovações, como: A instituição da cédula oficial para todo o país; a possibilidade do voto no exterior para presidente da república; a obrigatoriedade do eleitor de votar em candidatos do mesmo partido nas eleições para deputado federal e estadual, entre outras hipóteses (BRASIL, 1965 b).

Em 24 de janeiro de 1967, foi promulgada a primeira constituição do governo militar. Ela foi formalmente discutida e votada pelo Congresso Nacional, convocado extraordinariamente para esse fim (BRASIL, 1967). O AI-4 convocava o Congresso, que até então estava em recesso para discutir e votar a Constituição, em prazos bem exíguos. Paulo Bonavides, de maneira irônica, aduz que “o ato fixava um cronograma tão rígido para a apresentação, discussão e promulgação do texto que parecia mais tratar-se da abertura de uma nova estrada rodoviária ou da construção de mais uma ponte” (BONAVIDES, 1989, p. 430). Isso porque o projeto enviado pelo Governo chegou ao Congresso no dia 12 de dezembro de 1966 e a Constituição já foi promulgada no dia 24 de janeiro de 1967. Embora na redação da Carta, haja nomes do quilate de Themístocles Cavalcanti, Orozimbo Nonato, entre outros juristas (como Seabra Fagundes, que integrou inicialmente), como era de se esperar, tem-se uma constituição autoritária, com reforço dos poderes do Presidente da República (BRASIL, 1967).

Curiosamente, a Justiça Eleitoral continuava presente no texto constitucional, ao contrário da ditadura varguista. Previu-se e disciplinou-se os institutos da perda e suspensão dos direitos políticos. O sufrágio era considerado universal, e o voto direto e secreto, salvo os casos previstos na Carta (BRASIL, 1967). Todavia, tal constituição foi bastante alterada pelo EC 01/1969, outorgada pela Junta Militar, que assumiu o período durante o afastamento do general Costa e Silva. O ocorrido gerou o debate até hoje presente, se a Constituição do regime civil-militar era a de 1967 ou de 1969. Não se adentrará aqui nessa discussão. O jurista Themístocles Cavalcanti comentando a essa constituição à época, dizia que ela

politicamente, limita as possibilidades da área oposicionista, afasta os líderes carismáticos, anula a controvérsia eleitoral. Parece-me ser ele uma consequência lógica do sistema político em o *focus* do poder está nas mãos do Executivo. **De qualquer forma, ainda é cedo para fazer a crítica do regime político instituído pela Constituição vigente. Ela obedeceu a uma conjuntura, iniciada pela radicalização das posições políticas depois do governo Jânio Quadros. O erro foi**

a radicalização que divide a nação em dois campos e estabelece barreiras dificilmente eliminadas. A virtude do regime democrático deve residir no equilíbrio político, com a participação de todos os poderes do Estado (CAVALCANTI; BRITO; BALEEIRO, 1999, p.37-38, grifos nossos).

Eis um comentário de um dos grandes juristas do Brasil, mas “pouco crítico” ao regime de 1964, *ao menos inicialmente*. Isso revela como ao se tentar reconstituir o universo mental de boa parte da sociedade daquele período, tentando seguir as pegadas da *Escola dos Annales*, o “medo” do comunismo, sobretudo no contexto de guerra fria, influía de modo poderoso para que grandes mentes do Direito, por exemplo, dissessem que “ainda era cedo para fazer a crítica do regime”, mesmo reconhecendo no mesmo texto, que a constituição desse regime “anulava a controvérsia eleitoral”.

Todavia, o que nos interessa agora é a EC nº 01/1969, no art. 151, que trouxe diretrizes para elaboração de uma lei Complementar versando sobre inelegibilidades, como se verá a seguir:

Art. 151: Lei Complementar estabelecerá os casos de inelegibilidade e os prazos dentro do qual cessará esta, visando a preservar:

- I. o regime democrático
- II. a probidade administrativa
- III. a normalidade e a legitimidade das eleições contra a influência ou abuso do exercício de função, cargo ou emprego público da administração direta e indireta, ou do poder econômico; e
- IV. **A moralidade para o exercício do mandato, levada em consideração a vida progressa do candidato** (BRASIL, 1969, grifo nosso).

Eis a primeira vez que aparece o termo **vida progressa do candidato** no ordenamento jurídico pátrio (BRASIL, 1969), que como será visto, regressou ao ordenamento brasileiro com a Emenda Constitucional de Revisão nº 4 de 1994. A Lei complementar que estabeleceu os casos de inelegibilidade, consoante a emenda constitucional foi a LC nº05/1970, devendo-se trazer à baila, o seguinte artigo:

“Art. 1º: São inelegíveis:

I - para qualquer cargo eletivo: [...] os que tenham sido condenados **ou respondam a processo judicial, instaurado por denúncia do Ministério Público recebida pela autoridade judiciária competente** por crime contra a segurança nacional e a ordem política e social, a economia popular, a fé pública e administração pública, o patrimônio ou pelo direito previsto no art. 22 desta lei complementar, enquanto não absolvidos ou penalmente reabilitados (BRASIL, 1970, grifo nosso).

Repare a severidade dessa hipótese de inelegibilidade: bastava que o candidato respondesse a processo judicial, sendo a denúncia recebida pelo juiz competente para que ele fosse declarado inelegível. Provavelmente, tal severidade estava ligada à pretensão inicial dos

militares de combater a corrupção, como visto aqui, nos trabalhos da Comissão Geral de Investigações (CGI). Pretensão esta, que, como visto, foi pouco eficaz, dada a natureza do próprio regime, que se assentava em grande medida na tortura. Ademais, as inelegibilidades foram utilizadas também, para aspectos menos nobres do que o combate à corrupção, como por exemplo, forma de perseguição a dissidentes políticos como visto.

E como ficava o reconhecimento da presunção de inocência diante dessa hipótese de inelegibilidade tão gravosa aos direitos políticos do candidato? Bem, o TSE no julgamento do RESPE nº 4.466, cujo Relator era o Min. José Leitão de Abreu, em 23 de setembro de 1976, chegou a reconhecer a inconstitucionalidade desse dispositivo por incompatibilidade com o “princípio” da não culpabilidade. Não obstante, o STF não aderiu a esse entendimento, e em apertada maioria, em 17 de novembro de 1976, reformou a decisão, entendendo ser possível um candidato ser reconhecido inelegível apenas por denúncia recebida por juiz competente. O motivo é que, conforme a cátedra Gilmar Mendes, sob a Relatoria à época do Ministro Thompson Flores:

recusou-se [...], a posição que acolhia o princípio da presunção da inocência como integrante da ordem constitucional brasileira por força da cláusula de remissão contida no art. 153 § 36, da Constituição de 197/1969. E, ainda que assim fosse, entendeu-se que a não culpabilidade não era apta a impedir a adoção de medidas restritivas a direitos de eventuais acusados no processo eleitoral (MENDES, 2015, p.538).

A cláusula de remissão contida no art. 153 § 36 dizia que “A especificação dos direitos e garantias fundamentais expressos nesta Constituição não exclui outros direitos e garantias decorrentes do regime e dos princípios que ela adota” (BRASIL, 1969). Discutia-se portanto, se por meio desse artigo, a Constituição de 1967 (alterada pela emenda constitucional nº 01 de 1969), adotava ou não o “princípio” da presunção de inocência. O TSE, então, reconheceu que a presunção de inocência vigorava no ordenamento jurídico pátrio por força dessa cláusula, bem como também por força da Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948, da qual o Brasil era signatário.

Já o STF, ao contrário, não reconheceu o mesmo. De qualquer maneira, o não reconhecimento da aplicação da presunção de inocência pelo STF, gerou “um mal estar” nos meios jurídicos. E o constrangimento foi tanto, que o próprio regime civil-militar em 14 de abril de 1977 alterou o art. 151 IV da Constituição de 1967, já comentado aqui, por meio da EC nº 08/1977. A expressão “levada em consideração a vida pregressa do candidato”, dentre as hipóteses de inelegibilidade foi retirada pela Emenda Constitucional. Posteriormente, foi editada uma nova Lei Complementar, a LC nº 42/1982, que passou a exigir sentença condenatória para a configuração da inelegibilidade do candidato.

Ainda analisando a Constituição de 1967, acrescida da EC nº01 de 1969, no tocante aos direitos políticos, convém tratar novamente um pouco da situação política dos militares. Antes de mais nada, cabe fazer um pequeno adendo em relação aos militares e o regime implantado em 1964. Desde a proclamação da República, verifica-se uma atuação constante dos militares na vida política do país. Essa atuação caiu ao longo da Primeira República, mas voltou a aumentar com o Movimento Tenentista no início da década de 1930. Cresceu ainda mais com a Revolução de 1930 feita por um golpe militar, embora não exclusivamente militar. A atuação dos militares cresceu também em importância na ditadura do Estado Novo, como já narrado aqui. Diminuiu um pouco no Governo Dutra (embora ele próprio fosse um militar), mas voltou a crescer no segundo Governo Vargas e no começo do Governo JK. A atuação dos militares na vida política aumentou especialmente no Governo Goulart, gerando instabilidades e até a deposição do mesmo!

Contudo, em todas essas intervenções anteriores a de 1964, os militares “depunham um governo” e “entregavam” de novo o governo para os civis. Esse era o padrão de intervenção! No caso de 1964, a intervenção militar foi diferente. Eles vieram para permanecer no poder! E isso de algum modo refletiu em como os militares foram tratados na Carta de 1967. Eles detinham capacidade política ativa e passiva, isto é, com exceção dos praças de *pré*, conforme o art. 150 §2, podiam votar e serem votados, com o detalhe de **poderem se candidatar até mesmo sem se vincularem em nenhum partido!** (BRASIL, 1969). **Uma clara violação do princípio da isonomia**, na medida em que para civis era necessário estarem vinculados a partidos.

A Constituição de 1967 previa pelo art. 151 d, também a inelegibilidade do cônjuge e dos parentes consanguíneos ou afins até o terceiro grau ou por adoção dos chefes do Executivo no território de jurisdição do titular (BRASIL, 1969), aumentando portanto, um grau a inelegibilidade, em relação à Carta de 1946 (BRASIL, 1969). Pontes de Miranda comentava à época que “o mal do parentesco é menos quanto aos cargos eletivos que quanto aos outros cargos públicos, em que a nomeação depende dos Chefes do Poder Executivo, ou de pessoas que eles nomearem, ou de pessoas que politicamente deles dependem” (sic, MIRANDA, 1974, p. 602). Quão atual se mostra essa assertiva!

Em 1979, a Lei nº 6.767 extinguiu o bipartidarismo e restabeleceu o pluripartidarismo no país. A Arena transforma-se no PDS (Partido Democrático Social), o MDB em PMDB (Partido do Movimento Democrático Brasileiro). Surgiu o PDT (Partido Democrático Trabalhista, sob a liderança de Leonel Brizola), sem contar na grande novidade no momento, que foi a criação do PT (Partido dos Trabalhadores) em 1980. Este último, surgido de três

frentes principais: comunidades eclesiais de base da Igreja Católica, sindicatos e metalúrgicos do ABC, além de um grupo de intelectuais. É também restabelecido o sistema de voto direto nas eleições para governador e senador, por meio da Emenda Constitucional nº 15/1980.

2.8 Os direitos políticos e a constituição de 1988: A “Nova República” e a ampliação dos direitos de cidadania

Em 1984, ocorreu a famosa Campanha das *Diretas Já*, em que se buscava, como o próprio nome indica, em meio a muitas manifestações cívicas pelo país, a realização de eleições diretas, sem intermediários, sem Colégio Eleitoral. Todavia, mesmo como a consequente rejeição da Emenda Dante de Oliveira (que estruturava a Campanha das Diretas Já), encerrou-se formalmente, o ciclo autoritário no Brasil.

A transição do regime civil-militar para o democrático se deu novamente com muitas negociações e acomodações entre as diversas elites políticas, como aliás, é possível assistir em boa parte da história política brasileira³⁸. Utilizando-se de uma linguagem mais poética, pode-se indagar, “como que no Brasil, o que é *velho* na política se amálgama rapidamente no *novo* e o que é *novo*, muitas vezes, torna-se em questão de segundo *velho*”. Basta ver o slogan da época: **Nova República**. Em que a Nova República era **nova**? O regime político mudara, agora era democrático, mas as práticas políticas mudaram tanto assim (incluindo o tempo presente)? Esse assunto não será mais objeto de aprofundamento nesse tópico, mesmo porque, talvez daria um capítulo inteiro. O que será objeto de aprofundamento será, como foi até então na pesquisa, a questão da (des) construção dos direitos políticos. E nesse ponto, algo muito importante ocorreu em 1985: **a reintrodução do voto do analfabeto pela Emenda Constitucional nº 25**, agora em caráter facultativo (BRASIL,1985)! Nunca é demais lembrar: os analfabetos ficaram 104 anos sem o direito fundamental de participar da vida política do país, pois ficaram 104 anos sem o direito de votar!

Em fevereiro de 1987, instalou-se a Assembleia Nacional Constituinte, que estava mais para Congresso Nacional Constituinte, pelo fato de essa assembleia não ter sido exclusivamente eleita para a elaboração da Constituição. Após intensa participação popular, com envio de milhares de cartas aos constituintes com as mais variadas propostas, embora, é verdade, com

³⁸ Como a Independência brasileira, feita a partir do príncipe regente português; ou então, a proclamação da República, em que monarquistas de até então, mudaram de lado e de última hora, se tornaram republicanos, cujo maior exemplo foi Rui Barbosa; ou mesmo a Revolução de 1930, feita em boa medida contra os oligarcas da Primeira República, mas na qual, a figura de Getúlio Vargas também encarnava de algum “o líder caudilho”, entre tantos outros exemplos de transição política no Brasil, que revelam diversas acomodações entre as velhas e as novas elites políticas.

interferências também do presidente Sarney, é promulgada a Constituição de 1988, denominada por Ulisses Guimarães, baluarte da constituinte, de **Constituição Cidadã**.

Em discurso emocionado no dia da promulgação da Constituição, Ulisses Guimarães dissera que no texto constitucional que ora passava a vigorar, havia “representativo e oxigenado sopro de gente, de rua, de praça, de favela, de fábrica, de trabalhadores, de cozinheiras, de menores carentes, de índios, de posseiros, de empresários, de estudantes, [...]” (BONAVIDES, 1989, p.922). Em uma primeira impressão, o texto constitucional brasileiro aparentemente é belo, mas apresenta problemas também, como por exemplo, a elevada necessidade de edição de leis complementares à sua integração, o que muitas vezes não ocorre.

E quanto à questão dos direitos políticos na Carta Cidadã, pode-se dizer que “os direitos políticos adquiriram amplitude nunca antes atingidas” (CARVALHO, 2003, p.199), a começar pela confirmação do voto do analfabeto, já introduzido em 1985. Como foi visto, houve um aumento significativo do eleitorado no regime civil-militar, mas ainda havia um grande óbice que era a vedação do voto do analfabeto. Estimativas apontam que em 1990 havia ainda cerca de 30 milhões de analfabetos. Esse número podendo votar não deixava de ser uma importante franquia eleitoral e um importante avanço democrático. Todavia, os analfabetos continuam ineleáveis. A Constituição foi liberal também no critério idade, abaixando a idade mínima de votar, de 18 para 16 anos, com a possibilidade do voto facultativo. Continua vedado o voto dos conscritos.

Todavia, a par da ampliação dos direitos políticos ocorrida com o texto constitucional atual, o processo de inclusão política ainda não está acabado, como se tende a pensar (e nunca estará!). Um exemplo “gritante aos ouvidos de todos” é o que muitas vezes ocorre na prática, **o de presos sem condenação transitada em julgado** não votarem. O art. 15 inciso III da Constituição aduz que é vedada a cassação de direitos políticos, cuja perda ou suspensão só se dará n os casos de *condenação criminal transitada em julgado* (BRASIL, 1988). Presos sem condenação transitada em julgado não são cidadãos?

Outro caso de “incompletude” do sufrágio universal dos direitos políticos refere-se aos indígenas. Eles precisam de comprovação de quitação do serviço militar para votarem³⁹? Cabe ainda nos tempos hodiernos a divisão entre *índios integrados* e *índios em vias de integração*? Parece que não, pois não é mais permitida uma política oficial do Estado de assimilação forçada das etnias indígenas, como foi possível na constituição anterior.

³⁹ O TSE, por meio da Resolução n. 20.806, de 15 de maio de 2001, por unanimidade fixou que somente aos indígenas integrados se impõem a exigência de alistamento eleitoral, estando de fora portanto, os índios isolados e os em via de integração.

Não se pode deixar de mencionar ainda, o caso das mulheres. Conforme visto, desde 1932, há a previsão legal para a sua possibilidade de votar. Contudo, até hoje, poucas ocupam cargos políticos. Se por um lado se assiste a uma maior participação feminina no setor privado, inclusive em cargos de direção, por outro lado, pouco se assiste de participação feminina no tocante à ocupação de cargos políticos. Em virtude disso, a Lei 9.504/97, por meio do art. 107 § 3, estipula que os partidos devem reservar no mínimo 30 % das vagas para as mulheres. Infelizmente, a eficácia dessa lei ainda tem sido pequena, pois ainda é prática, a direção dos partidos escolher candidatas apenas para cumprir com o percentual.

Os direitos políticos, portanto, vêm positivados especifica, mas não exclusivamente no Capítulo IV da Constituição, compreendendo os arts. 14 ao 16 (BRASIL, 1988). Como já explanado, as normas relativas aos *Partidos Políticos*, no art. 17, embora estejam fora da localização topográfica dos direitos políticos, inserem-se nos mesmos. Os direitos e garantias albergados nesses artigos são *fundamentais*⁴⁰, dotados portanto, de aplicabilidade imediata (art. 5§ 1º), vinculam diretamente os atores estatais e ademais, gozam da condição de “cláusulas pétreas” (art. 60 § 4, incisos II e IV), pois é vedado a deliberação de normas tendentes a abolir o voto direto, secreto, universal e periódico (BRASIL, 1988).

Um aspecto importantíssimo da Constituição de 1988, é que ela inovou na abordagem da soberania popular. Essa se expressa pelo sufrágio universal e voto direto, secreto, periódico (instrumento tradicional da democracia representativa), mas também pelo plebiscito, referendo e iniciativa popular (instrumentos da democracia direta). O parágrafo único do art. 1º da Constituição é “claro⁴¹” quanto a isso, “Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou *diretamente*, nos termos desta Constituição”. Após essa dicção constitucional, cabe a provocação feita por Brecht, citada por Ingo Sarlet: “numa democracia todo o poder emana do povo, mas para onde mesmo ele vai...?”(BRECHT *apud* SARLET, 2013, p.659).

O eleitoralista Marcos Ramayana aponta algo que é muito sério, oriundo da Constituição

⁴⁰ Como direitos fundamentais, os direitos políticos apresentam o que tradicionalmente se chama na doutrina de “dimensão subjetiva e objetiva”, isto é, asseguram posições subjetivas ao titular dos mesmos, denominado de *cidadãos*, de participação na formação da vontade política estatal (dimensão subjetiva), bem como apresentam uma dimensão objetiva, isto é, os direitos políticos “assumem a condição de direitos à prestações, que por sua vez, abarcam tanto prestações em sentido amplo (incluindo prestações normativas) quanto direitos a prestações materiais, por exemplo, que sejam colocadas à disposição de eleitores as condições fáticas para o exercício de seu direito-dever” (SARLET, 2013, p.665).

⁴¹ A palavra **claro** aparece em aspas no texto porque ao se atentar para a fenomenologia contemporânea, com nomes como de Heidegger e Gadamer, um dispositivo nunca é claro o suficiente, visto que o intérprete, enquanto SER-ÁÍ, é ambíguo, “jogado” e aberto para o mundo, um ente em permanente construção, cuja compreensão de um texto se faz em “círculos”, isto é, do confronto entre seus pré-conceitos com o texto propriamente dito, em uma tarefa possível, mas **infinita!**

de 1988 e que está hoje no “fogo cruzado” do tema da *Reforma Política* contemporânea, que é:

os partidos políticos passaram a ser considerados pessoas jurídicas de Direito Privado, **sendo livre sua criação** junto ao registro civil, **restando-lhe apenas registrar seus estatutos no Tribunal Superior Eleitoral, sem maiores indagações sobre sua constituição e organização**, devendo conter, em seus estatutos, sanções sobre infidelidade partidária, entre outras (RAMAYANA, 2008, p.15, grifo nosso).

É evidente que esse tema não será descortinado com a profundidade merecida, apenas será rapidamente pincelado, pela correlação entre Reforma Política e os direitos políticos, visto que estes não podem ser entendidos apenas como direito de votar e ser votado. Se hoje há mais de 30 partidos, constituídos livremente e recebendo o fundo partidário livremente, mesmo que sem representatividade, isso é democrático? Ou isso não passa de uma prática fisiológica em nome de um suposto “pluralismo partidário democrático”? Fica-se como primeira impressão, que se no regime civil-militar, a restrição à constituição partidária era excessiva, hoje, talvez seja liberalizante demais. A fragmentação partidária hodierna brasileira é uma das maiores do mundo, e gera um problema muito sério na governabilidade do Brasil, na formação das maiorias, seja qual partido for na condução do governo. Mas o tema é bem complexo e merece maiores análises que não cabem nesse espaço⁴². Tudo isso na verdade, trata-se da tão controvertida e necessária *Reforma Política*, que boa parte dos agentes políticos, sabedores da importância da mesma, ainda assim se esquivam dessa agenda.

A Constituição atual trouxe como causas de inelegibilidade no art. 14 § 4 da CR os *inalistáveis* e os *analfabetos* (hipóteses de inelegibilidade absolutas⁴³, segundo a doutrina). São inalistáveis os estrangeiros (exceto os portugueses nesse aspecto equiparados aos nacionais), os conscritos (militares em serviço militar obrigatório), menores de 16 anos, além dos absolutamente incapazes (BRASIL, 1988).

⁴² É bom lembrar que o STF já teve oportunidade de analisar esse tema e vedou a **cláusula de barreira**, que era justamente o instrumento jurídico que de certo modo, limitava “a farra na constituição dos partidos”. Tratou-se do julgamento das ADIs 1351 e 1354, ajuizadas, respectivamente, pelo Partido Comunista do Brasil (PCdoB) e pelo Partido Socialista Cristão (PSC) em torno da inconstitucionalidade de dispositivos da Lei [9.096 /95](#) (Lei dos Partidos Políticos). O fundamento em resumo do STF para a vedação da cláusula de barreira é que ela asfixiaria de morte determinados partidos ideológicos, que representam determinados segmentos da sociedade.

⁴³ O grande “apreço” que as ciências modernas ocidentais, dentre elas o Direito, nutrem por **taxionomias**, no caso aqui, entre **inelegibilidades absolutas e relativas**, mereceu uma crítica aguda de um dos maiores filósofos do século XX, Heidegger. Para ele, não é que necessariamente o cientista ou o intérprete tenham que “abandonar” todas as classificações por serem incorretas *a priori*. O que o filósofo salienta é que toda classificação implica necessariamente uma redução, pois “as ciências são modos de ser da pre-sença” (Heidegger, 2004, p.38). As ciências então, possuem o modo de ser do *Dasein*, como este é abertura, um “poder-ser”, um “vir-a-ser”, nenhum método é capaz de abarcar toda a compreensão humana. Os métodos muitas vezes, servem para confirmar o que já se sabe de antemão!

Questão que ainda gera alguma polêmica é a inelegibilidade do analfabeto. Como abordado no presente trabalho, foi muito difícil o analfabeto lograr êxito no seu direito ao voto! É justo e democrático proibir que o analfabeto seja eleito? Ou por outro lado, é mais sensato pensar que dada a complexidade sempre crescente da Administração Pública contemporânea, bem como da sociedade, é mais correto que o candidato esteja minimamente preparado para o exercício de suas funções?⁴⁴Esse debate não será aprofundado aqui (por fugir do tema do trabalho). Apenas algumas problematizações são colocadas, para que o estudo dos direitos políticos não seja feito de maneira acrítica e dogmática, não levando em conta a abertura do *dasein*!

Como é feita a comprovação da escolaridade do analfabeto? O constitucionalista Ingo Sarlet aduz que “[...] tratando-se de restrição a direito fundamental, doutrina e jurisprudência têm sido flexíveis na matéria, admitindo-se tanto comprovantes de escolaridade sem consideração do tempo efetivo de escolaridade, quanto declarações de próprio punho.” (SARLET, 2013, p. 678). Ademais, o teste a ser realizado pelo juiz tem que ser individual em caráter reservado, de maneira que o candidato não seja submetido a constrangimento e humilhação.

Outra hipótese de inelegibilidade no texto constitucional (BRASIL, 1988), refere-se ao cônjuge e aos parentes consanguíneos ou afins, até o segundo grau ou por adoção, dos chefes do Executivo nas três esferas de competência, bem como de quem os haja substituído dentro dos seis meses anteriores ao pleito, salvo se já titular de mandato eletivo e candidato à reeleição, no território de jurisdição do titular, conforme (art.14 §7). Essa é uma hipótese de inelegibilidade, considerada pela doutrina de *relativa*, que, não é nenhuma novidade no texto constitucional, pois como explanado, a primeira constituição republicana criou hipóteses de inelegibilidade para os cargos de presidente e vice-presidente dos respectivos parentes consanguíneos e afins de primeiro e segundo graus, com o objetivo de evitar a formação e perpetuação de oligarquias no poder.

Situação peculiar refere-se à *relação estável homoafetiva*, de concubinato e de

⁴⁴ O debate sobre a **necessidade de qualificação do governante**, já se encontrava presente em Platão, que conhecidamente era um crítico à democracia como regime de governo. Dizia o filósofo: “**enquanto não forem, ou os filósofos reis nas cidades, ou os que agora se chamam reis e soberanos filósofos genuínos e capazes, e se dê esta coalescência do poder político com a filosofia** [...], não haverá trégua dos males [...] para as cidades, [...] nem sequer [...] para o gênero humano, nem antes disso será jamais possível e verá a luz do sol a cidade que há pouco descrevemos” (PLATÃO, 2008, p. 170). Para o filósofo então, o governante, além de ter de ser um filósofo (no sentido de sábio que conhece às *Formas*, que conhece portanto às *Ideias*), o governante “é como se fosse o condutor de uma embarcação”, não pode ser “qualquer um do povo”. Motivo: Ninguém faz uma eleição para escolher o condutor de um barco, pelo contrário, escolhe-se o mais competente para o exercício dessa função. Nessa perspectiva, o analfabeto, ou mesmo alguém com alfabetização precária, jamais poderiam ser elegíveis e a inelegibilidade absoluta do ordenamento jurídico brasileiro para esse caso estaria correta. O argumento de Platão, baseado na clássica separação entre *doxa* e *episteme*, comporta alguma racionalidade, mas não esconde seu caráter claramente elitista!

casamento. A inelegibilidade por parentesco e cônjuge constante no art. 14§ 7 da CR vale para esse caso? No Recurso Especial n.24.564 no TSE, sob a relatoria do Ministro Gilmar Mendes, decidiu-se que “os sujeitos de uma relação estável homoafetiva, à semelhança do que ocorre com os de relação estável, de concubinato e de casamento, submetem-se à regra de inelegibilidade prevista no art. 14§ 7, da Constituição Federal”. Eis aqui a aplicação do princípio da isonomia⁴⁵.

Importante hipótese de inelegibilidade prevista no texto constitucional original é a presente no art. 14, § 9º, em que se previu a edição de lei complementar para estabelecer outras hipóteses de inelegibilidade e os prazos de sua cessação, a fim de proteger a normalidade e legitimidade das eleições contra a influência do poder econômico ou o abuso do exercício de função, cargo ou emprego na Administração direta ou indireta (BRASIL, 1988). Em atendimento a esse comando constitucional, foi editada a Lei Complementar nº 64, de 18 de maio de 1990, Lei de Inelegibilidades, e que se encontra em vigor, embora profundamente alterada pela LC nº 135, Lei da Ficha Limpa.

A Lei Complementar nº64 de 1990, previa originariamente, os casos em que os candidatos a cargos públicos seriam inelegíveis, como por exemplo, aqueles condenados por prática de abuso de poder político ou econômico, **mediante sentença transitada em julgado**; parlamentares que perderam o mandato por conduta incompatível com o decoro parlamentar; condenados criminalmente com sentença transitada em julgado; bem como ocupantes de cargo público que não tenham desincompatibilizado no prazo fixado, entre outras hipóteses.

Referida lei albergava também a rejeição das contas prestadas pelos administradores públicos ao Tribunal de Contas e ao Parlamento, como causa excludente do direito a participar das eleições como candidato (BRASIL, 1990). Mas em todas as hipóteses, frise-se, exigia-se trânsito em julgado da sentença condenatória para se declarar um candidato inelegível ou não. Todavia, essa lei não foi muito “eficiente” na punição aos agentes públicos corruptos, pois bastava um simples ajuizamento de ação, para por exemplo, se suspender todo o trabalho do Tribunal de Contas, que o candidato poderia disputar as eleições. O pleiteante ao cargo público não precisava nem de uma decisão liminar para poder participar do certame eleitoral. Ademais, quando os políticos eram alcançados pelo trânsito em julgado nos processos em que fossem condenados, ficavam inelegíveis por apenas *três anos*, no máximo cinco nos casos de desaprovação de suas contas públicas.

Veja pelo caráter exíguo dos prazos: Quase que no mesmo mandato em que o candidato

⁴⁵ Tratava-se no caso do pedido de impugnação da candidatura da pleiteante ao cargo de Prefeita do Município de Viseu, no Estado do Pará, que mantinha relação de união estável homoafetiva com a Prefeita reeleita da mesma cidade.

foi punido, ele poderia se preparar para disputar as eleições subsequentes! Como será visto, esse prazo padrão de *três anos* de inelegibilidade da LC nº64 de 1990 (BRASIL, 1990) foi ampliado para *8 anos* de inelegibilidade com a LC nº 135/2010(Lei da Ficha Limpa), após a extinção de punibilidade!

Todavia, os sucessivos escândalos de corrupção, como o famoso escândalo dos *Anões do Orçamento*, no início dos anos de 1990, provavelmente, de algum modo, contribuíram para a indignação popular e para a promulgação da Emenda Constitucional de Revisão (ECR) nº 4, de 1994, que altera a redação original dada ao art. 14, § 9º, da Constituição Federal, inserindo a necessidade de proteção, pela lei complementar que tratasse das inelegibilidades, **da probidade administrativa e da moralidade para o exercício do mandato, considerada a vida pregressa do candidato** (BRASIL, 1994, grifo nosso). Eis o incrível retorno da expressão usada durante a ditadura civil-militar, **vida pregressa do candidato**, agora no contexto democrático!

A grande questão é como ler a mesma expressão presente na Carta autoritária anterior (vida pregressa do candidato) sob novo enfoque, que é a do Estado Democrático de Direito. Isso será feito ao longo do presente trabalho, mas cabe adiantar, que uma norma não é apenas texto, e sim também contexto, é plenamente possível o uso de uma mesma expressão com leituras diferentes⁴⁶.

É importante ainda considerar que o “princípio” da moralidade constitui, a partir da Constituição de 1988, pressuposto de validade de todo o ato da Administração pública (BASTOS, 1998, p.44), permitindo inclusive a anulação de atos administrativos aparentemente válidos, por **desvio de finalidade**, bem como a **ação popular** (art. 5, LXXIII), além das várias penalidades previstas para quem incorre em improbidade administrativa (BRASIL, 1988). Pode parecer “um moralismo desgarrado”, mas não o é, pois um país com histórico de tradição patrimonialista como o Brasil, o ideal de moralidade pública do agente político e de todos os particulares que lidam com a Administração, desde que se respeitando simultaneamente os direitos fundamentais, pode fortalecer a ideia de República, tão carente nestes trópicos.

Pois bem, com base no dispositivo art. 14, § 9º, nas eleições 2006, o TRE carioca denegou os pedidos de registro de candidatos que eram *réus em processos criminais*, por considerar que lhes faltava adornos morais. O TRE carioca e outros juízes eleitorais, começaram a tratar esse dispositivo constitucional como *autoaplicável*, enquanto o texto

⁴⁶ Em grande medida, a constituição americana, tão celebrada por sua durabilidade, celebrada também por conta de suas poucas alterações formais, por seu caráter sintético, também se opera dessa forma. A constituição americana apresentou várias mudanças de sentido ao longo do tempo, com o emprego muitas vezes das mesmas palavras. Nesse sentido, ela foi alterada inúmeras vezes, mais do que muitos pensam!

constitucional dizia da necessidade de lei complementar para “definir” outros casos de inelegibilidade.

Em 2008, a Corte Superior do TSE, na Consulta nº 1.621/PB editou a Resolução nº 22.842, em que por maioria, assentou-se entendimento de que na ausência de Lei Complementar não cabia ao Poder Judiciário estipular critérios de avaliação de vida pregressa de candidatos.

O STF no julgamento da ADPF Nº144/DF, em sessão de 6 de agosto de 2008, reiterou o posicionamento do TSE da não autoaplicabilidade do art. 14§9 da CR.

O eleitoralista José Jairo Gomes traz à rememoração os seguintes fatos:

Ante a resistência às ações moralizadoras da vida pública brasileira, desenvolveu-se amplo movimento nacional denominado “Movimento de Combate à Corrupção Eleitoral (MCCE)”. Aliando-se a diversas entidades, tal Movimento organizou a coleta de assinaturas em todo o país para apresentação ao Congresso Nacional de Projeto de Lei de Iniciativa Popular que impedisse a candidaturas de pessoas inidôneas para ocupar cargo público, mormente as que tivessem contra si sentença penal condenatória em determinados delitos. Após recolher mais de 1,3 milhão de assinaturas, tal Projeto foi apresentado ao Congresso no dia 29 de setembro de 2009 (GOMES, 2013, p 196).

Disso surgiu a LC nº 135/2010, (Lei da Ficha Limpa), que conferiu nova redação à alínea e, I, art. 1 da LC nº 64/ 90 (Lei das Inelegibilidades) prevendo a hipótese de inelegibilidade de 8 anos para quem tiver contra si **processo criminal** pendente ainda que a sentença ou acórdão não tenham transitado em julgado nos crimes contra a economia popular, fê pública, Administração Pública, o patrimônio público, sistema financeiro, contra meio ambiente, de lavagem ou ocultação de bens, de redução à condição análoga de escravidão, ente outros delitos (BRASIL, 2010).

Aludida lei também fixou como causa de inelegibilidade decisão condenatória proferida por órgão colegiado, em **ações de improbidade administrativa**, desde que presentes os pressupostos do dolo, lesão ao patrimônio público ou enriquecimento ilícito. Ademais, referido diploma legal também se aplica às **decisões da Justiça Eleitoral** reconhecendo o abuso de poder e a corrupção eleitoral (BRASIL, 2010).

Repare portanto, a complexidade que envolve a Lei da Ficha Limpa. Essa lei engloba portanto, “tipos” penais, civis e eleitorais, o que deixa o debate em torno de sua (in) constitucionalidade mais acalorado, na medida em que ela é uma lei eleitoral, mas que envolve até tipos penais, como por exemplo condenação por tráfico de entorpecentes! E tudo isso, prescindindo da condenação do trânsito em julgado para declarar um candidato inelegível!

Como dito alhures, referida lei costuma ser lida basicamente como uma “colisão” entre os “princípios” da moralidade administrativa (art.37 da CR) e o princípio da presunção de inocência (art. 5º, LVII da CR). Isso gerou e gera vários questionamentos na seara jurídica, até

que no julgamento conjunto da ADC N°29 e 30 e da ADI n° 4578, o STF, por maioria apertada, considerou-se válida a condenação por um órgão colegiado para declarar que um candidato seja inelegível.

Dois blocos no STF se formaram: de um lado ministros fizeram deferência ao **apelo da soberania popular** (visto ter sido fruto de iniciativa popular com mais de 1 milhão de assinaturas), além do atendimento ao princípio da moralidade administrativa, em síntese. Nesse sentido, bem expressivo é o voto do Ministro Joaquim Barbosa, que diz que votaria “**sob a ótica de proteção dos interesses públicos e não dos puramente individuais**” (BRASIL, 2010). O outro bloco fincou raízes na segurança das relações jurídicas que o indivíduo deve ter em face do Estado, sendo portanto, absolutamente indispensável para ele o trânsito em julgado para formação de culpa, não havendo motivo de ordem superior algum autorizador da mitigação desse direito fundamental.

2.9 Um giro redondo do processo histórico de “(des) construção” dos direitos políticos no Brasil

Por ora, o que se buscou neste capítulo, como dito na introdução, à semelhança de um fotógrafo, que toma com suas lentes distância do objeto fotografado, é uma historicidade dos direitos políticos no Brasil, “uma visão de conjunto” a respeito do processo de (des) construção dos mesmos. E nesse horizonte de sentido mais amplo, o que se viu até aqui, é que os direitos políticos são direitos fundamentais, mas que não foram gestados de maneira linear e progressiva, como às vezes se tende a esperar. Se em países como a Inglaterra, verifica-se uma certa dinâmica de direitos civis, políticos e sociais em sequência, como indicam os estudos de T. H. Marshall (1967) no clássico *Cidadania, Classe social e Status*; no Brasil o que se atesta, é a não linearidade e progressividade na gestação dos direitos fundamentais, em especial dos direitos políticos, objeto do capítulo. Constata-se por aqui, a pouca valorização dos direitos políticos e civis, seja pelas autoridades, seja até mesmo pela sociedade, levando a uma situação de **estadania**, ou seja, “ (...) uma cultura orientada mais para o Estado do que para a representação” (CARVALHO, 2003, p.221).

A estadania é uma degenerescência em que ao invés das pessoas se organizarem autonomamente e coletivamente na sociedade, no pleito de seus interesses e direitos, busquem ao revés, um emprego ou um favor do Estado, especialmente do Executivo, quando não um “messias” ou um “salvador da pátria” na condução dos negócios públicos. Uma das razões prováveis para isso, apontada por José Murilo de Carvalho (2003) é que por aqui, vieram

primeiramente os direitos sociais (especialmente no Estado Novo com a legislação trabalhista), com severas restrições de direitos políticos e civis. Posteriormente repetiu-se essa fórmula na ditadura civil-militar de 1964/1985 (com algum “avanço” nos direitos sociais, como por exemplo, com o FUNRURAL, com a universalização do sistema de previdência, avanço social este, bem menor do que o verificado na ditadura varguista, acompanhado de severas restrições políticas e civis).

A combinação então de repressão e paternalismo tem sido uma constante na história política brasileira de 1930 para cá, o que dificulta a valorização dos direitos políticos e civis, na visão do autor. E por fim, até hoje, os direitos civis não são respeitados nas comunidades mais carentes da sociedade. Comparando com o caso inglês, no caso brasileiro, “a pirâmide dos direitos foi invertida.”

O fenômeno da estadania de algum modo dialoga com a tese de Faoro de que no Brasil, “no soberano concentram-se todas as esperanças, de pobres e ricos, porque o Estado reflete o polo condutor da sociedade. O súdito quer a proteção, não participar da vontade coletiva, proteção aos desvalidos e aos produtores de riqueza, [...]” (FAORO, 2000, p.740). Essa tese de Faoro, apesar de “verdadeira” em parte, pode ser “atualizada”. Primeiro, a par da importância histórica do Executivo no Brasil (redundando quase em um presidencialismo imperial), cada vez mais o soberano a quem se espera tudo hoje é o Judiciário, (o que daria um livro inteiro para se perquerir com a profundidade merecida).

Segundo, parece que cada vez mais setores expressivos da sociedade querem participar da vontade coletiva, e não apenas serem “súditos do Estado”. As manifestações de junho de 2013, e mesmo as atuais, com toda a complexidade que as cercam, parecem apontar nessa direção.

No Brasil, as vicissitudes na construção dos direitos políticos verificam-se a tal ponto, que num certo sentido, com todas as ambiguidades do período, se teve mais avanço na construção dos direitos políticos no *Império* até 1881 (Lei Saraiva, que proibiu o voto do analfabeto) do que na Primeira República, que continuou com a proibição do voto do analfabeto, ainda retirou a obrigatoriedade de o Estado garantir a educação primária, obrigação essa que havia na época imperial, e para piorar, ainda aprofundou o lamentável fenômeno do coronelismo.

Posteriormente houve novamente algum avanço nos direitos políticos com a Revolução de 1930 até a constituição de 1934, com a criação da Justiça Eleitoral e a limitação das fraudes eleitorais, e o direito de voto à mulher, mas completas restrições durante o Estado Novo. Observando a historicidade dos direitos políticos no Brasil, eles parecem uma “gangorra”,

avançam um pouco daqui, recuam muito dali, para ficarmos com uma metáfora!

Se se começou na história brasileira, com voto censitário, tem-se hoje o sufrágio universal, mas nem por isso com eleitores mais satisfeitos! A História como já visto no capítulo, não é linear! E o Direito (incluindo o Direito Eleitoral) como uma *praxis* social que é, tende a excluir, mesmo quando almeja incluir, sendo portanto, uma forma de violência.

Um bom exemplo disso foi como já dito neste trabalho, sobre a Lei 9.504/97 almejando “incluir” as mulheres no mundo da política, a partir da fixação do percentual de 30% para composição partidária feminina. Não é que a partir dessa inclusão, muitas mulheres continuam sendo “excluídas” da política, na medida em que são aceitas nos partidos apenas até o percentual estipulado, sem serem às vezes nem indicadas para composição ministerial de governo? As mulheres são *minorias* do ponto de vista político, mas ao mesmo tempo são *maiorias* (do ponto de vista numérico), o que deixa a situação mais estarrecedora ainda! São, portanto, estranhamente “minorias maiorias”!

No caso brasileiro, a insatisfação com a democracia representativa vem acompanhada de uma forte descrença na política, o que é um problema, pois pode dar margem a propostas autoritárias/messiânicas de governo. Por outro lado, a descrença na política, vem paradoxalmente, acompanhada de um forte desejo de moralização das candidaturas, o que é positivo, pois a lógica do “rouba, mas faz” ainda é forte por esses trópicos, seja no espectro ideológico da direita passando pelo centro político e atingindo setores à esquerda também! E dentro desse anseio de moralização da política, basta ver que além da Lei da Ficha Limpa, foi também promulgada a *Lei Anticorrupção* em 2013, tramita no Congresso as *10 Medidas de Combate à Corrupção*, sugeridas pelo Ministério Público, e fruto também da iniciativa popular; há aqueles que ainda defendem a *autonomia da Polícia Federal* sem contar outras inúmeras ferramentas legais, que em tese auxiliam na investigação de crimes ligados à corrupção, por exemplo, *acordos de leniência* e o instituto da *colaboração premiada*.

Especificamente sobre a corrupção, sabe-se que ela não é de hoje. Aqui nem se abordou a corrupção na América Portuguesa, pois como visto, é até anacrônico dizer corrupção no Antigo Regime, já que a indistinção entre público e privado é que era a regra. Como visto, o próprio modo como eram feitas as eleições no Império e na Primeira República já não deixava de ser um tipo de corrupção do próprio sistema eleitoral. Novamente pontua José Murilo de Carvalho, em poderosa síntese:

corrupção política, como tudo mais é um fenômeno histórico. Como tal, ela é antiga e mutante. Os republicanos da propaganda acusavam o sistema imperial de corrupto e despótico. Os revolucionários de 1930 acusavam a Primeira República e seus

políticos de carcomidos. Getúlio Vargas foi derrubado em 1954 sob acusação de ter criado um mar de lama no Catete. O golpe de 1964 foi dado em nome da luta contra a subversão e a corrupção. A ditadura militar chegou ao fim sob acusações de corrupção, despotismo, desrespeito pela coisa pública. Após a redemocratização, Fernando Collor foi eleito em 1989 com a promessa de caça aos marajás e foi expulso do poder por fazer o que condenou. De 2005 para cá, as denúncias e os escândalos surgem com regularidade quase monótona (CARVALHO, 2008, p.237).

Se a palavra corrupção é a mesma, o seu sentido mudou. Historicamente, sabe-se que as acusações de corrupção feitas pelos propagandistas da república eram dirigidas ao sistema imperial, assim como as acusações de corrupção feitas pelos revolucionários de 1930 eram dirigidas à própria Primeira República. Ou seja, as críticas eram mais contra o sistema político em si e menos às pessoas, os agentes políticos. Foi somente a partir de 1945, que a oposição à Vargas, comandada pelo partido da UDN (União Democrática Nacional), promoveu uma alteração semântica no conceito de corrupção. Corruptos passaram a ser os indivíduos, os políticos ligados a Getúlio, bem como o próprio presidente.

E esse discurso individualizante sobre a corrupção chegou até o golpe de 1964, e permitiu como abordado aqui, o uso do instituto da inelegibilidade, para muito além de garantir a normalidade das eleições. Garantia muitas vezes na verdade, a exclusão dos dissidentes.

E de algum modo, há até hoje um discurso individualizante sobre a corrupção. Se realmente é verdade, que o combate à corrupção envolve uma reação a um comportamento nefasto individual de malversação da coisa pública; também é verdade, que a reação à corrupção tem que se dar em uma perspectiva sistêmica. Procurar entender, que aspectos culturais e até mesmo institucionais a estão favorecendo, para poder combatê-la com mais eficiência.

Como já dito, somente leis não são capazes de alterar quadro de tamanha corrupção e patrimonialismo. Elas ajudam, mas é preciso mais, é preciso investir na base, na educação, bem como em uma melhor fiscalização preventiva dos órgãos de controle da Administração Pública (tarefas estas nada fáceis de executar). Como bem disseram Lilia Schwarcz e Heloísa Starling “Talvez comece nesse desafio mais um capítulo na história do Brasil. Afinal, feita a opção democrática, também a República pode recomeçar” (SCHWARCZ; STARLING, 2015, p.508). E é bem nessa encruzilhada entre democracia e República, que se situa a lei da Ficha Limpa, objeto do presente trabalho!

3 A LEI DA FICHA LIMPA E ALGUNS ASPECTOS RELEVANTES DA MATRIZ JURÍDICO-POLÍTICA DO LIBERALISMO: GRANDES TENSÕES

3.1 Introdução

Como abordado na introdução do presente trabalho, parte-se do pressuposto de que a Lei da Ficha Limpa seja “um bom exemplo didático” de como a compreensão dos direitos fundamentais na sociedade aberta de intérpretes da constituição, pode envolver múltiplos sentidos. Muito embora Habermas (2012) afirme que não haja mais conflito entre autonomia pública e privada, entre constitucionalismo e democracia, posto que ambos equivalentes de importância no Estado Democrático de Direito; **na prática, quando há assuntos que tocam o “coração” de juristas ou o afeto de pessoas comuns, a “balança” ora mais pesa para um lado do que para outro.**

É preciso recordar na esteira de autores da fenomenologia do século XX, como Heidegger, Lévinas, e mesmo pensadores anteriores como Spinoza, Hume, Nietzsche, Freud cada qual a sua maneira, mostraram como somos muito mais seres de afetos, de paixões, de sentimentos, de potência de agir, de instintos, do que de razão, *res cogitans* ou de intelecto!⁴⁷

O elemento afetivo no caso da Lei da Ficha Limpa é tão forte que já se revela no nome “popular” do referido diploma legal: Ficha limpa, evocando então, a ideia de “acabar com a sujeira na política”, “passar a limpo o Brasil” (expressão que se consolidou agora com a Operação Lava Jato). Quase ninguém menciona a **Lei Complementar nº 135**, seu nome “técnico”⁴⁸.

⁴⁷ Sobre a importância do elemento afetivo para o ser humano, vale a pena rapidamente considerar a observação do empirista escocês David Hume, ainda no século XVIII, de que a “razão é, e deve ser, apenas a escrava das paixões, e não pode aspirar a outra função além de servir e obedecer a elas”(HUME, 2001, p.451).O que Hume queria expressar com isso? É claro que não é objeto do presente trabalho toda a complexidade do pensamento do empirista. **Apenas salientar a importância dos afetos na vida de cada um, inclusive para o Direito**⁴⁷, bem como para pesquisa em comento, aspecto que Hume levou muito a sério. Para o escocês, uma paixão é **uma existência original** (HUME, 2001, p.451), isto é, uma impressão capaz de modificar uma existência, portanto uma impressão ativa. E ele exemplifica isso dizendo que quando temos raiva, estamos realmente possuído por essa paixão. Já a razão para ele, é algo totalmente inativo, preocupado apenas com a “descoberta da verdade ou da falsidade”. A pergunta que ele colocou é: **como algo inativo (a razão) pode se contrapor à algo ativo (uma paixão)?** Impossível para Hume! Uma paixão só pode ser contraposta por outra paixão em sentido contrário. Logo, cabe a razão, apenas a tarefa de, diante de uma paixão “nos informar sobre a existência de alguma coisa que é um objeto próprio dessa paixão ou descobrindo a conexão de causas e efeitos, de modo a nos dar meios de exercer uma paixão qualquer” (HUME, 2001, p 499).

⁴⁸ Ademais, ganhou destaque na imprensa, a enfática declaração do ministro Gilmar Mendes que disse: "Esta lei foi tão mal feita, que eu já disse no plenário... Sem querer ofender ninguém, mas já ofendendo, ou reconhecendo pelo menos, **que parece que [a lei] foi feita por bêbados**"⁴⁸(RAMALHO, 2016).

Repare a complexa situação institucional suscitada por essa declaração: um membro do Poder Judiciário criticando publicamente membros de outro Poder, isto é, criticando os legisladores. Observe então, como se diz no popular, “os nervos estão à flor da pele”, quando se trata desse diploma legal. A tal ponto, que o Presidente

Era de se esperar portanto, que com tantas paixões em jogo, o discurso de juristas e cidadãos, de maneira acalorada, muitas vezes, ora pendesse mais em prol da democracia, ora pendesse mais, em prol do constitucionalismo. Ora estivesse mais, portanto, na linha do comunitarismo/republicanismo, ora estivesse mais alinhado em prol do liberalismo, sem ter aquele tão “esperado” equilíbrio vislumbrado por Habermas no Estado Democrático de Direito entre autonomia privada e autonomia pública.

E aqui, antes de fazer um estudo mais minucioso em torno da matriz do liberalismo, vale a colocação de Cattoni de Oliveira, de que tanto os comunitaristas/republicanos como os Liberais:

[...] defendem não apenas a existência de uma Constituição e de um regime democrático, mas também a constitucionalização dos direitos fundamentais. **Todavia, isso não significa que a Constituição, a Democracia e os direitos fundamentais sejam interpretados da mesma forma por elas** (OLIVEIRA, 2003, p.6, grifo nosso).

3.2 A Visão do Direito na matriz jurídico-política liberal – alguns aspectos relevantes

A correlação Direito e Literatura é cada vez mais sentida nos cursos jurídicos, a tal ponto que o jurista Dworkin tem a célebre expressão “romance em cadeia”. Tal expressão na verdade é um recurso hermenêutico, em que o aplicador do Direito tem que imaginar estar escrevendo um capítulo coerente e criativo na história constitucional de seu país a cada decisão em que toma. Propõe-se então, analisar brevemente o *Mercador de Veneza* de William Shakespeare.

Evidentemente não se tem a pretensão de analisar toda a polissemia de uma obra de Shakespeare, só mesmo naquilo estritamente envolvido com o debate em torno do Liberalismo, nas pegadas da análise feita pelo jusfilósofo Marcelo Galuppo (2006) em torno dessa obra e dessa relação.

O *Mercador de Veneza* é uma obra surgida no contexto inglês da Renascença, escrita em 1594. Bassanio, um nobre veneziano deseja conquistar a bela Pórcia. Não dispondo de dinheiro para comprar presentes caros, pede emprestado a seu amigo mercador Antônio. Este também não dispõe dessa quantia (três mil ducados), tomando-a então emprestada do judeu Shylock.

O judeu empresta o dinheiro ao mercador, sob a condição contratual de ter direito a uma libra de sua carne, na hipótese de não ocorrer o pagamento do empréstimo no prazo avençado. Antônio assina o contrato. Contudo, os barcos desse mercador naufragam e ele não tem mais condições de adimplir o contrato.

Nacional da OAB, Cláudio Lamachia, rebateu dizendo: “A linguagem usada por ele, inclusive, não se coaduna com a postura de um magistrado, notadamente um ministro do STF.”

O caso de Antônio vai para julgamento e o juiz que decidirá o caso (que na verdade era Pórcia disfarçada, mas isso não vem ao caso) concorda com Shylock, que o desrespeito a aquilo avençado entre as partes, arruína a credibilidade das leis de Veneza. No entanto, propõe a substituição da multa pelo pagamento em dobro da quantia devida, o que Shylock não aceita. Então, resta ao juiz concordar com os termos da execução do contrato, ou seja, a retirada de uma libra de carne do devedor. Quando Shylock vai pegar “o que lhe é de direito”, o juiz lembra-lhe que o mercador Antônio deve-lhe uma libra de carne, mas nenhuma gota de sangue! O que faz Shylock desistir de seus planos. Vale a pena conferir a passagem:

Espera um pouco, que há mais uma coisa. A multa não lhe dá direito a sangue: “uma libra de carne” é a expressão: cobre a multa, arrebanhe a sua carne. Mas, se ao cortar, pingar uma só gota desse sangue cristão, seu patrimônio pelas leis de Veneza é confiscado, revertendo ao Estado. (SHAKEASPEARE, 2006, p.526).

A peça nos faz recordar dos tempos do Direito em que vigia o *pacta sunt servanda*, em que o contrato era a lei entre as partes, premissa essa bem típica do liberalismo (mais precisamente, o liberalismo da Escola da Exegese, mais de dois séculos posteriores⁴⁹). Dentro da dinâmica hoje do Direito Civil e do Consumidor, cada vez mais normas de ordem pública tendem a equilibrar a força entre as partes.

Galuppo ainda recorda, nas pegadas de Weber, que “a segurança jurídica discutida na peça revela algo sobre as condições de existência da empresa e do Estado modernos” (GALUPPO, 2006, p. 523). Tem-se, portanto, nessa obra shakespereana, uma esfera pública controlada pela lógica da esfera privada, a partir da luta de dois indivíduos Shylock e Antônio. Não importa aqui o bem público e sim o que foi previamente regido pelo contrato, com a interpretação mais literal possível em nome do ideal da segurança jurídica!

Feito isso, passemos a um estudo um pouco mais “metodizado” sobre o Liberalismo. Abordar o liberalismo, mesmo que brevemente, não é algo fácil. Motivo: existem vários tipos de liberalismo, isto é, o **liberalismo econômico** (destaques para Adam Smith e David Ricardo),

⁴⁹ Foi feita uma correlação entre a peça de Shakespeare, o Mercador de Veneza, o Liberalismo e a Escola de Exegese, que somente surgiria mais de dois séculos depois, logo após o advento do Código de Napoleão de 1804, porque é conhecido um axioma da Escola de Exegese de que *in claris cessat interpretation*, isto é, quando a lei é clara, não é preciso interpretá-la. Isso revela que, para a Escola de Exegese, a interpretação literal era o melhor método de interpretação das normas, uma vez que era a mais “imparcial” de todas. E nessa peça de Shakespeare, cada personagem procura aferrar-se à interpretação literal, a ponto de Shylock querer uma uma libra de carne de Antônio porque estava avençado no contrato. O que se relaciona com o Liberalismo, *ainda que indiretamente*. É claro que não se relaciona com o Liberalismo Político de Rawls e Dworkin, e sim aos primórdios do Liberalismo Político, (talvez mais ligado a Kant e Locke) pelo fato da interpretação literal professada pela Escola de Exegese ter como pressuposto, a supremacia do legislador e da codificação e quando se trata de negócios jurídicos, valorizar o axioma da autonomia da vontade, ou seja, as partes são livres e iguais para se regularem e cumprirem o avençado (*pacta sunt servanda*). Por isso, que foi dito que a peça faz recordar tanto o Liberalismo da Escola de Exegese, quanto o Liberalismo em geral, ao menos em seus primórdios.

o **liberalismo político ou liberalismo igualitário** (John Rawls, Ronald Dworkin, respectivamente), o **liberalismo anárquico** (Robert Nozick). Neste tópico, interessa-se mais pelo liberalismo político e/ ou liberalismo igualitário de Rawls e Dworkin. Ademais, existem também os **neoliberais**⁵⁰ (Friedman, bem como outros autores vinculados a Escola de Chicago).

Grandes diferenças à parte, há algo em comum em todas essas correntes liberais: o **pressuposto antropológico do indivíduo como fim em si mesmo, embora em diferentes matizes**⁵¹. E para ser fiel à introdução desse texto, ambas as correntes do liberalismo, ao seu modo “valorizam” a liberdade dos modernos.

Analisa-se então, brevemente o liberalismo econômico. Neste, grosso modo, a ideia é de que os indivíduos racionalmente buscam os seus interesses, especialmente enquanto atuam como agentes econômicos. E nesse processo de cada um, procurando cultivar seus interesses da melhor maneira possível, garante-se, por tabela, a racionalidade do comportamento coletivo (nesse caso específico, é uma combinação de liberalismo com utilitarismo). Ao Estado, portanto, era necessário que seu papel fosse limitado, o conhecido *laissez faire, laisser passer*, possibilitando que os agentes econômicos possam competir no mercado com um mínimo de entraves possíveis. Curiosamente, a partir dos escritos de Burdeau, José Adércio Sampaio comenta que:

o liberalismo, no seu começo, não denotava a incompatibilidade absoluta entre Estado e indivíduo. Na leitura de Burdeau, os liberais revolucionários franceses eram hostis ao Estado absolutista e não ao que se propunha edificar. Foram os liberais da segunda geração a exemplo de Benjamin Constant e Herbert Spencer, além de economistas ortodoxos como Frederic Bastiat [...] que cuidaram de dar a ele um caráter pejorativo na defesa do *laissez faire, laisser passer*. (SAMPAIO, 2013, p. 130).

Como dito, o liberalismo econômico não é o foco do trabalho. Apenas para encerrar esse assunto, várias críticas (justas) ao longo do tempo foram feitas ao liberalismo econômico, seja

⁵⁰ O neoliberalismo costuma ser entendido na literatura econômica e política como um fenômeno surgido ao fim da segunda guerra mundial como reação ao keynesianismo americano e ao incipiente Estado de bem-estar social. A obra *O Caminho da Servidão* de Friedrich Hayek, escrita em 1944, costuma ser apontada como o texto fundador desse fenômeno. Nessa obra, como analisa o historiador Perry Anderson, “trata-se de um ataque apaixonado contra qualquer limitação dos mecanismos de mercado por parte do Estado, denunciadas como uma ameaça letal à liberdade, não somente econômica, mas também política” (ANDERSON. In: SADER, GENTILI, (orgs.), 1995, pp. 09-23). Em síntese, segundo Hayek, bem como outros neoliberais como Von Mises, Milton Friedman, é que o incremento da igualdade promovido pelo Estado de bem-estar social destruiriam além da liberdade, inclusive política, a capacidade de iniciativa dos indivíduos, bem como a vitalidade da concorrência, da qual dependeria a prosperidade de todos. Ainda sobre o neoliberalismo, não se pode esquecer de exemplos históricos de governos empenhados a aplicar essa plataforma, como o de Margaret Thatcher, eleita em 1979 no Reino Unido e o de Ronald Reagan, eleito em 1980 nos EUA.

⁵¹ É bem verdade, que o liberalismo político atual, na linha de Rawls e Dworkin, **cada vez mais reconhecem o papel da comunidade na vida dos indivíduos**. Sobre o último autor, por exemplo, na obra *A Comunidade Liberal* (1989), que ainda será brevemente analisada no presente estudo, Dworkin explicitamente reconhece que “a comunidade política possui uma vida comunal, cujo êxito ou fracasso forma parte daquilo que determina se a vida de seus membros é boa ou não” (DWORKIN, 1989, p.162).

pelos marxistas, seja pelos keynesianos, social-democratas entre outras correntes. Ideias de que seria possível uma concorrência perfeita entre os agentes econômicos, desconsiderando, por exemplo, as barreiras à entrada em um mercado, como pensaram inicialmente os primeiros autores do Liberalismo Econômico. Ou mesmo de que a busca da felicidade de cada um, tenderia na felicidade geral, mostraram-se equivocadas com a crescente deterioração socioeconômica da condição dos trabalhadores (haja vista, por exemplo, o que ocorreu durante a Revolução Industrial e mesmo hoje nos bolsões de miséria das grandes cidades brasileiras e de muitos lugares do mundo).

Contudo, é preciso cuidado ao tecer as críticas ao liberalismo. José Adércio Sampaio (2013) mostra que parte da doutrina econômica

[...] aponta uma confusão entre **egoísmo** e **autointeresse** na crítica que se faz ao liberalismo. Os liberais, em sua maioria, defendiam um critério formal de comportamento racional, bem identificado com o autointeresse, e não numa falha moral, o egoísmo (SAMPAIO, 2013, p. 131, grifo nosso).

Pois bem, analise-se agora o liberalismo político (ou também igualitário). Este foi e é uma matriz do pensamento que advoga a premissa de que a função do Direito e principalmente da Constituição (a chamada **Constituição Garantia**) é assegurar os direitos fundamentais (inicialmente os individuais), limitar o poder a fim de se substituir o governo dos homens pelo governo das leis e também proporcionar distribuições justas na sociedade.

Imaginava-se em suas origens, por meio do constructo lógico do **contrato social**⁵², de que os homens viviam em estado de natureza, sendo proprietários de si e de seus bens, detentor de direitos naturais inalienáveis, como vida, liberdade e principalmente propriedade (nesses termos, principalmente Locke, um grande liberal do período!), mas que não tinham segurança nessa condição (Hobbes, que não era liberal, mas um contratualista, dizia que o medo da **morte violenta** era o principal motivo da saída do homem do estado de natureza). Esses homens reuniram-se e transferiram uma parte de sua soberania para um governo, cuja função era assegurar os direitos pré-políticos naturais, por meio do respeito ao Direito.

Posteriormente, o modelo do contrato social foi “aperfeiçoado” seja pelo modelo da posição original de Rawls (a ser descortinado ainda neste capítulo) seja pela ideia de direitos morais contra o Estado de Dworkin (também a ser descortinado neste capítulo). E assim, tanto

⁵² É interessante observar que embora a teoria do contrato social tenha aparecido com mais evidência na Modernidade, especialmente nos trabalhos de Hobbes, Locke e Rousseau, “seus elementos conceituais já se faziam presentes na Antiguidade. Platão vislumbrara na base do poder de Esparta, Argos e Messina, um acordo ou juramento recíproco entre os respectivos reis e povos. Os sofistas defendiam um *pactum societatis* para legitimação das leis e dos governos,[...]” (SAMPAIO, 2013, p.36).

em suas origens, como hoje, ter-se-ia no liberalismo, em boa síntese:

a prioridade do justo sobre o bem e a tese da prioridade da parte sobre o todo. A tese da prioridade do justo sobre o bem indica que a existência da sociedade só se justifica enquanto permita a realização, em grau máximo da liberdade, entendida como livre-arbítrio, razão pela qual os direitos individuais produzidos racionalmente são superiores a todos os demais interesses coletivos, na medida em que servem de fundamento a estes. A tese da prioridade da parte sobre o todo indica que, no conflito entre interesses coletivos e direitos individuais, estes devem prevalecer sobre aqueles, porque em última instância, os indivíduos são tidos pela causa e fundamento da sociedade[...] (GALUPPO, 2006, p.516, grifo nosso).

Sobre a prioridade do justo sobre o bem, ou em outras palavras, do Direito sobre valores acerca do que é bom para a sociedade, o liberalismo trabalha com a premissa de que existe um desacordo razoável, profundo muitas vezes, entre os membros da sociedade, ou seja, há diversas concepções individuais acerca da vida boa, acerca do que as pessoas consideram como bem para si e para sociedade. E que diante desse cenário, o Estado tem o **dever de neutralidade** em relação a essas visões substantivas dos indivíduos. O Estado não pode tratar a priori, nenhuma dessas concepções individuais acerca da vida boa nem como melhor nem como pior.

O Estado para os liberais, conforme Gisele Cittadino, não pode assumir “compromissos culturais que possam ir além da liberdade individual e do bem-estar dos cidadãos” (CITTADINO, 2004, p. 130). E mais: essas concepções individuais acerca do bem devem estar fora do espaço de deliberação pública, que é restrito para os liberais. Motivo: no espaço de deliberação pública, no domínio do político, devem estar presentes apenas valores políticos considerados incontestáveis, como igual liberdade, respeito mútuo, igualdade de oportunidades. Assim, valores religiosos e morais, por mais importantes que eles sejam para uma comunidade, devem estar de fora do debate público, por se tratarem de visões substantivas acerca do bem, que o Estado deve rechaçar do debate, por dever de neutralidade.

E “neste sentido, a autonomia privada dos cidadãos está inteiramente garantida, uma vez que suas visões substantivas estão protegidas do processo deliberativo público [...]”(CITTADINO, 2004, p. 130). E com essa inviolabilidade do espaço da autonomia privada, revela-se mais uma vez, a prioridade liberal da parte sobre o todo, do justo sobre o bem.

Essa ordem de ideias se assemelha bastante com o fenômeno do **constitucionalismo**. Esse, na visão de Canotilho é:

A técnica jurídica de tutela de liberdades, surgida nos fins do século XVIII, que possibilitou ao cidadão o exercício, com base em constituições escritas, dos seus direitos e garantias fundamentais, sem que o Estado lhes pudesse oprimir pelo uso da força e do arbítrio (CANOTILHO, 1998, p. 45-46, grifo nosso).

E as identificações entre liberalismo e constitucionalismo são tantas que José Adércio Sampaio aponta que em termos de origens históricas, “[...] constitucionalismo e liberalismo eram gêmeos bivitelinos”(SAMPAIO, 2013,p. 132). Motivo: Tanto o liberalismo como o constitucionalismo em fins do século XVIII, se contrapunham às sociedades do Antigo Regime (*Ancien Regimen*), baseadas na origem divina dos reis, baseadas também em teorias organicistas (e comunitaristas como será visto logo a frente sobre o comunitarismo), na qual o todo era mais importante do que as partes. Sociedades essas também, estamentais, com pouca mobilidade social, e muitos privilégios ao clero e a nobreza.

A preocupação portanto, do liberalismo e do constitucionalismo na primeira fase era com as indevidas restrições estatais na vida dos indivíduos. Não se pode perder de vista que com o florescimento do sistema econômico do capitalismo (desde o fim do Medievo, e principalmente com a Revolução Industrial, em meados do séc. XVIII), era preciso destravar tudo aquilo que impedia o mercado de se “regular”, como as grandes intervenções do Estado na vida econômica (mercantilismo), o absolutismo monárquico, as corporações de ofício. Em suma, como no conhecido adágio, a burguesia detinha poder econômico, mas não detinha poder político. E esse poder político, os pensadores do Liberalismo e do constitucionalismo souberam muito bem justificá-lo para os novos pretendentes.

Há um outro aspecto importantíssimo ligado às origens do liberalismo (e do constitucionalismo da primeira fase) muito bem ressaltado por John Rawls (este, um grande liberal político da atualidade): **a Reforma Protestante e suas consequências**. Explicava Rawls:

A Reforma teve enormes consequências. Quando uma religião dotada de autoridade, salvacionista, e expansionista como o cristianismo medieval, se divide, isso se traduz inevitavelmente no surgimento de uma religião rival no interior da mesma sociedade, também ela dotada de autoridade e salvacionista, diferente em alguns aspectos da religião original da qual se separou, mas tendo, durante um certo período, muitas características semelhantes. **Lutero e Calvino eram tão dogmáticos e intolerantes quanto a Igreja católica havia sido** (RAWLS, 2000, p.31, grifo nosso).

Perceba a última frase de Rawls em relação à intolerância de Lutero e Calvino. Com a Reforma Protestante, bem como com as posteriores guerras religiosas, houve um choque entre o que as pessoas consideravam como o bem supremo da sociedade. É preciso se dar conta do aspecto **angustiante** daquela quadra histórica: como seria possível a convivência de pessoas com diferentes convicções religiosas, cada qual tendo certeza de sua fé, cada qual tendo certeza da natureza do bem supremo em que acreditava? Como seria possível um católico aceitar as heresias de um protestante e não poder fazer nada (e vice-versa)? Tamanha tolerância não seria compactuar com os pecados alheios?

Essas questões podem parecer banais aos olhos de um contemporâneo, mas até hoje, muitas pessoas não gostam de serem confrontadas em suas opiniões, mesmo que de maneira civilizada! Chegam a excluir o amigo das redes sociais, por exemplo! E mais, em meio a tantos discursos de pós-modernidade, não estão superadas antigas discriminações por questões religiosas no Brasil, como por exemplo, as perseguições às religiões de matriz africanas! Sem contar a intolerância por questões de orientação sexual, opção política e etnia.

Voltando às guerras religiosas, como em um primeiro momento, católicos e protestantes não estavam dispostos a conciliarem sobre a natureza do bem supremo (católicos achando que o bem supremo era um determinado aspecto da vida cristã e protestantes achando que o bem era um outro aspecto⁵³) havia então duas possibilidades: ou a continuidade de um conflito mortal ou as liberdades iguais de consciência e de pensamento.

Passados longos anos e intensos combates, começou-se a aceitar a liberdade de consciência e de pensamento, germe para Rawls do liberalismo político e do liberalismo em geral, na medida em que para o autor, “o liberalismo político começa por levar a sério a profundidade absoluta desse conflito latente e irrenconciliável” (RAWLS, 2000, p.34).

Eis então, um ponto importante do período moderno: não havia mais um bem supremo único a ser perseguidos pelas pessoas⁵⁴! A Reforma Protestante, como já dito, bem como a Revolução científica do século XVII, com Copérnico, Newton e Kepler possibilitaram a fragmentação da unidade religiosa e a rejeição da ideia um cosmo ordenado e perfeito, respectivamente. O ideal de vida boa deveria ser buscado pelo homem na Terra e não mais no cosmo.

⁵³ A divergência entre a natureza do bem supremo entre protestantes e católicos pode ser examinado do seguinte modo: sabe-se que os protestantes, por exemplo, defendiam um “livre exame da Bíblia”, ao contrário dos católicos, que defendiam que os fiéis deveriam ouvir principalmente as interpretações da Bíblia feitas pelos doutores da Igreja. O pressuposto, relacionado a essa divergência entre protestantes e católicos, refere-se ao fato de que para os primeiros era inútil mediadores (clero por exemplo) entre Deus e os fiéis, ao contrário dos católicos, em que a intermediação de autoridades eclesiásticas era fundamental. Ademais, Martinho Lutero, o principal expoente do luteranismo (grosso modo, uma “ramificação” do protestantismo, juntamente com o calvinismo) defendia a salvação pela fé e não por práticas religiosas como a venda de indulgência, aceita por alguns católicos do período. Sabe-se também, que os protestantes não eram contrários a usura, ao contrário dos católicos, que viam-na como pecado da ganância e que essa visão protestante a favor da usura “agradou” e favoreceu muitos burgueses do período, na medida em que legitimava suas atividades. Um outro aspecto de divergência sobre a natureza da vida cristã, relaciona-se ao fato de os protestantes tenderem a simplificarem o culto, ao contrário dos católicos e valorizarem apenas dois sacramentos da tradição católica: batismo e eucaristia. Um bom texto que trabalha o protestantismo, principalmente no seu aspecto de “livre exame da Bíblia”, mencionado acima, é de LEBRUN, François. As Reformas: devoções comunitárias e piedade pessoal In: História da Vida Privada – da Renascença ao século das luzes. São Paulo, Cia das Letras, 1991, v.3.

⁵⁴ É claro que sempre houve “os dissidentes” daquilo historicamente considerado o bem supremo, seja nas sociedades do mundo antigo, seja nas sociedades do mundo medieval, como por exemplo, nesse caso, os vários tipos de ramificações do cristianismo medieval, tratadas como heresias pelos doutores da igreja cristã no Medievo.

3.3 O Liberalismo político de Rawls – Alguns aspectos pertinentes à tensão entre autonomia privada e autonomia pública

Rawls, como todo liberal, atribui prioridade do justo sobre o bem, ou seja, atribui a prioridade dos direitos fundamentais sobre quaisquer invocações de interesse coletivo ou de bem-estar geral. Analise-se por ora, brevemente os seus fundamentos.

Rawls tenta “melhorar” o modelo do **contrato social**, que sempre guiou os liberais na justificação da sociedade civil e do Estado de Direito, a partir da ideia de **posição original**. Esta é na linguagem do filósofo “um artifício de representação”, “um ponto de vista a partir do qual um acordo equitativo entre pessoas consideradas livres e iguais possa ser estabelecido”(RAWLS, 2000, p.66). Assim, toda vez em que alguém se dispõe a argumentar em favor de princípios de justiça, desconsiderando as particularidades de sua posição social no “mundo real”, esse indivíduo “entra” na posição original.

Esse artifício de representação, esse acordo estabelecido pelas partes, que é a posição original, é um pressuposto “hipotético e a-histórico”, nas palavras de Rawls, porque

o fato de ocuparmos uma posição social particular não é uma boa razão para propor, ou esperar que os outros aceitem, uma concepção de justiça que favoreça os que se encontram nessa mesma posição. Da mesma forma, o fato de professarmos uma determinada doutrina religiosa, filosófica ou moral abrangente, com a concepção do bem associada a ela, não é uma boa razão para propor, ou esperar que os outros aceitem, uma concepção de justiça que favoreça as pessoas que concordam com essa doutrina (RAWLS, 2000, p.67).

Em resumo, a posição original representa aquilo que consideramos aqui e agora, as condições equitativas da sociedade. Por meio dela, as partes especificam a concepção pública e política de justiça (com seus princípios de justiça) a reger a estrutura básica da sociedade. A pergunta a ser feita então é: Por que as pessoas precisam endossar uma concepção pública e política de justiça? A resposta é que dado o **fato do pluralismo razoável** (expressão do autor) de concepções de bens em sociedades democráticas, é preciso algo que permita uma sociedade estável e justa de cidadãos livres e iguais. E esse algo é a concepção pública e política de justiça que todos podem endossar, articulada pelas partes a partir da posição original, gerando assim, um consenso sobreposto.

Na posição original, portanto, as partes, enquanto representantes racionalmente autônomos de cidadãos da sociedade, sob o que Rawls denomina de **véu da ignorância**, (como já dito, as partes desconsideram as particularidades de renda, etnia, posição social que os representados ocupam na sociedade) encontram aquilo que melhor é capaz de atender de maneira equitativa à estrutura básica da sociedade: a concepção pública e política de justiça,

bem como seus princípios de justiça.

E quais são os princípios de justiça “encontrados” pelas partes na posição original?

a. Todas as pessoas têm igual direito a um esquema plenamente adequado de direitos e liberdades básicas iguais para todos; projeto este compatível com todos os demais; e nesse projeto, as liberdades políticas, e somente estas, deverão ter seu valor equitativo garantido.

b As desigualdades sociais e econômicas têm que satisfazer duas condições: primeira, devem se relacionar com postos e posições abertos para todos em condições de igualdade equitativa de oportunidades; e segundo, devem representar o maior benefício possível aos membros menos privilegiados da sociedade. (RAWLS, 2000, p. 47).

Primeiro ponto a ser comentado em relação aos princípios de justiça é de que o primeiro princípio tem prioridade em relação ao segundo (este não será comentado por não se envolver diretamente com o objeto da presente pesquisa). Com isso, Rawls já mostra que os direitos e garantias fundamentais estão à frente das exigências de bem-estar e de valores perfeccionistas, de maneira que, se um governo, por exemplo, a fim de reduzir as desigualdades socioeconômicas, adotar alguma medida que viole alguma liberdade fundamental, essa medida não atende a concepção pública e política de justiça.

As liberdades fundamentais têm o que ele denomina de **status especial** (RAWLS, 2000, p. 349, grifo nosso), uma vez que **elas fazem parte dos termos equitativos de cooperação social** (RAWLS, 2000, p. 359, grifo nosso). Motivo: as liberdades possibilitam que as pessoas possam desenvolver suas capacidades morais (capacidade de ter uma concepção de bem e senso de justiça), enquanto pessoas livres e iguais. Assim, as liberdades permitem então, que estejamos dispostos a cooperar com todos os membros da sociedade ao longo da vida, na base do **respeito mútuo**.

Todavia, Rawls reconhece que as liberdades fundamentais, por mais importantes que sejam para a estrutura básica da sociedade, ao fazerem parte de uma concepção pública e política de justiça, não são absolutas, podendo então entrar em choque. E nesse aspecto, a reflexão do autor pode ser preciosa para o exame da Lei da Ficha Limpa em uma perspectiva liberal. Diz o autor, de maneira semelhante a Dworkin:

Como as várias liberdades fundamentais estão fadadas a conflitar umas com as outras, as regras institucionais que definem essas liberdades devem ser ajustadas de modo que se encaixem em um **sistema coerente de liberdades. A prioridade da liberdade implica, na prática, que uma liberdade fundamental só pode ser limitada ou negada em nome de uma outra ou de outras liberdades fundamentais, e nunca, como eu disse, por razões de bem-estar geral ou de valores perfeccionistas** (RAWLS, 2000, p.349, grifo nosso).

O autor, então, está a dizer, que as liberdades precisam ser ajustadas em um **sistema**

coerente de liberdades, de maneira que a **esfera central de aplicação** de cada liberdade seja deixada intacta (RAWLS, 2000, p.349). Seria aproximadamente o que a doutrina constitucional denomina de **núcleo essencial dos direitos fundamentais**, a ser preservado quando em jogo direitos concorrentes. Preservando a esfera central de aplicação das liberdades, os princípios da justiça estão atendidos, segundo o autor.

Convém também, brevemente dissertar sobre a tarefa do legislador, segundo Rawls:

[...] as partes na posição original são representantes racionalmente autônomos, limitados pelas condições razoáveis incorporados à posição original; e sua tarefa é adotar princípios de justiça para a estrutura básica. Os delegados de uma convenção constitucional têm muito menos liberdade de ação, uma vez que devem aplicar os princípios de justiça adotados na posição original para selecionar uma constituição. **Os legisladores de um órgão parlamentar têm menos liberdade de ação ainda, porque quaisquer leis que promulgarem devem estar de acordo tanto com a constituição quanto com os dois princípios de justiça.** À medida que os estágios se sucedem e que a tarefa muda, tornando-se menos geral e mais específica, as restrições do razoável ficam mais fortes e o véu de ignorância torna-se mais delgado.[...] Se as restrições do razoável são mais brandas e o véu da ignorância é mais espesso na posição original, no estágio judicial elas são as mais rigorosas, e o véu da ignorância o mais delgado (RAWLS, 2000, p.397, grifo nosso).

Repare a tarefa do legislador segundo Rawls: promulgar leis que estejam de acordo com a Constituição, bem como de acordo com os dois princípios de justiça acordados na posição original. Será que o “legislador” da Lei da Ficha limpa cumpriu esses dois exigentes critérios? Como se verá no tópico seguinte, para vários autores afinados com a matriz liberal, não!

Como já dito, em qualquer liberalismo, o justo precede o bem. No entanto, Rawls admite a possibilidade da introdução de ideias do bem que possam complementar a concepção política e pública de justiça, desde que sejam ideias políticas. Tratam-se do que ele denomina de **virtudes políticas**. Estas são:

ideais associativos [...] vinculados aos princípios de justiça política e as formas de julgamento e conduta essenciais para **sustentar a cooperação social equitativa ao longo do tempo**, essas ideias e virtudes são compatíveis com o liberalismo político. Caracterizam o **ideal do bom cidadão de um Estado democrático – um papel especificado por suas instituições políticas**. (RAWLS, 2000, p. 242, grifo nosso).

Essas virtudes são, por exemplo, o dever de civilidade, da razoabilidade, da tolerância. Estar disposto a apresentar as suas razões publicamente, com os melhores argumentos, bem como estar disposto a ouvir as razões do outro. Rawls ainda menciona a importância da virtude da **confiança mútua**, na sociedade bem ordenada:

se um regime constitucional tomar certas medidas para fortalecer as virtudes da tolerância e da confiança mútua, desencorajando por exemplo, os vários tipos de discriminação religiosa e social [...] não se transforma por isso num Estado

perfeccionista do tipo encontrado em Platão ou Aristóteles, nem estabelece uma religião específica, como nos Estados católicos e protestantes do início do período moderno. **Está, em vez disso, tomando medidas razoáveis para fortalecer as formas de pensar e sentir que sustentam a cooperação social equitativa entre os cidadãos considerados livres e iguais** (RAWLS, 2000, p. 243, grifo nosso).

Por último, é importantíssimo mencionar a ideia de **razão pública** para Rawls. Segundo o filósofo:

A razão pública é característica de um povo democrático: é a razão de seus cidadãos, daqueles que compartilham o *status* da cidadania igual. O objetivo dessa razão é o bem do público: aquilo que a concepção política de justiça requer da estrutura básica das instituições da sociedade e dos objetivos e fins a que devem servir (RAWLS, 2000, p. 262)

De uma maneira bem sintética, razão pública é um modo de argumentar, que leva em conta **apenas valores políticos, a fim de resolver o que ele denomina de “elementos constitucionais essenciais” e “questões de justiça básica”**. Esse modo de argumentar ainda, tende a rejeitar o apelo para a verdade como um todo, reconhecendo, como o processo penal em um estado democrático reconhece, que “muitas vezes, é perfeitamente razoável prescindir da verdade como um todo” (RAWLS, 2000, p.268). Quando por exemplo se nega a confissão sob tortura, ou então, se nega a culpabilidade de alguém baseada em rumores! O motivo é que a razão pública lida com formas de argumentação que podem ser aceitas pelos cidadãos em geral, ou pelo menos acessíveis a eles, vinculados apenas a valores políticos, como já dito.

Ademais, a razão pública rejeita argumentos com base em visões de bem geral, bem como, doutrinas filosóficas abrangentes. Aplica-se desde o cidadão comum até os fóruns oficiais, em que se incluem o Poder Executivo, o Legislativo e sobretudo o Poder Judiciário (especialmente a Corte Suprema vista como “caso exemplar de razão pública”) (RAWLS, 2000,p. 281).

Sobre o papel do Judiciário, em especial da Corte Suprema, (o que vale também para o STF e é um aspecto muito importante para o presente objeto de pesquisa), Rawls afirma que “é função dos juízes procurar desenvolver e expressar, em suas opiniões refletidas, as melhores interpretações que puderem fazer da constituição, usando seu conhecimento daquilo que esta e os precedentes constitucionais requerem” (RAWLS, 2000, p. 286).

Quanto ao conteúdo de “melhores interpretações” que os juízes devem elaborar, Rawls afirma, que são aquelas que se articulam com as matérias constitucionais, e vinculadas aos termos da concepção pública de justiça. Vale a pena frisar: **os juízes devem argumentar somente com base nos valores políticos da concepção pública de justiça**. De modo que eles “não podem invocar sua própria moralidade particular, nem os ideais e virtudes da moralidade

em geral. Devem considerá-los irrelevantes” (RAWLS, 2000, p.287).

Um parêntesis necessário: Será que a Lei da Ficha Limpa propiciou ao juiz eleitoral, a oportunidade de ele fazer a invocação da sua moralidade particular ou então, de ideais da moralidade em geral? Isso não será respondido agora, mas como será visto, pela perspectiva dos constitucionalistas e eleitoralistas afinados com o liberalismo, sim!

O juiz então para Rawls, ao apelar somente para valores políticos da concepção pública e política da justiça, deve fazer isso de boa-fé, atendendo ao dever de civilidade, que a todo cidadão, e mais ainda ele, por sua função institucional, está sujeito.

Os membros da Suprema Corte segundo o filósofo, não precisam estar de acordo nos mínimos detalhes sobre o que cada um entende sobre a Constituição, mas precisam “situar a parte central das liberdades básicas mais ou menos no mesmo lugar” (RAWLS, 2000, p. 288). E qual é esse lugar que os membros da Suprema Corte precisam situar as liberdades básicas? Um lugar de absoluta prioridade, frente a quaisquer exigências de bem geral ou de valores perfeccionistas, como já explanado, em mais de uma oportunidade, aqui.

O Tribunal ao aplicar a razão pública não precisa e não deve temer parecer antidemocrático ao não permitir que a legislação advinda de maiorias transitórias ou de interesses bem organizados seja aplicada, pois segundo Rawls, “a autoridade superior do povo dá sustentação a isso” (RAWLS, 2000, p. 284) e “o tribunal não é antimajoritário com respeito à lei mais alta quando suas decisões estão razoavelmente de acordo com a constituição em si, com as emendas feitas a ela e com as interpretações politicamente determinadas”(RAWLS, 2000,p. 284).

Em outras palavras, ao se comportarem assim é, como se os membros do tribunal, estivessem acatando o que as partes estabeleceram na posição original.

3.4 O liberalismo igualitário de Dworkin – Alguns aspectos pertinentes para a tensão entre autonomia privada e autonomia pública

Vale a pena, neste momento, analisar ainda que em algumas pinceladas, o pensamento de Dworkin, no que é pertinente ao debate autonomia pública e autonomia privada.

Dworkin, entre tantos autores do Direito contemporâneo, é mais um crítico do Positivismo Jurídico. Para ele, o Positivismo Jurídico, que denomina também de **teoria dominante**, se “equivoca” primeiramente em acreditar que em casos difíceis, haveria uma ampla discricionariedade do juiz para decidir. Para ele, essa perspectiva está equivocada! Embora esse não seja o foco do presente trabalho, é preciso rapidamente responder, que

conforme Dworkin, existe uma “resposta correta” para os casos difíceis, que é “a melhor resposta possível”, resultante de um processo argumentativo, que justifique o direito histórico e o direito vigente. É a ideia do **Direito como Integridade**. E mais: esse processo não é apenas argumentativo, é criativo também! Dworkin percebe que a interpretação do Direito se abre a diversas possibilidades de leitura, e que portanto, a aplicação do Direito implica também a sua construção! Daí a sua ideia do romance em cadeia, já explanada anteriormente.

Intimamente ligada à primeira crítica, o Positivismo Jurídico se equivoca segundo Dworkin, em não levar a sério **a ligação do Direito com a Moral**. A Moral ou a moralidade para ele, é um componente endógeno do conceito de Direito, que cada comunidade elabora. Não sem motivo, além de ser reconhecido como um autor liberal, ele é conhecido também, como um autor **jusmoralista**. Dworkin, por exemplo, critica o Positivista Inclusivista Hart, com quem manteve intensos diálogos, que via os valores morais, como algo que participava apenas de maneira contingente do Direito. O pressuposto de Dworkin, é que os indivíduos possuem determinados direitos, mesmo que não tenham sido criados por decisões políticas ou práticas sociais expressas. São os que ele denomina de **direitos morais** (a serem vistos com maior profundidade ao longo deste tópico!) E que geralmente tais direitos se apresentam na forma de **princípios**, em oposição às regras⁵⁵.

Feita essa pequena introdução sobre Dworkin, passa-se a analisar alguns pontos importantes da sua obra *Levando os direitos à sério* (2002), obra essa seminal para a presente pesquisa. No capítulo *Liberdade e moralismo*, Dworkin trata da situação de homossexuais, prostitutas e publicações pornográficas perante a comunidade. E assim, ele começa com uma complexa indagação: “Não resta nenhuma dúvida de que a maioria dos norte-americanos e ingleses pensa que a homossexualidade, a prostituição e as publicações pornográficas são imorais. Que papel este fato deveria desempenhar na decisão de torná-las criminosas?” (DWORKIN, 2002, p.371). A moral da comunidade é suficiente para que o indivíduo homossexual, por exemplo, sofra restrição em sua esfera jurídica⁵⁶?

Dworkin inicia seu capítulo analisando o relatório de 1958 de Lord Develin sobre a

⁵⁵ É bem verdade, que sua distinção normativa entre **regras** e **princípios** (que não será o foco nesse capítulo) nunca foi um elemento central em sua teoria, embora no Brasil, essa distinção tenha sido exaltada como elemento central de seu pensamento. Maiores informações ver a já citada obra: CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza Cruz; DUARTE, Bernardo Augusto Ferreira. **Além do Positivismo Jurídico**. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2013.

⁵⁶ Perceba como a discussão de Dworkin é pertinente no que tange a lei da Ficha Limpa, embora com a ressalva de que se trata de um contexto bastante diferente: **A moral da comunidade é suficiente para que para que se negue a presunção de inocência, e conseqüentemente, que se negue o direito à elegibilidade do cidadão-candidato nas disputas eleitorais?** Pela perspectiva liberal, não!

homossexualidade:

Em primeiro lugar, devemos nos perguntar se, examinando de maneira fria e desapaixonada, consideramos essa prática um vício tão abominável que sua simples presença constitui uma ofensa. **Se for esse o sentimento real da sociedade em que vivemos, não vejo como possa ser negado à sociedade o direito de erradicá-la.** (DWORKIN, 2002, p.372, grifo nosso).

Em suma, os argumentos de Lorde Devlin eram de que a sociedade tinha o direito de proteger sua própria existência e que a maioria tinha o direito de seguir suas convicções morais, bem como defender que o ambiente social em que ela viva, siga livre de transformações de que ela reputa nocivas. Para Lorde Devlin, o direito penal poderia ser extraído da moralidade pública, embora seu raciocínio seja mais complexo do que isso, como o próprio Dworkin afirma.

A reflexão de Dworkin levanta a seguinte questão: o que conta como moral da comunidade? Será que valem preconceitos, gostos pessoais ou então, simples aversões a determinadas pessoas e etnias? Para ele, esses critérios não constituem moral da comunidade, mesmo que sejam quase 100% dos membros dessa comunidade pensando assim. Por isso mesmo, ele rebate Lorde Devlin dizendo: “O que é chocante e falso não é a sua ideia de que a moral da comunidade deva pesar, mas a sua ideia sobre o que conta como moral da comunidade” (DWORKIN, 393/324).

Para saber o que conta como moral da comunidade, Dworkin traz o conceito de **posição moral ou convicção moral**. Esse é um conceito que ele denomina de **discriminatório**, que oferece um “tipo de justificção limitada, mas importante de um ato, quando as questões morais que o cercam são controvertidas ou pouco claras”(DWORKIN, 2002, p.384). Uma posição moral, portanto, é aquela em que o indivíduo fornece razões que justifiquem seu ponto de vista, sem que ele viole critérios gerais de fundamentação aceitos pela comunidade. Em outras palavras, sem que o indivíduo argumente partindo de preconceitos, racionalizações ou somente levando em conta os gostos pessoais, ou simplesmente repetindo como um “papagaio” (a expressão é de Dworkin) o que os outros dizem.

Diante então de um suposto consenso da sociedade em torno de um tema, como o do repúdio social à homossexualidade, ou então transportando para o tema da presente pesquisa, o repúdio social a candidato “ficha suja” mesmo que não condenado em trânsito em julgado, o que Dworkin sugere ou sugeriria? Segundo o jurista:

um legislador consciencioso, a quem se diz que o consenso moral existe, **deve testar as credenciais desse consenso**. Ele não pode, por certo, examinar as opiniões ou

comportamento de cidadãos individuais; não pode realizar audiências para ouvir o homem comum nas ruas. (DWORKIN, 2002, p. 393, grifo nosso).

Testar as credenciais do consenso é verificar em quais bases se dá a reação de uma comunidade diante de alguma prática. Em outras palavras, o legislador tem que verificar se o que a comunidade majoritária expressa é uma posição moral, no sentido dworkiano, ou apenas um conjunto de preconceitos, questões de sentimento, ou posturas arbitrárias. O legislador precisa então **esquadrinhar** (expressão do autor) esses argumentos, **sem temer parecer elitista**, pois procedendo assim, está apoiando a parte da moralidade social distinta e que realmente importa para a existência da comunidade tal como a se conhece.

Um liberal, à maneira de Dworkin, diria (e diz!) então em relação à Lei da Ficha Limpa: será que foram testadas suficientemente as credenciais do consenso em torno da inelegibilidade do candidato ficha suja, mesmo que sem trânsito em julgado? Será que se está adotando **questões de sentimento**, como a ojeriza de muitos, verificada no Brasil a toda política e a todos os políticos na fundamentação dessa lei (mesmo reconhecendo-se que o cenário político brasileiro não seja nada auspicioso)? Pela perspectiva liberal, sim, como se verá ainda neste capítulo!

Dworkin conclui dizendo que nenhum legislador pode ignorar a indignação pública. Ele tem que levar em consideração, até para que uma determinada lei seja aplicada dentro dos limites desejados socialmente. Contudo, a moralidade política de uma comunidade de princípios não se confunde simplesmente com a vontade majoritária. É preciso sempre, testar as credenciais do consenso moral existente.

Imprescindível levar em conta o que Dworkin define como **direito moral**. Esse é um tipo de direito fundamental, transformado em direito jurídico pela Constituição, caracterizado como “direito forte” de um indivíduo fazer alguma coisa, mesmo que essa conduta seja considerada errada pelas pessoas. Quando se trata de um direito moral, o Estado não pode interferir na realização da ação envolvida por esse direito, a exceção apenas por meio de razões muito especiais de justificativa (DWORKIN, 2002).

Alguns pontos dessa definição de Dworkin. Primeiro: Percebe-se como é caro para o liberalismo, e não apenas o de Dworkin **a oposição a todo tipo de perfeccionismo moral**: quando uma conduta é prevista pelo Código Binário do Direito, mesmo que ela seja considerada equivocada pelas pessoas, o indivíduo tem o direito de exercê-la. Exemplos não faltam: no Brasil atual, discute-se a legalização dos jogos de azar. Uma vez a matéria sendo votada e aprovada no Congresso, ninguém poderá recriminar uma senhora jogar bingo às tardes, mesmo considerando a sua ação errônea! O mesmo valeria para o caso de um dia ser aprovada a

legalização da maconha!

O motivo disso, é que os liberais levam “muito a sério” a pluralidade e a heterogeneidade de valores das sociedades contemporâneas. Sabem que não mais há, desde o início da Modernidade, cosmovisões suficientemente fortes (sejam religiosas, morais, de tradição) asseguradoras de uma integração social⁵⁷. Daí, o apelo insistente dos liberais na afirmação de que cada indivíduo tem o direito de realizar o seu projeto pessoal de vida boa, (desde que não viole o direito dos demais membros individualmente considerados). Cada indivíduo tem o direito portanto, de adotar a sua própria concepção de bem. Não aceitar ou “aceitar mais ou menos” essa premissa é correr o risco de legitimar arbitrariedades do Poder Público frente à autonomia privada do indivíduo. É aquilo que já foi afirmado em outra oportunidade nesse tópico: a priorização do justo sobre o bem pelos liberais!

No caso de Dworkin, a oposição ao perfeccionismo moral se revela também pela distinção em que ele faz entre **argumentos de princípios e argumentos de política (policy)**. Os primeiros, “são argumentos destinados a estabelecer um direito individual” (DWORKIN, 2007, p.141). Já os argumentos de política são “argumentos destinados a estabelecer um objetivo coletivo” (DWORKIN, 2007, p.141). Segundo o jurista, embora nas discussões jurídicas, possam aparecer argumentos de política, eles não podem ter preponderância. Devem prevalecer argumentos de princípios, pois são eles compatíveis com os princípios democráticos, **em se tratando de decisões judiciais**⁵⁸.

De maneira esquemática, a ideia de Dworkin é que uma sociedade elabora objetivos políticos, isto é, traça decisões políticas que têm a probabilidade de promover ou proteger um determinado estado de coisas, e contra uma decisão que irá retardar sua ocorrência ou colocá-la em perigo (DWORKIN, 2007, p.142). Se esse objetivo político conferir a uma pessoa, uma oportunidade, um recurso, ou uma liberdade, trata-se de um **direito**, que é para ele “objetivo político individuado”. Exemplo: liberdade de expressão.

Caso contrário, se esse objetivo político não conferir a alguém, nenhuma oportunidade, recurso ou liberdade, trata-se de uma **meta**, que é para ele um “objetivo político não individuado”. Exemplos: bem-estar coletivo, eficiência econômica, segurança nacional,

⁵⁷ Essa percepção não é restrita aos liberais. Habermas, que não é um filósofo liberal, também afirma textualmente isso em várias de suas obras.

⁵⁸ A restrição de que só valem argumentos de princípios em se tratando de decisões judiciais, ocorre porque como Dworkin percebe, na seara do legislador, “a justificação de um programa legislativo de alguma complexidade vai normalmente exigir os dois tipos de argumento” (DWORKIN, 2007, p. 130). Um governo pode querer oferecer um programa de subsídios para determinadas indústrias das quais repute relevantes para o país (argumento portanto de política) e oferecer subsídios iguais para fabricantes com capacidades de produção diferentes, para que os fabricantes “mais fracos economicamente” não se vejam privados de concorrer (argumento portanto de princípio).

(moralidade das candidaturas no caso da Ficha Limpa? Sim!)

Os argumentos de princípios, portanto, são aqueles que utilizam proposições que descrevem direitos. Já os argumentos de política são aqueles que utilizam de proposições que descrevem as metas coletivas. **E como dito, somente os primeiros são válidos em se tratando de uma revisão judicial, nos casos politicamente controversos!**

Voltando ao segundo ponto da definição de **direito moral**: nem todo direito jurídico ou constitucional é direito moral. Só é direito moral aquele direito fundamental contra o governo, que garanta o espaço “sagrado” para o liberalismo de autonomia privada, de maneira que “[...] esse direito sobrevive à legislação e decisões judiciais em contrário”(DWORKIN, 2007, p.302).

Vale a pena tratar agora de um outro exemplo trazido por Dworkin: **o da lei contra os distúrbios públicos no processo contra os Sete de Chicago**. Novamente, o objetivo é perquirir melhor como é tratado o conflito entre interesse coletivo e interesse individual na perspectiva liberal.

No processo contra os sete de Chicago, na década de 1960, os réus foram acusados de violarem uma lei, que vedava discursos emocionais pregando a violência em nome da igualdade política (lei dos distúrbios públicos). Acusava-se ainda os réus de, ao fazerem discursos violentos, causarem tumultos, seja porque no “calor dos discursos”, surgiam pessoas que os endossavam, seja porque, surgiam pessoas que reagiam com veemência ao teor do discurso.

Havia, portanto, o seguinte conflito de interesses, pelo menos para o senso comum: de um lado o direito à liberdade de expressão garantido pela Primeira Emenda da Constituição americana, que é para o jurista um direito moral e de outro um **suposto** direito da sociedade de segurança. Como deveriam as diferentes instâncias de governo, incluindo o Judiciário, resolver casos como esse envolvendo direitos morais?

Nesse caso, tudo indicava uma violação da liberdade de expressão, direito moral (forte) contra o governo, pois segundo o jurista norte americano, a liberdade de expressão comporta o direito de a pessoa poder falar aquilo em que sinceramente acredita, mesmo que de uma maneira quão apaixonada de dizer, que choque a maioria. Há portanto, uma conexão entre liberdade de expressão e dignidade humana. Assim, o caso deveria ser enfrentado reconhecendo a inconstitucionalidade da lei contra os distúrbios públicos.

Todavia, para se chegar a essa conclusão, Dworkin analisou dois modelos. O **primeiro modelo** recomenda que

se busque o equilíbrio entre os interesses do indivíduo e as exigências da sociedade como um todo. Se o governo infringir um direito moral (...), terá cometido um erro contra o indivíduo. Por outro lado, se o governo inflar um direito[...] estará

privando a sociedade de algum benefício geral, como o da segurança nas ruas [...]. **Assim, um engano em uma direção é tão sério quanto um engano em outra. O governo deve buscar o meio-termo: equilibrar o bem-estar geral e os direitos individuais, concedendo a cada um o que lhe é devido** (DWORKIN, 2007, p. 303, grifos nossos).

Esse modelo que pede o equilíbrio entre o bem-estar geral e os direitos individuais segundo o jurista, é muito popular no senso comum e mesmo entre os juristas. Dworkin rapidamente percebe um problema grave desse modelo: no processo penal praticamente todos os membros de uma comunidade concordam que mais vale a liberdade de um culpado do que a punição a um inocente. Logo, não há meio-termo na crença liberal em se tratando de direitos morais, pois como argutamente afirma o jurista:

se o governo erra do lado do indivíduo, simplesmente paga um pouco mais em eficiência social do que deveria pagar; em outras palavras, **paga um pouco mais da moeda que já tinha decidido gastar**. Se, no entanto, o governo erra contra o indivíduo, infringe-lhe um insulto que, para ser evitado, envolveria um custo ainda maior em termos de eficiência social, de acordo com as ponderações do próprio governo (DWORKIN, 2007, p.306, grifo nosso).

Ademais, quando há direitos concorrentes em jogo, não se deve invocar o direito da sociedade para “ponderar” com um direito fundamental, pois segundo Dworkin, **direito da sociedade é uma ambiguidade da linguagem dos direitos**. Motivo (e aqui a diferença é muito grande em relação ao comunitarismo/ republicanismo como será visto): se se admitir a existência de direitos da sociedade (visto essa como um todo orgânico) de fazer o que quiser, coloca-se frontalmente em risco a existência dos direitos contra o governo, isto é dos direitos morais. Torna-se quase uma contradição performativa, embora Dworkin não se expresse nesses termos.

O que pode ser feito nesse caso segundo o autor é **tratar os direitos da sociedade, somente tomando os membros da sociedade enquanto indivíduos**. Assim, no caso da Lei contra os distúrbios públicos só se poderia tomar como direitos concorrentes, a liberdade de expressão e o direito individual **de cada membro da sociedade** de estar livre da violência e não o direito da **sociedade** de estar livre da violência. E mesmo assim, segundo o autor não ficaria claro, que tipo de dano efetivo uma lei como essa lograria evitar. Essa reflexão, como será visto ainda neste capítulo, será preciosa no tocante à lei da Ficha Limpa.

Já o **segundo modelo** afirma, ao contrário do primeiro, que a **violação a um direito é muito mais grave do que a inflação a um direito**, (inflação aqui, no sentido de um uso abusivo no exercício de um direito), pois uma vez concedido um direito, o fato de a sociedade ter que pagar um preço mais elevado na sua efetivação não pode ser invocado como argumento para

supressão desse direito.

E é esse modelo que Dworkin aprova, pois segundo ele, a instituição dos direitos “representa a promessa da maioria às minorias de que sua dignidade e igualdade serão respeitadas” (DWORKIN, 2007, p.314), uma vez que a parte do Direito (maior parte inclusive), que define as políticas públicas, já tende a refletir mesmo o ponto de vista da maioria. Logo, os direitos morais por outro lado, precisam valer (e valem) como “trunfos”, freios à vontade majoritária, sob pena de não tratar as pessoas com a mesma **consideração e respeito**, bem como também, sob pena de não tratar as normas enquanto comandos deontológicos.

Está aí em grande medida o núcleo do seu liberalismo igualitário. Um direito moral pode inclusive permitir a **desobediência civil** dos indivíduos, sem que se precise perquirir a consciência dos mesmos, pois não há um dever geral e irrestrito de respeito às leis em uma sociedade democrática!

Correlato aos direitos morais, está a importante temática do **direito à igual consideração e respeito**, já mencionado aqui. Esse é um axioma, que veda a possibilidade de que um diploma legal coloque pessoas em desvantagem, por qualquer razão irrelevante, arbitrária, e mesmo de metas coletivas. O direito à igual consideração e respeito deve atuar portanto, em “duas pontas”. Ele deve estar presente tanto no estabelecimento dos objetivos coletivos de uma determinada comunidade, quanto conferindo restrições especiais para que esses objetivos coletivos não “sufoquem” o indivíduo, desconsiderando-o em suas particularidades.

Ainda sobre o direito à igual consideração e respeito aduz Dworkin:

O governo deve tratar aqueles a quem governa com consideração, isto é, como seres humanos capazes de sofrimento e de frustração e, com respeito, isto é, como seres humanos capazes de formar concepções inteligentes sobre o modo como suas vidas devem ser vividas, e de agir de acordo com elas. O governo deve não somente tratar as pessoas com consideração e respeito, mas com igual consideração e respeito. **Não deve distribuir bens ou oportunidades de maneira desigual, com base no pressuposto de que alguns cidadãos têm direito a mais, por serem merecedores de maior consideração.** O governo não deve restringir a liberdade, partindo do pressuposto de que a concepção de um cidadão sobre a forma de vida mais adequada para um grupo é mais nobre ou superior do que a de outro cidadão (DWORKIN, 2007, p.419, grifo nosso).

O direito à igual consideração e respeito pode ser “desmembrado” em dois: **direito a igual tratamento** e **direito a ser tratado como igual**. O direito a igual tratamento é o direito à idêntica distribuição de bens e oportunidades. Exemplo dado pelo filósofo: uma pessoa, um voto. Esse tipo de direito é mais restritivo, segundo Dworkin. Só tem validade em determinadas circunstâncias específicas, quando decorre um direito mais fundamental do que outros.

Já o direito a ser tratado como igual é o direito fundamental a mesma consideração e respeito, quando da tomada de decisões políticas a respeito da distribuição de bens e oportunidades. Exemplo: uma política econômica que prejudique os titulares de ações no longo prazo. No momento de se estabelecer essa política, os futuros prejudicados têm direito de serem tratados como iguais (isto, é, não podem ser ignorados portanto do cálculo do governante), a fim de se verificar se essa política serve ou não ao interesse geral.

E aqui é importante observar, que esse valor todo conferido pelo jusfilósofo americano ao direito a igual consideração e respeito, advém do fato de que apesar de Dworkin expressamente se identificar como um pensador liberal, nem de longe a **liberdade**, como era de se esperar de um autor liberal, é o direito mais importante na construção do seu pensamento.

Segundo o jusfilósofo, “não existe direito geral à liberdade enquanto tal” (DWORKIN, 2007, p. 414), pois para que algo atinja a condição de um **direito** (em sentido forte na expressão de Dworkin), tem que ser errado que um governo prive uma pessoa do exercício conferido por esse algo. E isso não ocorre com a liberdade, pois em uma série de situações, o governo pode privar o exercício da mesma pelas pessoas, sem que essa privação seja ilegítima. Exemplo dado pelo autor: o governo decide que uma determinada avenida seja de mão única. Ninguém poderá argumentar, que sua liberdade de dirigir em faixa dupla está sendo violada. Ou então no exemplo mais básico possível, de que a lei ao proibir o homicídio, afora as excludentes de ilicitude, estaria então limitando a liberdade das pessoas de matar!

O que faz com que determinadas liberdades básicas sejam tão importantes para o ordenamento jurídico e para uma comunidade, como por exemplo, a liberdade de consciência, de expressão, de voto, não é propriamente em função do valor geral da liberdade, mas sim em função do valor **igualdade**. **É o direito fundamental a ser tratado como igual que está em jogo, quando em ação as liberdades básicas**. E esse direito que faz dessas liberdades básicas não apenas direitos, mas direitos morais contra o governo, a serem exercidos até mesmo diante de uma lei ou sentença em contrários!

Foi esse **giro de perspectiva**⁵⁹ de Dworkin, ou seja, a ideia de que as liberdades individuais estavam implícitas no conceito de igualdade, que justificou perante o Direito segundo o pensador, a importante decisão da Suprema Corte Americana no caso *Brown v. Board of Education* (1954) de acabar com a política segregacionista de iguais, mas separados,

⁵⁹ Expressão de José Adércio Leite Sampaio, quando no trato do pensamento de Dworkin. Ver SAMPAIO, José Adércio Leite. **Teoria da Constituição e dos direitos fundamentais**. Del Rey Editora. Belo Horizonte, 2013, especialmente o capítulo I, da Parte III, **O Constitucionalismo Liberal**.

que vinha desde final do século XIX, no caso *Plessy v. Ferguson*.

Ainda a respeito de Dworkin, é curioso observar, que apesar de ele ser um autor claramente dentro da matriz do liberalismo, como aqui enfatizado, tem reflexões que levam em conta em alguma medida, preocupações para além do indivíduo, até mesmo de ordem republicana.

O republicanismo bem como o comunitarismo serão tratados em capítulo próprio. Todavia, vale a pena adiantar no presente tópico sobre o liberalismo, um pouco sobre a perspectiva do denominado **republicanismo cívico liberal de Dworkin** por dois motivos: 1) pela razão mais fácil de já estarmos abordando esse autor; 2) para mostrar que o debate entre liberalismo e comunitarismo/republicanismo hoje, embora às vezes acalorado e sem chegar a um acordo, não é tão mais “um cabo de guerra” em que cada fica irredutível às razões do outro. É possível vislumbrar na contemporaneidade **posições liberais matizadas**, como a do republicanismo cívico liberal a ser tratado agora, que evidentemente não se confunde com o republicanismo clássico, que será tratado em tópico posterior, mas que não é de todo incompatível.

O conceito de republicanismo cívico liberal, na obra *A Comunidade Liberal* (1989), está ligado à admissão de Dworkin da importância crucial da vida comunitária na vida de um indivíduo (à semelhança dos comunitários e republicanos). Como já dito, mas vale a pena frisar, Dworkin reconhece que “a comunidade política possui uma vida comunal, cujo êxito ou fracasso forma parte daquilo que determina se a vida de seus membros é boa ou não” (DWORKIN, 1989, p.162). Por meio então das decisões tomadas pelos órgãos públicos (legislativo, executivo e judiciário), Dworkin acredita que a vida comunitária de um Estado “acontece”. Nelas, os cidadãos atuam conjuntamente como coletivo, levando em consideração aquilo que é imperativo para a justiça. Contudo, para além dos atos formais do Estado, cessasse a vida comunal de um corpo político, ao contrário do que pensa o republicanismo clássico (e o comunitarismo propriamente dito) que tende a ver, uma identificação total do indivíduo com a comunidade segundo o jurista.

E nesse ponto, segundo o autor, os comunitaristas acabam caindo em uma espécie de “antropomorfismo”, ao suporem de maneira equivocada “ (...) que a vida comunal é a vida de uma pessoa de tamanho extraordinário, que tem a mesma forma, encontra os mesmos dilemas éticos e morais e está sujeita aos mesmos padrões de êxito ou fracasso da vida dos seus cidadãos” (DWORKIN, 1989, p.162). O resultado disso é que se gera um clima de repressão e vigilância dos membros de uma sociedade na medida em que há uma identificação perigosa de costumes, crenças e religiosidade dos membros de uma comunidade para toda a coletividade.

Em outras palavras conforme Cecília Caballero:

Acima de tudo, o que Dworkin pretende é articular a complexidade democrática estabelecendo um duplo movimento: por um lado, o de reconhecimento da importância da comunidade liberal e consequentemente prioridade da moralidade política e, por outro, o de oferecer limites a esta identificação, permitindo o desenvolvimento das concepções individuais de bem e vida boa. Esta fusão entre a moralidade política e proteção do interesse individual é o núcleo do republicanismo cívico liberal (LOIS, 2005, p.37).

Até que ponto o republicanismo cívico de Dworkin reforça mais ainda o seu liberalismo em lugar de temperá-lo com elementos da tradição republicana, como o nome dessa doutrina poderia sugerir inicialmente, não deixa de ser uma indagação, pois ele reconhece a importância da comunidade na vida do indivíduo, mas ele não “abre mão” de praticamente nada na proteção dos interesses individuais como fundamento em última instância para a vida da comunidade!

Por fim, vale a pena conferir, uma breve comparação feita pelo José Adércio Sampaio (2013) entre o pensamento de Dworkin e de Rawls. Segundo o jurista:

Dworkin defende uma continuidade entre moral ou ética e justiça, negada por Rawls. Poderia também dizer que a “igualdade liberal” que ele defende é um pouco mais extensa do que a propugnada por Rawls, ainda que não signifique exatamente igualdade material efetiva, a que ele chama de igualdade de bem-estar (SAMPAIO, 2013, p. 137).

Veja-se agora, como o pensamento de Dworkin e Rawls, bem como outros aspectos da matriz liberal, se manifesta consciente ou inconscientemente nas críticas à Lei da Ficha limpa.

3.5 A manifestação da pré-compreensão liberal na leitura de alguns institutos jurídicos envolvidos com a Lei da Ficha Limpa

Como visto, na perspectiva liberal, sob os mais diferentes fundamentos, o indivíduo é visto como causa, como fundamento da sociedade. Seja partindo do antigo modelo do contrato social, seja partindo do modelo da posição original (o chamado neocontratualismo), seja adotando a premissa dos direitos morais que todos os indivíduos têm, a argumentação em casos controversos, inicia-se portanto do indivíduo, para depois “ir em direção” à sociedade!

Especificamente sobre os institutos envolvidos em torno da Lei da Ficha Limpa e por conta da centralidade do indivíduo na argumentação liberal, a tendência é de que quem parte de uma pré-compreensão liberal, tenda a ver o instituto da **inelegibilidade** (afora os casos ligados a parentesco/analfabetismo) **no mínimo como um gravame à condição do indivíduo, até mesmo uma sanção, a ser interpretada restritivamente**. Tende a ver a presunção de

inocência como um princípio **quase absoluto**, que transcende em muito “os muros do Direito Penal”, a tal ponto de se falar hoje em **Direito Sancionador**. Tende a ver o papel do STF como uma **instância contramajoritária, mas ao mesmo tempo não antidemocrática**, não somente nesse caso, como de qualquer outro, quando em jogo direitos fundamentais, o que para os autores afinados com essa matriz da Teoria da Justiça não foi cumprido no julgamento de constitucionalidade da lei da Ficha Limpa.

E tende a ver a moralidade das candidaturas, ou vida pregressa do candidato, **na melhor das hipóteses**, até como algo importante para a sociedade, mas desde que primeiramente, respeitado integralmente os direitos fundamentais, para que esse princípio não se converta em argumento de “meta política”, “exigência perfeccionista”, “valor de bem-estar geral”, que como já dito, tanto para Dworkin, quanto para Rawls, nunca pode ser utilizado para restringir o direito fundamental de um indivíduo. Seja porque para o primeiro filósofo, o desrespeito aos direitos fundamentais importa na grave violação no princípio de que todos merecem igual consideração e respeito, seja porque para o segundo, violar os direitos fundamentais simplesmente torna a cooperação social com base no respeito mútuo impossível.

Foi dito que na melhor das hipóteses, porque a tendência de quem parte de uma pré-compreensão liberal, é ver a ênfase de parte considerável da sociedade e do Judiciário no desejo pela moralidade das candidaturas, como **um grande risco de a discussão jurídica estar recaindo em um moralismo pernicioso**. E que portanto, é tarefa do Direito evitar abusos na autonomia, ou então na igual consideração e respeito do indivíduo/candidato, para usarmos a linguagem de Dworkin.

Ver-se-á no capítulo seguinte, como que a percepção dos mesmos institutos varia quase que completamente a partir de uma outra pré-compreensão, a partir de uma outra matriz da teoria da Justiça, que no caso é o comunitarismo. De antemão, já dá para concluir como que não existe interpretação neutra (como pensara inicialmente a Escola da Exegese), pois se o existisse, **como que um mesmo instituto, poderia ser lido de maneira tão diferente?** Realmente impossível!

Começa-se então, a análise um pouco mais detida a respeito da manifestação pré-liberal em torno do instituto da **inelegibilidade** (o que será feito para cada instituto citado acima). Em sugestivo artigo publicado pela FGV, *Levando os direitos políticos a sério: Inelegibilidade e controle de convencionalidade*, título esse fazendo clara referência à obra do liberal Dworkin, Bastos Júnior e Miotto dos Santos (2005) mostram que:

As inelegibilidades precisam ser tratadas desde uma perspectiva muito distinta

daquela que, até então, vem dominando os tribunais brasileiros. **Diferentemente do discurso de matiz moralizante e excludente que vige entre nós**, a lógica que preside a matéria no âmbito do sistema interamericano é a de que **os Estados devem ampliar, ao máximo, os legitimados para se lançarem aos pleitos eleitorais (garantia de ampla oportunidade de participação em pleitos periódicos e autênticos)**. Portanto, não são adequadas as interpretações que subtraem **a feição de garantia fundamental aos direitos políticos passivos. O direito a lançar-se como candidato nas eleições é tão fundamental quanto o direito votar. São duas facetas indissociáveis do *jus suffragi* e que gozam de idêntica dignidade** (MAGNO JÚNIOR; SANTOS, 2015, p. 244, grifos nossos).

No mesmo sentido, manifestam Orides Mezzaroba e Carlos Strapazzon (2011) sobre o institutos de inelegibilidades presentes na lei da Ficha Limpa, quando dizem:

A lei que suspende **uma liberdade cívica fundamental** de quem tem contra si condenação judicial fundada em ato ilícito e não transitada em julgado, como quer a Lei da ficha limpa, institui uma suspensão inconstitucional posto que institui uma **punição preventiva, o que é contrário aos princípios mais caros da tradição liberal, humanitária e constitucional** (MEZZAROBA; STRAPAZZON, 2011, p. 236, grifo nosso).

Veja: na perspectiva liberal, a regra é a elegibilidade⁶⁰, por comportar um direito político fundamental (lembre-se de que Rawls, quando estávamos a tratar desse autor, colocou as liberdades políticas, bem como seu valor equitativo, no seu primeiro princípio de justiça, que é prioritário em sua concepção de justiça). A inelegibilidade afora os casos preventivos de parentesco, analfabetismo, tem natureza de sanção e assim, indiferente se é penalidade ou não, deve-se reger pelo *due process of law*, o que implica trânsito em julgado da sentença condenatória e vedar qualquer tipo de retroatividade da lei eleitoral.

Muito “claro” também nesse sentido, Rodolfo Pereira, quando diz:

O fato é que o arcabouço jurídico que informa a análise e o (in)deferimento do registro **deve derivar da permissão constitucional**, sob pena de atentar contra a Constituição. Isto é, a circunstância de o direito de se candidatar derivar do deferimento do registro não significa que esta fase procedimental possa ser utilizada pelo legislador ordinário ou pelo magistrado como momento privilegiado para edificar plataforma moral não autorizada pela ordem constitucional. (PEREIRA, 2014, p.11, grifo nosso).

É o que o eleitoralista Adriano Soares da Costa, também afinado com o liberalismo, denuncia a transformação do signo “elegibilidade” pela Justiça Eleitoral e pelo STF, que não é mais:

direito subjetivo público de ser votado”, mas, sim, de “adequação do cidadão ao regime jurídico constitucional e legal complementar do processo eleitoral”, consubstanciada no não preenchimento de requisitos negativos (as inelegibilidades) no momento do registro de sua candidatura (COSTA, 2013).

⁶⁰ Ainda que a doutrina eleitoral aponte que alguém está apto a ser candidato, e portanto, exercer os direitos políticos passivos, somente com o deferimento do registro da candidatura pela Justiça Eleitoral.

Já sobre o instituto da **presunção de inocência**, veja, por exemplo, o que disse o ministro Dias Toffoli, em voto vencido, também afinado com o liberalismo (e mesmo em boa medida afinado também com o constitucionalismo atual):

Ao invés de se patentear a presumida não culpabilidade do candidato, a fim de garantir-lhe a participação na eleição [...] a norma tece prescrição contrária presumindo a culpabilidade e negando o acesso de cidadão ao pleito eleitoral a não ser que obtenha provimento cautelar permissivo. Tal situação é um descalabro jurídico (BRASIL, 2012, p. 98).

Isso porque por meio do art. 26-C da lei da ficha limpa, tentou-se “mitigar” a irreversibilidade de um possível dano causado a um candidato declarado por uma decisão de órgão colegiado inelegível, mas que em última instância se mostre inocente, em momento posterior ao pleito eleitoral, tentando preservar assim o núcleo essencial da presunção de inocência.

ART. 26-C. O órgão colegiado do tribunal ao qual couber a apreciação do recurso contra as decisões colegiadas a que se referem a alíneas “d”, “e”, “h”, “j”, “l” e “n” do inciso I do art. 1º **poderá, em caráter cautelar, suspender a inelegibilidade sempre que existir plausibilidade da pretensão recursal e desde que a providência tenha sido expressamente requerida**, sob pena de preclusão, por ocasião da interposição do recurso

§1º Conferido efeito suspensivo, o julgamento do recurso terá prioridade sobre todos os demais, à exceção dos de mandado de segurança e de habeas corpus (BRASIL, 2010).

Continuando a pré-compreensão da presunção de inocência afinada com o liberalismo (embora isso valha, repito, para várias outras correntes do Direito, inclusive para a teoria discursiva), segue-se o eleitoralista Ruy Espíndola (2011) dizendo:

Ora, é conquista da civilidade e da ciência jurídica dela resultante que tal princípio tem aplicação **em todos os ramos do Direito** em que haja atividade sancionadora, função punitiva. Tanto que se fala, hoje, de **Direito Sancionador** para abarcar amplas esferas para além do Direito Penal, que, todavia, pressupõe a ciência penal como o grande arquétipo, a grande luz, o grande caminho que orienta a aplicação das penas em todas as áreas do Direito. Assim, essa inconstitucionalidade da lei tem levado, reflexamente, a uma grande incoerência ideológica, lógica e teórica entre os moralistas que “toleram” em frágil medida as garantias fundamentais na Constituição: **para se salvar a moralmente perfeita e politicamente correta “LC 135/2010”, mandem-se às favas garantias constitucionais!** (ESPÍNDOLA, 2011, p.210, grifo nosso).

Ou mais ainda o voto do Ministro Celso de Mello: “Presunção de inocência não se esvai progressivamente, à medida em que se sucedem os graus de jurisdição”(BRASIL,2008).

Veja então, como o tema da presunção de inocência foi um dos que mais saltou aos olhos de como a pré-compreensão hermenêutica do intérprete faz toda a diferença na percepção desse instituto bem como dos demais direitos fundamentais. Se o operador do

Direito, antes mesmo de analisar essa questão, já se insere em uma tradição, ainda que inconsciente, que coloca os interesses/direitos do indivíduo como prioridade na fundamentação de um argumento, ele provavelmente não tomará a presunção de inocência enquanto um valor a refletir os interesses da comunidade. Pelo contrário, a presunção de inocência será tomada sempre enquanto uma norma de observância obrigatória, comando cogente, só admissível a sua limitação em se tratando das hipóteses de prisão preventiva, e mesmo assim, excluindo a hipótese legal que permite a prisão preventiva por **garantia da ordem pública!**

E mais: haverá uma tendência de quem parte de uma pré-compreensão liberal, em sede de argumentação, corretamente, resgatar o histórico de como eram tempos difíceis, aqueles de abuso estatal em face do indivíduo, quando não vigorava o princípio da presunção de inocência. Quando vigorava o Modelo de Processo Inquisitivo e não o Modelo de Processo Acusatório, como o atual. Ou mesmo quando vigorava a ditadura civil-militar no Brasil, em que a tortura era prática de Estado e não uma prática isolada de algum agente “tresloucado”. Nesse sentido, muito enfático o ministro Celso de Mello em seu voto na ADPF nº144!

Quanto ao papel do STF como **instância contramajoritária**, quando em jogo os direitos fundamentais, quem parte de uma pré-compreensão liberal acredita como já dito, que o STF não cumpriu esse precípuo papel, na linha do voto do ministro Gilmar Mendes. Apenas para recordar o que já foi explanado aqui, esse disse de maneira afinada com o Liberalismo, que “o argumento de que a lei é de iniciativa popular não tem peso suficiente para minimizar ou restringir o papel contramajoritário da Jurisdição Constitucional” (BRASIL, 2012, p. 279).

Isso porque, como visto, seja com Dworkin, seja com Rawls, há uma desconfiança em muitos casos em relação à vontade da maioria, que pode ser tirânica. E assim, Dworkin propõe que se teste as credenciais do consenso da comunidade e que o Judiciário, sem temer parecer elitista, promova os direitos fundamentais. E Rawls vê a Suprema Corte, como caso exemplar de razão pública, a exigir apenas fundamentos que levem em conta a constituição e os princípios de justiça acordados na posição original.

Já sobre a questão de moralidade das candidaturas e **vida pregressa do candidato**, argumentam, por exemplo, Eneida Desirré Salgado e Eduardo Borges Araújo, também com uma grande afinidade com a pré-compreensão liberal, que:

Nada permite afirmar que a Constituição Federal de 1988 é compatível com uma leitura moralizadora e perfeccionista. O texto constitucional, embora traga valores compartilhados pela sociedade, como a solidariedade e a igualdade, não aniquila o espaço de liberdade e nem apresenta um projeto de vida boa a ser imposta aos cidadãos. **O compartilhamento de valores públicos, expresso no preâmbulo e no artigo 3º, revela uma moralidade objetiva que não autoriza a imposição de uma moralização**

subjetivada, seja pelo legislador ou pelos magistrados, em nome de prevenção ou precaução (SALGADO; ARAÚJO, 2013 p.134, grifos nossos).

E os pesquisadores ainda recordam que a Constituição de 1824 estipulava como condição de elegibilidade para o cargo de senador, “ser uma pessoa de saber, capacidade e **virtudes**” (art. 45 III, BRASIL, 1824). Ademais, um decreto da mesma época, ordenava que o eleitor (quem escolhia os deputados e senadores na eleição de dois graus) fosse um “homem probo, e honrado, de bom entendimento, sem nenhuma sobra de suspeita ou inimizade à causa do Brasil”. E que portanto, nada disso se verifica atualmente na Constituição de 1988, não cabendo portanto tamanho critério moralizador e subjetivo ao mesmo tempo.

Eneida Salgado e Eduardo Araújo chegam mesmo a dizer que a “a lei da Ficha Limpa é símbolo de um perigoso encontro entre discurso e moralidade – uma moralidade perniciosa que desafia os fundamentos do Estado Democrático de Direito” (SALGADO; ARAÚJO, 2013 p.3).

Isso porque, em uma perspectiva liberal como aludido, até se admite a moralidade no Direito (Dworkin como abordado, é muito enfático nisso), mas a moralidade ressaltada **está muito mais ligada à prevalência dos direitos fundamentais na comunidade do que a valores ligados às virtudes do cidadão.**

Vida pregressa do candidato, então, tende a soar para quem é liberal, como exigência perfeccionista, violadora não só dos direitos fundamentais do cidadão, mas também do fato do pluralismo razoável (expressão de Rawls como vimos) das sociedades democráticas. Ademais, quem parte de uma pré-compreensão liberal e se recorda do passado recente brasileiro, tende a apontar os perigos dos “fundamentos moralizantes, típicos da época de salvação nacional” como citado pelo ministro Dias Toffoli em seu voto na ADC 29, 30 e da ADI 3578, em relação à ditadura civil –militar de 1964 (BRASIL, 2012).

Todavia, como também contemplado neste trabalho, Rawls, que também é liberal, admite a possibilidade da introdução de ideias do bem que possam complementar a concepção política e pública de justiça, desde que sejam ideias políticas. Tratam-se do que ele denomina de **virtudes políticas**, que como já colocamos, caracterizam o **ideal do bom cidadão de um Estado democrático – um papel especificado por suas instituições políticas** (RAWLS, 2000, p. 242, grifo nosso).

A grande questão é: Quando na Constituição, via Poder Constituinte Reformador é estipulado o conceito de **vida pregressa do candidato**, trata-se de um ideal perfeccionista, tão condenado por qualquer corrente do Liberalismo ou, por exemplo, uma virtude política vinculada aos princípios de justiça política à sustentar a cooperação social equitativa ao longo do tempo, nos termos de Rawls?

Pensa-se na presente pesquisa, que por mais que a ideia de vida pregressa do candidato, bem como os critérios da Lei da Ficha Limpa possam parecer perfeccionistas a grande parte de quem se afina a corrente do liberalismo, esses parâmetros por outro lado, podem ajudar a desenvolver a virtude da confiança mútua (valor importante para Rawls em uma sociedade cooperativa) entre eleitor e eleito, tão em baixa nos tempos hodiernos no Brasil. Seguramente, quase 100% dos eleitores brasileiros não confiam na política nem nos políticos. E nesse sentido, a Lei da Ficha Limpa, pode ajudar as pessoas a pensarem e se sentirem de um modo que sustente a cooperação equitativa entre os cidadãos ao longo do tempo.

3.6 Algumas considerações

A tensão entre interesses individuais e interesses coletivos, ou em termos mais “técnicos” entre direitos subjetivos e finalidades coletivas, verificada na introdução, percorre a história da humanidade, ora valorizando-se mais os primeiros, ora valorizando-se mais os segundos. Respectivamente, a matriz jurídica do liberalismo valorizando mais os interesses individuais e a matriz jurídica do comunitarismo valorizando mais os interesses coletivos.

Concentrando-se nesse capítulo em torno de alguns aspectos do liberalismo, vimos que, enquanto pré-compreensão hermenêutica do intérprete, tem evidentemente muitos aspectos positivos. Como abordado, ele diz e de fato “leva muito a sério” os direitos fundamentais das pessoas. Os autores liberais e os constitucionalistas afinados com essa corrente (a maioria, diga-se de passagem, a tal ponto que em muitos momentos, constitucionalismo e liberalismo se confundirem!), sabem que desde o início da Modernidade não há mais cosmovisões aptas o suficiente para forjar uma integração social. E que portanto, ou se respeita seriamente os direitos de cada um de perseguir o seu próprio bem, ou se correrá um enorme risco do arbítrio, seja do Estado, seja das maiorias eventuais. Sobre esse aspecto, até os críticos do liberalismo tendem a concordar.

É certo também, que o liberalismo de Rawls e Dworkin, estudados em linhas bem gerais no presente capítulo (é evidente que a riqueza do pensamento dos autores é *muito maior* do que o que foi examinado aqui⁶¹), pouco se parece com o liberalismo político do século XVIII e XIX. Há o reconhecimento nesses autores, do papel do Estado de dar condições socioeconômicas para que os indivíduos possam implementar seu projeto de vida boa. De modo algum, esses pensadores comungam do simples absentismo estatal dos primeiros liberais, como condição

⁶¹ Nesse sentido, é preciso até pedir desculpas ao leitor, por tamanha simplificação de autores tão importantes para a Filosofia do Direito e do Direito Constitucional!

suficiente para preservar a denominada “liberdade dos modernos”, ou a autonomia privada dos indivíduos.

Ademais, a premissa de Dworkin trabalhada aqui, de que se deve testar as credenciais de um consenso da comunidade; de que portanto não é tudo que é professado pela comunidade, que conta como moral da comunidade, parece ser filosófica e historicamente muito importante. Difícil de ser combatida argumentativamente, já que em nome da Nação, da sociedade, das razões de Estado, da comunidade, grandes atrocidades, verdadeiras monstruosidades, já foram cometidas!

Nesse sentido, o cuidado de Dworkin sobre o **que deve contar como moral da comunidade**, e mesmo dos outros liberais, parece indicar um aspecto muito salutar do liberalismo. A tal ponto, que um dos maiores filósofos da atualidade, Jürgen Habermas, tenha “muitos pontos em comum⁶²” com Dworkin, especialmente em não tergiversar no respeito aos direitos fundamentais em nome de nenhum outro valor!

O problema do liberalismo de hoje é que ainda que mais igualitário, parece estimular, ou se for o caso, assentir com o individualismo/egocentrismo cada vez mais exacerbado entre as pessoas. Valores coletivos importantes muitas vezes, tendem a ser vistos com desconfiança na ótica liberal, ou mesmo como **simples diretrizes políticas**, com pouca força normativa.

Em sociedades cada vez mais narcísicas, isso pode ser um grande problema! Por exemplo: em tempos de epidemia de dengue no Brasil, a resolução de algumas prefeituras de permitirem fiscais poderem “arrombar” as portas das casas de proprietários relapsos com a situação de seu imóvel, que se tornou portanto, criatório do mosquito *Aedes Aegypti*, seria vista com muito receio por parte de algum liberal mais “radical”, que exigiria para tanto um competente mandado judicial. E assim, correria-se o risco de a epidemia se alastrar com mais facilidade, por conta da passagem do tempo e dos trâmites burocráticos (basta lembrar-se que somente sete dias são suficientes para que a larva se torne mosquito). Esse tipo de crítica será visto com mais profundidade quando do estudo do comunitarismo.

Parece então, que falta ao liberalismo a compreensão fenomenológica, que “a sociedade não é uma coletividade de Eu (s), mas um infinito de tantos Outros quanto surgem” (SILVA, 2014, p. 88), como colocada em preciosa dissertação tendo como “marco teórico” o pensamento de Lévinas, por Guilherme Silva . O Outro, como, totalmente estrangeiro de mim, não é um alter ego de mim. Nesse sentido, ideias como posição original de Rawls, embora definida por ele como um artifício de representação, parecem bem egológicas!

⁶² É claro que Dworkin e Habermas não se confundem, têm grandes diferenças também, que serão colocadas ao longo do presente trabalho.

Mesmo quando Rawls, em uma nota de rodapé (nº 8), afirma que seja:

incorreto dizer que o liberalismo concentra-se exclusivamente nos direitos dos indivíduos: seria mais acertado dizer que os direitos que reconhece objetivam **proteger as associações, os grupos mais fracos e os indivíduos todos uns dos outros**, num equilíbrio apropriado especificado pelos princípios de justiça que o norteiam (RAWLS, 2000, p. 271, grifo nosso).

Ainda assim, por mais importante que essa proteção “abraçada” pelo liberalismo seja para os indivíduos e para a concepção de um Estado Democrático de Direito, mesmo assim, a perspectiva egológica do liberalismo permanece! E a maioria dos comunitaristas, como serão vistos, tecem esse tipo de crítica.

Como também visto, é muito difícil “justificar” a Lei da Ficha Limpa sob a ótica liberal, pois a maior parte dos autores afinados com essa matriz, como por exemplo, os citados aqui no trabalho como Ruy Espíndola, Adriano Soares da Costa, Eneida Desireé Araújo, vêem a ideia de **vida pregressa do candidato**, que é anterior ao próprio diploma legal em comento, mas que explica em grande parte a sua existência (lembrem-se vida pregressa do candidato veio com a Emenda Constitucional de Revisão 04 de 1994) como uma **exigência perfeccionista**. E como é conhecido na literatura constitucional, bem como na filosofia do Direito, para o liberalismo, o justo precede o bem, e que portanto, ideias de bem-estar geral não são suficientes para restrição de direitos fundamentais.

Aqui, de novo, a humilde crítica do autor da presente pesquisa, com a dificuldade do liberalismo na satisfação de valores coletivos importantes, como por exemplo, no caso, o **valor do combate à corrupção**, ou em outras palavras, o **valor do respeito ao erário**, mesmo que esses valores procurem “ao máximo” respeitar os direitos fundamentais dentro de procedimentos assentidos pelo Judiciário.

Como visto, na perspectiva liberal, sob os mais diferentes fundamentos, o indivíduo é visto como causa, como fundamento da sociedade. É como se fosse grosso modo, primeiro o indivíduo, depois a sociedade, na hora de argumentar!

Se é muito difícil justificar essa lei na matriz liberal, por todas essas razões expostas, é preciso recordar, que para Rawls certas virtudes políticas, que se vinculem a concepção pública e política de justiça e que ajudem a sustentar a cooperação social equitativa ao longo do tempo podem ser estimuladas pelo Estado.

Vida pregressa do candidato, que não seja aferida por simples moralismos e subjetivismos, não ajuda a tecer formas de pensar e de sentir que estimulem a cooperação social equitativa ao longo do tempo? Não ajuda portanto, a desenvolver o raro atributo da **confiança**

mútua (virtude política esta importante para Rawls), entre por exemplo, eleitos e eleitores?

Para o autor da presente pesquisa sim, até porque, o grau de **profissionalização de corrupção verificado no Brasil**, em uma teia intrincada de negócios espúrios envolvendo empreiteiras, líderes políticos, funcionários públicos, fazendo da corrupção “quase como uma forma de governo”, precisa-se como contraponto, do desenvolvimento de certas virtudes no seio social, sob pena de, a “estrutura básica da sociedade” (em linguagem rawlsiana), “ruir”.

Como será esclarecido, parece que na matriz do comunitarismo, especialmente do republicanismo, é bem mais “fácil” justificar a Lei Complementar nº 135. As afinidades são muitas e os votos vencedores dos ministros que julgaram a constitucionalidade da lei não “mentem”. Mas o comunitarismo também tem seus perigos...É o que se verá a seguir!

4 A ALEI DA FICHA LIMPA E A MATRIZ JURÍDICA DO COMUNITARISMO: AS MUITAS AFINIDADES EM JOGO

4.1 Os tipos de comunitarismo e a hermenêutica constitucional orientada por valores

Como já foi adiantado no capítulo anterior, e ficará mais “claro” ao longo da presente pesquisa, percebe-se uma afinidade muito grande entre os votos vencedores da ADC nº 29, 30 e ADI 4578 e a matriz do comunitarismo. Mas o que é mesmo o comunitarismo⁶³?

Para começar, não há apenas um comunitarismo, mas vários tipos de comunitarismo. Motivo: há várias espécies de comunidade concebidas, ou desejadas pelos teóricos dessa doutrina. E assim, dependendo do tipo concebido de comunidade, tem-se um tipo de comunitarismo. Prefere-se aqui com uma classificação esboçada por José Adércio Sampaio, que dividiu, a partir do trabalho de diversos autores⁶⁴, as comunidades em quatro tipos principais: a) **comunidades políticas**; b) **comunidades pré-modernas**; c) **comunidades geográficas**; d) **comunidades de memória** (SAMPAIO, 2013, p.141, grifo nosso)

As comunidades políticas são aquelas, a exemplo da *polis* grega, nas quais pessoas consideradas virtuosas se reuniam na *ágora*, fazendo as suas próprias leis. Hoje se tem noção de que as comunidades políticas, apesar de terem deixado um legado democrático e republicano para a posteridade, eram excludentes, pois ficavam de “fora” das discussões políticas (no caso grego, por exemplo) as mulheres, os estrangeiros, os escravos, enfim, todos aqueles que não eram proprietários nem cidadãos. As comunidades políticas segundo José Adércio Sampaio dão origem a um **comunitarismo político, ou republicanismo**, que é de grande relevo para a presente pesquisa. É sobre esse tipo de comunitarismo inclusive, que será o objeto das atenções da presente pesquisa.

As comunidades pré-modernas são aquelas que tratam das unidades sociais pré-industriais, em que laços de parentesco e vizinhança formam o *ethos* daqueles grupos.

Já as comunidades geográficas são aquelas em que a ocorrência de laços afetivos se relaciona a um determinado espaço físico, seja um bairro, seja um grande centro urbano.

Por fim, as comunidades de memória são agrupamentos que compartilham determinados

⁶³ É claro que ao fazer esse tipo de indagação não estamos procurando, como poderia parecer à primeira vista, a essência do comunitarismo ou a *ousia* do comunitarismo, à maneira grega, que tratava o ser como presença. Estamos procurando, como já foi dito em outra ocasião, apenas os traços, as pegadas do comunitarismo, sem qualquer pretensão de exaurir o conceito de comunitarismo. Nossa proposta é mais modesta, embora não menos complexa!

⁶⁴ Os autores com os quais José Adércio se inspirou em sua classificação são: Jean Pierre Vernant, Ferdinand Tönnies e Michael SHuman.

valores e história, seja para reforçar a identidade e laços comunitários existentes (comunidades indígenas e quilombolas, por exemplo) seja para separar-se do entorno social (movimentos separatistas). Nas comunidades de memória, Sampaio inclui além das comunidades tradicionais, a **nação**, que é uma memória construída, uma comunidade imaginada por excelência, a partir de símbolos como língua, costumes e história em comum. A família também pode ser vista como um exemplo de comunidade de memória em nível micro.

Tanto as comunidades pré-modernas como as comunidades de memória dão origem ao que Sampaio denomina de **comunitarismo utópico ou orgânico** (SAMPAIO, 2013, p. 144, grifo nosso). A denominação decorre porque os teóricos dessa corrente acabam mobilizando teses nostálgicas de um tempo de uma boa vida comunal. Não é sobre tipo de comunitarismo, repetimos, que estar-se-á mais interessado na presente pesquisa. Todavia, é sempre bom ter uma visão panorâmica dos fenômenos!

Apesar dessa classificação, convém aludir às ideias gerais em torno do comunitarismo, seja de qual ramificação for. Para isso, nada melhor do que começar com Aristóteles. Na obra *A política*, Aristóteles explana que “uma mão separada do corpo não mais será mão além do nome. Todas as coisas se definem pelas suas funções; e desde o momento em que elas percam as suas características, já não se poderá dizer que sejam as mesmas;” (ARISTÓTELES, 1995, p.15).

O que Aristóteles queria dizer com isso? O filósofo estagirita estava a dizer, que as coisas definem-se pela sua finalidade. É a denominada **causa final**. Um olho define-se porque consegue enxergar. Um joelho define-se porque consegue dobrar. Um sapo define-se porque consegue coaxar e assim por diante. Tudo no cosmos para o filósofo tinha uma finalidade e assim, o universo mostrava-se perfeito e ordenado.

E quanto ao homem? Ele também tinha a sua finalidade? E se a tinha, qual era? O homem também tinha a sua finalidade, porém, ela não era tão acessível quanto à finalidade dos demais corpos do universo. A finalidade do homem era a de ser um **animal político**, interessar-se pelos assuntos da cidade, da *polis*. E interessar-se não apenas participando dos debates políticos na *ágora*, como também acatando as determinações da cidade. Agindo dessa forma, o homem encontrava seu lugar natural no universo e se tornava **virtuoso**.

Repare pela “descrição” acima que a ordem estatal está acima do indivíduo, uma vez que conforme Aristóteles, “o Estado está na ordem da natureza e antes do indivíduo; porque, se cada indivíduo isolado não basta a si mesmo, assim também se dará com as partes em relação ao todo” (ARISTÓTELES, 1995, p.15). A ideia então do filósofo era que a natureza compelia os homens a se associarem, e que o homem que não se associava ou era “um bruto ou um deus”

(ARISTÓTELES, 1995, p.15). Assim, no pensamento aristotélico, o Estado e a sociedade eram mais importantes do que o homem, porque eram eles que davam a condição humana ao indivíduo, feito o corpo que permite a mão se mexer, ou que permite o rim filtrar o sangue!

No amplo espectro de autores em torno do comunitarismo (como Macintyre, Ackerman, Sandel entre outros) em matizes variadas, o consenso em torno dessa assertiva de Aristóteles é geral. E é por isso, que Galuppo aponta que:

as teses básicas do comunitarismo são a tese da prioridade do bem sobre o justo e a tese da prioridade do todo sobre a parte. A tese da prioridade do bem (entendido como a felicidade da comunidade) sobre o justo (entendido como os direitos individuais) indica que alcançar a felicidade social é mais importante que realizar direitos individuais[...] porque a felicidade coletiva é interpretada como causa da existência da organização societária. A tese da prioridade do todo sobre a parte indica que, no conflito entre interesses coletivos e direitos individuais, aqueles devem prevalecer sobre estes, porque, em última instância, são a sua causa, origem e fundamento. Assim, podemos definir o comunitarismo como a concepção que afirma a prevalência ontológica, axiológica e histórica da comunidade sobre o indivíduo (GALUPPO in: GALUPPO, 2006, p.516).

Com Aristóteles, como visto, e sua ideia de causa final, ficou bem “evidente” a premissa do bem sobre o justo e do todo sobre a parte do comunitarismo.

Como se vê, o comunitarismo enquanto matriz política é muito antigo. O liberalismo, como visto em capítulo anterior, é bem mais recente historicamente. Todavia, o termo comunitarismo, só aparece no meio acadêmico e na filosofia política na década de 1970 do século passado, como reação à tese defendida por John Rawls em 1971 em *Uma Teoria da Justiça* (BELL, 2009).

Em interessante dissertação de mestrado, Wesley Soares defende que o termo comunitarismo, “desde o seu aparecimento [...] tem se destacado mais por suas críticas ao liberalismo do que pela sua capacidade de sistematizar uma teoria da justiça com teses bem definidas e compartilhadas entre os autores” (SOARES, 2016, p. 50). Pode-se até questionar essa ideia, por parecer dissimular uma defesa do liberalismo por parte desse autor, mas nos meios acadêmicos e sobretudo jurídicos, o liberalismo enquanto matriz de pensamento, parece realmente ter sido mais vitorioso em “angariar” adeptos⁶⁵.

E dentre as críticas do comunitarismo às premissas liberais, destaca-se o ponto colocado pela jusfilósofa Cecília Lois:

⁶⁵ Basta ver, que no caso do presente objeto de pesquisa, da Lei da Ficha Limpa, fica-se com a sensação de que os juristas que criticam a sua constitucionalidade, por meio de argumentos liberais, às vezes (e nem todos, é evidente!) “se sentem mais juristas” do que os juristas que endossam os argumentos da opinião pública em favor da Lei da Ficha Limpa, pois tendem a acreditar, ainda que implicitamente, que o liberalismo tem mais a ver com a ideia de Constituição e de Direito do que o comunitarismo!

os comunitários se propõem a superar o que ficou conhecido como a **esquizofrenia do sujeito liberal**: os comunitaristas indicam que a descontinuidade entre a órbita privada e a órbita pública cria indivíduos esquizofrênicos, com **uma dupla personalidade; a de homem e a de cidadão** (LOIS, 2005, p. 26, grifo nosso).

Isso porque como visto em capítulo anterior, no liberalismo, o indivíduo em sua órbita privada guiaria-se por doutrinas abrangentes razoáveis e em âmbito público, guiaria-se por uma razão pública, moralmente neutra. Ora, como esses dois em um, numa mesma pessoa é possível?

Para os autores comunitaristas isso é impossível! O nós da comunidade é que forma o eu. O indivíduo é o que ele é por conta dos valores familiares que o moldaram, da cidade em que nasceu, das tradições de seu povo. A premissa comunitária é que os seres humanos são antes de tudo **seres situados** (*situated selves*) (WALZER, 1996, p.62, grifo nosso) e não somente seres atomizados preocupados apenas com o próprio interesse.

Conforme ainda Caballero, para o comunitarismo, “não se deve perguntar, portanto, por princípios com validade universal: serão tantos quantas forem as comunidades” (LOIS, 2005, p. 25). Isso porque as questões de justiça para o comunitarismo não devem ser buscadas em imperativo categórico (Kant), posição original (Rawls) ou direitos morais (Dworkin) e sim no seio da própria comunidade “em suas rotinas implícitas” (LOIS, 2005, p.25).

E assim, a hermenêutica relacionada aos os direitos fundamentais, muda completamente de sentido, pois “para o comunitarismo em geral, é a comunidade concreta quem define que direitos básicos devem ser reconhecidos como reflexos do que se percebe, no ambiente de sua tradição e ética, como valioso para si e para seus membros” (SAMPAIO, 2013, p.162).

Ou seja: é analisando os fins a que se propõe a comunidade, seja em favor da ética, seja em favor da política; o contexto em que ela se situa, é que se interpretam os direitos fundamentais. Há portanto no comunitarismo, “**uma funcionalização dos direitos fundamentais**” (SAMPAIO, 2013, p. 161, grifo nosso). E assim, o papel do Judiciário no controle de constitucionalidade das leis (*judicial review*) é mais modesto, pois tende-se a desconfiar que juízes não eleitos, semelhantes a uma “aristocracia de toga”, usurpem o papel da cidadania ativa, contrariem processos deliberativos em favor de uma postura formal do Direito.

Sobre ainda esse tema, Cittadino aduz que:

contrariamente aos liberais, **os comunitários e os republicanos optam por uma prestação jurisdicional orientada por valores**. Nessa perspectiva, a hermenêutica constitucional deve tomar as normas e os princípios inscritos na Constituição como

bens jurídicos teleológicos, em uma tarefa de atualização de valores materiais preestabelecidos (CITTADINO, 2004, p.182, grifo nosso).

A **cláusula do não obstante canadense** (*notwithstanding clause*) costuma ser lembrada como um exemplo de como a interpretação pode ser legitimamente orientada por valores, como postula o comunitarismo. Essa cláusula, indica que o Parlamento ou as Assembleias Provinciais estão autorizados a instituírem legislações imunes à revisão judicial, durante um certo lapso de tempo. E assim, com base nessa autorização, foram promulgadas em Quebec, algumas leis que tinham como objetivo a proteção cultural de franco-canadenses: como a lei que proibía a matrícula de filhos franco-canadenses em escolas de língua inglesa; ou a lei que obrigava o uso de idiomas diferentes do inglês em documentos comerciais, entre outras.

A cláusula do não obstante é constitucional? Em uma perspectiva comunitarista sim, pois o governo de Quebec, ao impor esse tipo de legislação, estaria atuando em nome de um objetivo comum, que é a **sobrevivência cultural dos franco-canadenses**. Conforme Taylor (1993), assumir uma **postura de neutralidade**, como é tão cara aos liberais, é impor aos franco-canadenses, “uma forma de sociedade liberal que lhes é alheia e à qual não podem acomodar-se sem sacrificar sua identidade” (TAYLOR, 1993, p.90).

Esse tipo de comunitarismo, ligado a questões de identidade, ligado ao multiculturalismo, pouco se relaciona com a presente pesquisa sobre a constitucionalidade ou não da Lei da Ficha Limpa, mas é digno de nota registrar, porque revela por um lado, os limites do discurso liberal e por outro, mostra de uma maneira muito “didática” como se dá uma interpretação constitucional orientada por valores, que ao que tudo indica, ocorreu no julgamento conjunto da ADC nº 29, 30 e da ADI 45 78 sobre a lei em comento.

Ademais, a falácia do pressuposto da neutralidade do discurso liberal, pode ser vista a partir de um outro exemplo relevante para os debates contemporâneos, que é o **da pertinência ou não de argumentos religiosos na arena pública**.⁶⁶ Como visto no capítulo precedente, os liberais colocam que as razões religiosas não podem participar do debate público, sob o pressuposto de o Estado não poder patrocinar nenhuma doutrina abrangente. Todavia, quando um liberal afirma isso para se manter neutro, não percebe, que já tomou uma posição! E uma posição que consciente ou inconscientemente, tomou partido pelo agnosticismo, pelo ateísmo⁶⁷!

⁶⁶ Essa temática é relevantíssima para a quadra atual brasileira. Sobretudo quando se assiste a uma silenciosa revolução protestante/evangélica, que já se vê presente de modo significativo no controle de muitas emissoras de rádio e televisão, além de grande presença no Congresso Nacional.

⁶⁷ Em um artigo ainda no prelo, *A Laicidade para além de liberais e comunitaristas*, de autoria de Álvaro de Souza Cruz; Bernardo Duarte e Alessandra Teixeira, é feito esse questionamento. Dizem os autores sobre a forma enviesada como os argumentos religiosos são vistos pelos liberais: “A exclusão desses argumentos traduzia o esforço liberal de tolerância pela vedação de uma “moral única” que inviabilizasse qualquer projeto de sociedade

Ademais, do ponto de vista histórico, razões religiosas tiveram papéis importantes no debate público em diversas sociedades ao longo do tempo. Sandel (2005), por exemplo, a esse respeito, coloca como que para emancipação dos escravos norte-americanos teve-se como principal motor, o discurso protestante que considerava a escravatura um pecado. Negar-se-ia então, as razões dos defensores da emancipação, apenas porque esse discurso continha elementos religiosos? Para Sandel, não, pois excluir previamente argumentos religiosos é pressuposto arbitrário e insustentável, violador inclusive da crença liberal do respeito mútuo! Sobre isso, merece mais algumas colocações de Sandel:

na medida em que o liberalismo político se recusa a invocar ideais morais abrangentes, recorrendo, em alternativa, a noções de cidadania implícitas na cultura política, sentiria muitas dificuldades para explicar, em 1858, porque é que Lincoln tinha razão e Douglas estava errado (SANDEL, 2005, p. 267).

Isso porque nesse famoso debate entre Abrahm Linclon e Stephen Douglas, o primeiro argumentou que a questão da escravatura não poderia ser tomada de forma neutra pelo Estado, por envolver importantes valores morais para a sociedade, enquanto para o segundo, o Estado deveria manter-se neutro. E assim, segundo Sandel, pelo liberalismo, Stephen Douglas estaria correto em excluir argumentos morais/religiosos da discussão, enquanto que Lincoln estaria equivocado em fazer esse tipo de inclusão⁶⁸.

Vê-se portanto, por meio desses exemplos, **a postura cientificista do liberalismo**, ou seja, de continuar veladamente a separação desde Platão entre *doxa* e *episteme*, sendo válida apenas esta; considerando como *doxa*, tudo aquilo que não seja aferível pelo método científico, como argumentos religiosos, literatura, arte, práticas indígenas, etc; mostra-se insustentável diante dos ganhos hermenêuticos do século, sobretudo com os estudos de Heidegger⁶⁹!

Uma outra limitação denunciada pelos comunitaristas em relação ao liberalismo, refere-se à **intangibilidade dos direitos fundamentais**. Nesse sentido, vale a pena também tratar

pluralista. Um Estado não poderia se converter em uma voz exclusiva da moral professada por uma fé ou Igreja, sendo inconstitucional a pretensão de hegemonização de alguma crença no/ pelo Estado. Entretanto, a laicidade laicista não estaria tornando hegemônico o discurso ateu/agnóstico? A neutralidade não estaria se liquefazendo em favor da des-crença?"

⁶⁸ Rawls rebateu essa acusação, a meu ver convincentemente. Explicou Rawls que, como a posição de Lincoln era a defesa da liberdade (um direito fundamental e igualitário) e que esta poderia ser defendida por qualquer doutrina abrangente que fosse razoável, não haveria exemplo melhor para demonstrar a importância da razão pública na vida política. Já a posição de Douglas, um caso de clara omissão, resultaria na supressão de um direito fundamental, o que não poderia ser considerado razoável tendo em vista os princípios de justiça que estão implícitos na ideia de razão pública. (RAWLS, 2011, p. 575-576).

⁶⁹ Este desvelou que o *Dasein*, por ser um ser um lançado, jogado no mundo é influenciado pelo mundo e influencia o mundo. E ademais, por ser um ser-com-outros é condicionado pela sociedade e a influência. E assim, sempre carrega valores e afetos consigo, mesmo dizendo que não! Maiores informações ver: HEIDEGGER, Martin. Ser e Tempo. Parte I. Trad. Márcia de Sá Cavalcanti. 2 ed. Petrópolis; Editora Vozes, 1988.

brevemente sobre a ideia de “democracia dualista” de Bruce Ackerman.

Ackerman elabora um exemplo hipotético: sabe-se que o islamismo é a religião que mais cresce no mundo, então, imagine que os cristãos do ocidente, seguindo o exemplo dos muçulmanos, também se sentissem motivados a rejeitar o materialismo pagão. Uma intensa mobilização de massas, advindo desse processo, acabaria resultando na alteração da Primeira Emenda Constitucional com a seguinte redação: “O cristianismo é a religião nacional do povo estadunidense e os cultos públicos a outros deuses, de qualquer natureza, são proibidos nos termos desta Emenda” (ACKERMAN, 2006, p.18).

Pode a Suprema Corte, simplesmente declarar inconstitucional essa emenda, por violação ao direito fundamental de liberdade religiosa? Ackerman entende que não! Segundo o jurista, se ele estivesse na condição de membro da Suprema Corte, embora “tivesse a convicção de que tal emenda de natureza religiosa estivesse inteiramente equivocada, deveria interpretá-la como parte integrante da Constituição estadunidense” (ACKERMAN, 2006, p. 18). Motivo: para ele, os Estados Unidos consagraram o modelo da **democracia dualista** em sua história constitucional, ou seja, o modelo em que o povo é a fonte dos direitos e não a Constituição. Sendo o povo a fonte dos direitos, ele inclusive pode mudar a sua opinião, a sua interpretação quanto ao alcance dos direitos fundamentais. Foi assim que ocorreu durante três importantes “transformações do sistema” como nas fases da **Fundação**, da **Reconstrução** e durante o **New Deal**, em que a autonomia privada, bem como os procedimentos tidos até então como legais não foram respeitados.

Na fase da Fundação, sabe-se que os Federalistas não respeitaram os procedimentos de ratificação estabelecidos nos artigos da Confederação, solenemente aprovados pelos treze Estados recém- independentes. Os artigos exigiam a autorização unânime dos treze Estados para que uma nova emenda pudesse ter validade. Enquanto isso, os Federalistas discretamente estabeleceram como suficiente a aprovação de apenas nove dos treze Estados para validar a assembleia constituinte extraordinária. Houve então, como coloca Ackerman, uma dúbia legalidade desse processo de Fundação.

Já na fase da Reconstrução, após a Guerra Civil e conseqüente vitória do Norte, três emendas constitucionais foram aprovadas, transformando profundamente a Constituição até então existente. Detalhe: essas emendas não seguiram as normas para a revisão constitucional estabelecidas pelo art. 5º da Constituição original. O motivo é que as mesmas previam que uma emenda constitucional deveria obter o apoio simultaneamente do governo nacional e dos estados, de maneira independente. Ademais, previam que somente assembleias eleitas na esfera nacional e estadual poderiam alterar uma Constituição. E o que os republicanos fizeram na fase

da Reconstrução? Conforme Ackerman, “os republicanos da Reconstrução elaboraram um novo, e mais nacionalista, sistema de tomada de decisões constitucionais, no qual os Estados representavam apenas um papel secundário” (ACKERMAN, 2006, p.62). Isso porque, ao diminuir o poder dos estados no processo de revisão constitucional, correria-se menos risco de os estados do Sul dificultarem as alterações estipuladas pelos republicanos. Ademais introduziram o modelo de liderança presidencial, permitindo a cooperação mútua entre o Presidente e o Congresso na aprovação de uma emenda constitucional, ao invés de somente contar com a aprovação das assembleias eleitas na esfera nacional e estadual, como originalmente previsto pelos Federalistas na constituição americana.

Por fim, na fase do *New Deal*, o Partido Democrata no poder, consegue estabelecer um governo mais intervencionista nos EUA, também “subvertendo” a Constituição até então existente. Sob atuação marcante do Presidente Roosevelt, os operadores do *New Deal* rejeitaram os moldes até então vigentes para elaboração de emendas. Em vez disso, passaram a confiar na atuação da Suprema Corte na elaboração de uma nova visão ativista. O presidente conseguiu convencer o Senado na nomeação de novos ministros para a Suprema Corte, mais alinhados aos novos ideais constitucionais. E assim, a Corte no início dos anos 1940, reconfigurada em seus quadros, revolucionou a doutrina constitucional baseada no *laissez faire* até então vigente, passando a favorecer abertamente às premissas do Estado de bem-estar social.

A premissa que Ackerman então se apoia é a seguinte: durante a política ordinária, ou seja, em momentos de pouca mobilização popular, cujas decisões são tomadas principalmente pelo governo, cabe à Suprema Corte avaliar se a legislação promulgada respeita os direitos fundamentais dos cidadãos, de maneira até semelhante ao que um liberal faria. Todavia, em **momentos de política extraordinária**, quando o povo se mobiliza ativamente na esfera pública, a Suprema Corte tem que tomar cuidado redobrado ao avaliar essa legislação, pois cabe a ela fazer uma síntese interpretativa de modo a procurar “integrar as novas soluções constitucionais com as antigas estruturas que o Povo manteve inalteradas” (ACKERMAN, 1991, p. 264). E assim, a vontade do povo nessa situação tende a prevalecer.

4.2 Breve história das ideias políticas republicanas

Como visto preliminarmente, a expressão política do comunitarismo costuma ser denominada de republicanismo. Todavia, nem todos os autores são unânimes em classificar o republicanismo como uma forma de comunitarismo. Há aqueles que tratam indistintamente

comunitarismo e republicanismo como sinônimos⁷⁰. Há aqueles que classificam o republicanismo como gênero e o comunitarismo como espécie. **No presente trabalho, será preferida a classificação, que alude ao republicanismo como um tipo especial de comunitarismo**, pois como visto acima, há vários tipos de comunidade trabalhados por vários filósofos comunitaristas. A comunidade política em que se baseia o republicanismo é apenas uma delas. E o republicanismo como “espécie” tem as principais características do “gênero” comunitarismo, pois

um e outro convergem na hierarquia do interesse comum sobre o interesse individual, na ênfase à natureza social do homem, aos deveres cívicos de solidariedade e no reconhecimento do centro originário dos valores na vida compartilhada em contraposição às teses liberais de primazia de direitos e do indivíduo como fonte de todos os valores (SAMPAIO, 2013, p. 148).

Especificamente sobre o republicanismo, ele é um tipo de tradição política, que desde a Roma antiga é centrado na ideia de **devoção ao bem comum**, isto é, a necessidade de o governo refletir os interesses de toda uma comunidade. Vejamos como isso ocorre. É célebre a definição de Cícero, na voz de Africano, em diálogo com Lélío, sobre o que significa **República**. No parágrafo XXV, do livro Primeiro *Da República*, é dito que “A República, coisa do povo, considerando tal, não todos os homens de qualquer modo congregados, mas a reunião que tem seu fundamento no consentimento jurídico e na utilidade comum” (CÍCERO, 1980, p. 147).

Perceba que pela “definição” acima de República, não é qualquer tipo de associação de homens que formam uma república. É preciso portanto, **consentimento jurídico** (*iuris consensu*) e **vantagem (ou utilidade) comum** nessa reunião. Assim, República é um povo que vive sob comunhão de interesses e de leis. Sobre isso, assinala Marcelo Galuppo:

Quando Cícero afirma que a coisa pública é a coisa do povo, não devemos entender com tal aquilo que pertence a todos, no sentido de pertencer a cada um de modo divisível, ao modo de uma sociedade por quotas, mas **aquilo que pertence, sempre ao mesmo tempo, a todos, e que só pode ser usufruído em comum, de modo indiviso, por todos e ao mesmo tempo** (GALUPPO, 2006, p.160, grifo nosso).

Dessa definição feita por Africano, que na verdade é de Cícero sobre República, cabe ainda mais alguns apontamentos. Conforme Helton Adverse (2013), **há duas acepções de justiça implícitas nessa definição de república**. Na primeira, segundo o autor, “vemos a justiça aparecer como a virtude fundamental para a vida política” (ADVERSE 2013, p. 31), por

⁷⁰ Gisele Citaddino coloca que Habermas trata indistintamente comunitarismo e republicanismo na obra *Direito e Democracia: entre a faticidade e a validade*. Da leitura dessa obra parece que assiste razão à autora!

ser a justiça, em relação às demais virtudes ciceronianas (sabedoria, coragem e temperança) “aquela responsável pela criação e manutenção dos laços sociais, sem os quais não seria possível o desenvolvimento de nenhuma outra” (ADVERSE, 2013, p. 31).

Já a segunda concepção de justiça implícita na definição de república, é que embora a justiça esteja ancorada na lei natural, precisa de “tradução” no direito positivo. É a conhecida doutrina do Direito Natural, que perpassa toda a Filosofia do Direito. Anota Adverse: “A segunda concepção do *consenso iuris* denota a disposição dos membros do corpo político de aceitar o conjunto de leis como a autoridade sobre a qual todos devem submeter seus interesses privados” (ADVERSE, 2013, p. 32).

É interessante o esclarecimento de Adverse sobre a importância da justiça para Cícero, o que pode deixar o interlocutor confuso, pois no capítulo precedente sobre o liberalismo, foi colocado que para um liberal, a justiça precede o bem. E aqui, ao se tratar sobre Cícero, dentro da matriz comunitária/ republicana, é enfatizada a importância central da justiça no pensamento ciceroniano. O próprio Adverse explica isso: no republicanismo clássico, justiça estava vinculada a “algo maior” como à liberdade e à ação política. Já no pensamento liberal, como o de Rawls, o problema da justiça se reduz à questão do Direito, pois, a liberdade é tratada primeiramente em termos individuais, a ser garantida pelo Poder Público.

Essa comunidade de interesses e de leis, que formavam a *res romana* e por conseguinte a *res populi*, era fruto da **tradição** e da **autoridade**. É preciso frisar bem isso: a república romana “levava muito a sério” a tradição e a autoridade. A tradição, bem longe do olhar pejorativo de séculos depois dos iluministas sobre a mesma, era considerada pelos romanos uma “unidade de uma história de vida comum” (GALUPPO, 2006, p.161), na qual o cidadão, ao receber dos antepassados, e principalmente dos “fundadores de Roma” os valores que erigiam àquela comunidade, tudo deveria fazer para aumentar a glória de Roma. Daí porque a origem etimológica da palavra autoridade. Autoridade vem do latim *auctoritas*, cujo prefixo, *auctor*, significa aquele que aumenta.

Isso porque, no imaginário coletivo da época, a fundação de Roma por Rômulo assumiu um caráter divino, e assim o dever de cada cidadão romano era conservar e aumentar a glória de Roma, uma vez que esta era considerada eterna.

Ainda sobre a devoção ao bem comum em Roma, verifica-se bem isso em dois exemplos trazidos por Renato Janine Ribeiro (2001). O primeiro exemplo foi o ocorrido com **Brutus**. Este foi um cônsul eleito na República romana. Todavia, Brutus ficou sabendo que seus filhos conspiraram para restaurar em Roma, a dinastia etrusca dos Tarquínios. O próprio pai, sem tergiversar, condena os filhos à morte. Motivo: a sua função pública compelia a isso, sendo os

traidores filhos ou não!

O segundo exemplo trazido pelo filósofo foi o de **Múcio Évola**. Este foi uma pessoa que, estando Roma sitiada, vai ao acampamento dos inimigos para matar o general deles. Não acerta o alvo e é preso. Quando os inimigos de Roma vão executá-lo, desistem do desiderato inicial, ao vê-lo queimar o próprio braço, como autocastigo por seu fracasso de defender Roma, sem emitir um gemido de dor. Tamanha bravura e devoção ao fim público romano, serviu de referência para várias gerações de romanos.

Bastante correlato à devoção do bem comum, está o apelo às virtudes cívicas no pensamento republicano. E sobre isso, é muito “didático” Cícero. Na sua obra *Os deveres* (2008), em que já o título do livro já deixa bem evidente esse apelo às virtudes, Cícero pontua que

Quem possui índole natural para administrar, superada que for toda hesitação, **cuide de assumir a magistratura e o governo. Caso contrário, não haverá regência na sociedade nem oportunidade de ficar evidente a magnitude da alma. Com efeito, os que assumem a administração pública**, devem, à guisa dos filósofos, e até com maior apuro, **primar em tudo pela grandeza de alma de sorte que tenham pouco apreço as coisas humanas e possuam, como sempre recordo, toda aquela tranquilidade de espírito que gera a segurança**. Destarte, o porvir não os angustia, já que vivem de modo digno e sem ansiedade, em clima de constância (CÍCERO, 2008, p.92, grifo nosso).

Repare a fala de Cícero: quem assume a Administração Pública deve com maior apuro primar em tudo pela grandeza de alma. Veja com é diferente de um liberal, muitos séculos depois dizer, como visto, que o candidato tem o direito político fundamental de assumir um cargo público, desde que preenchidos os requisitos da legislação eleitoral, os quais devem ser os estritamente necessários.

Na passagem de Cícero, assumir um cargo público é encarado como um **dever**, a ser cumprido por parte daqueles que **têm competência para tanto**⁷¹, na medida em que nenhuma atividade ‘privada’ seria tão honrosa quanto à atividade pública bem exercida em prol da grandeza de Roma. A passagem citada revela algo mais: ao assumir esse cargo público, a pessoa deve ter pouco apreço às coisas humanas⁷².

Ainda sobre esse pouco apreço às coisas humanas, o bem comum e as virtudes cívicas,

⁷¹ O próprio título do capítulo XXII, da obra *Os deveres* (2008), *Cargos públicos postulam honestidade e competência*, não deixa dúvidas do que se está a falar a respeito da importância das virtudes cívicas no pensamento ciceroniano e republicano de modo geral.

⁷² Apenas um adendo, repare como o Brasil está distante da tradição republicana, seja o espectro político da direita, do centro e da esquerda política. O apreço às coisas humanas tem sido feito de forma a mais venal possível por parte de amplos atores desses mais diversos espectros políticos!

Cícero tem um belíssimo trecho, no diálogo entre Cipião e Lélío, em sua já citada obra *Da República*, que diz:

Não há no mundo espetáculo mais triste que uma sociedade em que o valor dos homens é medido pelas riquezas que possuem. **Ao contrário, que pode haver de mais belo e preclaro do que a virtude governando a República?** Que é mais admirável do que esse governo, quando o que manda não é escravo de paixão alguma e dá exemplo de tudo o que ensina e preconiza, não impondo ao vulgo leis que é o primeiro a não respeitar, **mas oferecendo, como lei viva, a própria existência aos seus compatriotas?** (CÍCERO, 1980, p. 149, grifo nosso).

Repare o trecho: o governante deve oferecer-se como **exemplo de lei viva** aos seus compatriotas. Só assim, Roma poderia ser uma república em comunhão de interesses e de leis.

Todavia, Cícero, em seu tempo, percebia com profunda tristeza, que a república romana estava se deteriorando. O descumprimento do respeito às tradições romanas, a pouca devoção ao bem comum, por parte dos cidadãos e governantes, fazia com que república fosse apenas um nome. Nas palavras do filósofo:

Nossa idade, ao contrário, depois de ter recebido a república como uma pintura insigne, em que o tempo começara a apagar as cores, não só não cuidou de restaurá-la, dando novo brilho às antigas cores, como nem mesmo se ocupou em conservar pelo menos o desenho e os últimos contornos. Que resta daqueles costumes antigos, dos quais se disse terem sido a glória romana?[...] Que direi dos homens? Sua penúria arruinou os costumes[...] Nossos vícios, e não outra causa, fizeram que, conservando o nome de república, a tenhamos perdido por completo (CÍCERO, 1980, p 175)

Conforme Habermas (2012) esclarece em *Direito e Democracia, entre a faticidade e a validade*, no republicanismo, como vê-se por meio dessas passagens citadas, há uma sobrecarga ética muito grande, que pesa nos “ombros” dos indivíduos. Cícero, a esse respeito, como abordado nos exemplos de Brutus e Múcio Évola, mencionava como dever do cidadão romano, sacrificar o seu patrimônio, sua reputação, e se preciso até mesmo sua vida em prol da pátria romana. Explana Cícero:

Tem havido indivíduos que não vacilam em sacrificar não só o patrimônio, mas até a própria vida em favor da pátria, **contudo não sacrificam a mínima parte de sua reputação, quando a pátria exige**. Assim foi Calicrátidas. Sendo ele comandante dos Lacedemônios, na guerra do Peloponeso, já tendo alcançado egrégio sucesso, colocou tudo a perder, quando não se curvou ante a sugestão de quantos pensavam diversamente dele e aconselhavam a retirada da frota de Argimura, evitando combater os Atenenses. No entanto, eis o que ele respondeu: “Os lacedemônios, perdida esta frota, têm como aparelhar uma outra. Eu, porém, não posso ordenar a retirada sem ferir minha honra”(CÍCERO, 2008, p.98, grifo nosso).

Repare a censura de Cícero quando o indivíduo, como Calicrátidas, comandante dos Lacedemônios, na guerra do Peloponeso, colocava a sua honra pessoal, portanto seu interesse

privado acima da coisa pública, acima da pátria!

E por aludir à pátria, cabe outra colocação sobre sua relação com a ideia de República. Conforme Renato Janine Ribeiro:

não há república sem pátria. Esta, em primeiro lugar, é o espaço comum, coletivo, público – diferente do que é privado ou particular. Em segundo, é um intenso alvo afetivo. A pátria envolve amor, identidade, pertencimento. E, em terceiro, remete ao pai, isto é, ao progenitor do sexo masculino (RIBEIRO, 2001, p.19, grifo nosso).

Como se sabe, na República romana, o governo deveria refletir os muitos da plebe, os poucos da aristocracia e o monarca. Sendo que os muitos da plebe eram representados nos Tribunos da Plebe e os poucos da aristocracia eram representados pelo Senado. Era a denominada **Constituição mista**, isto é, uma forma de acomodação política em que se procurava refletir os interesses de toda a comunidade, de modo a se ter uma harmonia na Cidade. A ideia à época era que a cidade era como uma espécie de orquestra ou uma música em que se combinam diferentes notas musicais e assim, consegue-se um som harmônico e equilibrado.

Sobre isso, Cícero tem uma importante passagem, na sua já citada obra *Os deveres*, que diz:

É de absoluta necessidade que as pessoas que vão gerir o governo da República atenham-se a esses dois preceitos de Platão: primeiro, que o bem dos cidadãos deve ser tutelado de modo que tudo quanto for feito seja direcionado para tal finalidade mesmo com sacrifício das vantagens próprias. **Segundo, zelar pelo inteiro corpo do Estado e não só por uma parte com preterição dos demais.** [...]. **Quem atende uma parte dos cidadãos, deixando a outra sem assistência, injeta no corpo social, algo de muito pernicioso, fomentando a discórdia e divisão. Daí advém que alguns se aliam às massas enquanto outro às elites, mas poucos se fazem amigo do público** (CÍCERO, 2008, p.99, grifo nosso).

E assim, com o intuito de evitar que a democracia se degenerasse em demagogia (ou tuba anárquica), a monarquia em tirania e a aristocracia em oligarquia facciosa, Cícero imaginou que por meio da constituição mista, ou seja, do amálgama do que há de melhor das três concepções políticas (democracia, monarquia e aristocracia), os interesses da Cidade ficariam melhor refletidos.

Todavia, como se sabe historicamente, a *res publica* romana tinha uma certa predominância da aristocracia senatorial. Logo, o aspecto democrático não é bem o que a define.

Sobre a ideia de constituição mista, que era um dos pilares da tradição republicana clássica, Sampaio aponta que, “pouco a pouco, a ideia de constituição mista, pelo menos em sua acepção pública, foi sendo deixada de lado, para assumir a feição de um poder

representativo, derivado da “great body of the society”, controlado por um esquema de separação de poderes” (SAMPAIO, 2013, p. 145).

A Renascença também cultivou bem ideias republicanas. Conforme novamente Sampaio:

a Renascença recuperou a reivindicação de autogoverno fundado na soberania do povo e na virtude cívica de devoção ao bem comum, da responsabilidade e da integridade moral, da educação cívica e dos *studia humanitatis*, bem como de uma “constituição mista” como um contraponto à forma tirânica de governo (SAMPAIO, 2013, p.144).

Na Renascença havia os denominados **humanistas cívicos**, cujo maior expoente era Maquiavel. Os humanistas cívicos eram pensadores com grande preocupação em formular valores, que permitissem às pessoas agirem na cidade em nome dos interesses da própria cidade. Se até o final do Medievo, elegia-se a vida contemplativa como forma superior de se relacionar com o mundo; se até o final do Medievo a distinção agostiniana entre Cidade de Deus e Cidade Terrestre, conduzia à ideia de que nenhuma forma superior de existência podia se adequar com as atividades exercidas no tempo dos homens e de suas cidades; agora, na Renascença, como aborda Bignotto, voltava-se

a pensar nas atividades próprias à vida na cidade como fazendo parte do que de **melhor podia-se fazer ao longo de nossa existência**. Tratava-se, assim, de **recuperar a dignidade da política**, utilizando-se um conjunto de textos antigos cujas referências eram totalmente diferentes das que haviam presidido a reflexão nos séculos anteriores (BIGNOTTO, 2000,p.50, grifo nosso).

E nessas atividades próprias à vida na cidade, era fundamental a percepção efetuada pelos humanistas, em oposição ao Medievo, de que os regimes, bem como as estruturas políticas têm um caráter puramente humano. O homem passou a ser visto como “artífice de sua existência”. E assim, depende de sua ação no espaço público para que a cidade se conserve e aumente de potência.

Foram comuns, abordagens histórica que tratavam o Renascimento, bem como o humanismo cívico daquele período apenas como uma “literatura neolatina pouco original, mas erudita em sua forma” (SEIGEL,1966, p. 34) à medida em que procuravam imitar modelos de escrita e de gênero da filosofia greco-romana. Mas não parece ser essa a hermenêutica mais adequada do período. Ainda conforme Bignotto, a partir dos trabalhos de Baron, parece mais correto:

pensar o humanismo com um movimento original de ideias, construído a partir da recuperação, com auxílio dos textos da antiguidade clássica, da importância da vida

ativa. Dessa forma, **a principal característica dos humanistas teria sido a de reconhecer no espaço da vida pública o local privilegiado da manifestação dos valores mais elevados da condição humana** (BIGNOTTO, 2000, p.51-52, grifo nosso).

E assim, uma série de temas, que haviam sido negligenciados no período medieval, voltaram a ter significação no debate, como o tema da natureza da coragem, o tema da dedicação ao bem público e o da participação nos negócios da cidade.

De modo geral, os humanistas cívicos enfatizaram também a **retórica**, ou seja, a afirmação de que ao se manifestar na praça pública, o homem se fazia mais homem (BIGNOTTO in: BIGNOTTO, 2000, p, 55).

A preocupação com a retórica não é algo novo na história das ideias filosóficas. Nomes como Protágoras, Górgias bem como outros tantos sofistas na Grécia Antiga são conhecidos por isso. Mesmo no período medieval, várias formas de retórica foram desenvolvidas. Algumas universidades recém-criadas no período davam à retórica lugar de destaque. Todavia, os humanistas aduziram o valor dos discursos como algo central para a vida da cidade. O conhecido humanista Salutati (1977), mencionava para seus discípulos, o erro até então dos medievais, de desenvolverem os estudos clássicos, sem contudo, comunicá-los aos outros cidadãos. Nesse sentido, por exemplo, escrever panfletos ou cartas foi uma arma dos humanistas no período para desenvolver suas ideias, bem como contestar o poder.

O retorno da preocupação com a fundação dos regimes, também é uma marca desse período, pois questiona a concepção da origem divina dos reis, dominante no Medievo. A Cidade de Florença, por exemplo, era muito elogiada pelos humanistas, por conta de suas origens romanas, o que era entendida por eles como vocação para a grandeza. Apesar de um “aparente” aspecto metafísico, o tema da fundação dos regimes ou o tema da criação das cidades, o que na verdade está por trás disso é o problema da origem, da “natureza” das leis e das instituições.

Algo digno de nota é a defesa que alguns humanistas faziam da riqueza da cidade, por ser visto como algo essencial para o desenvolvimento da potência de uma república. Todavia, ao contrário das sociedades atuais de mercado, não se tratava do elogio da riqueza pela riqueza. Pelo contrário, pois se por um lado, reconhecia-se que cidadãos com alguns bens era bom para a República, na medida em que eram independentes, por outro lado, a ideia de que o bem comum sempre antecedia ao bem privado, limitava a influência do dinheiro no poder político.

Sobre essa primazia do bem comum sobre o bem privado no período, não deixa de ser uma questão inquietante para àquela quadra histórica, mais até do que em Roma e em Atenas, à medida em que no Renascimento, o capitalismo, em sua forma mercantil, já começara a

desenvolver, e assim, os interesses dos indivíduos afloravam com muito mais força do que na era clássica.

Como já dito, o incentivo aos estudos das humanidades (*studia humanitatis*) teve grande importância entre os humanistas cívicos.

Bignotto aborda um ponto interessante, quando analisa os republicanos humanistas cívicos. Com base nos estudos de Pocock, Bignotto mostra que os humanistas cívicos tiveram influência maior nos federalistas americanos do que as ideias contratualistas liberais inglesas. O motivo é que foram apropriados pelos federalistas, temas caros aos humanistas cívicos, como “o elogio da independência, o apego ao tema do bem público e a oposição das esferas constitutivas da vida em sociedade” (BIGNOTTO, 2000, p. 51-52).

Ademais, o resgate da importância da vida ativa, bem como o fato que nos EUA, o cidadão americano não apenas não deve sofrer a interferência em sua independência, mas tem a garantia institucional de sua liberdade, também costuma ser apontado como um elemento que transcende o liberalismo e se aproxima do republicanismo, o que segundo Pocock, “bebeu” da influência nos humanistas cívicos renascentistas.

Mas talvez um dos principais elementos dessa aproximação entre humanismo cívico renascentista e os federalistas, tenha sido

as lutas empreendidas pelos pais fundadores em torno de questões como a **corrupção e a luxúria** teriam encontrado uma referência forte no ideário típico dos humanistas, que alçavam a cidade e sua defesa à condição de valores maiores a serem seguidos pelos cidadãos (BIGNOTTO, 2000, p. 56, grifo nosso).

Sempre bom pontuar isso: o **combate à corrupção**, na medida em que é uma decorrência direta da ideia de bem comum, e na medida em que também expressa os valores da cidade é uma temática muito cara ao ideal republicano. Daí porque, como já foi explanado, a relação muito intensa entre os votos vencedores no julgamento em torno da constitucionalidade da lei da Ficha Limpa e o republicanismo⁷³.

Verifica-se também no período o apelo às virtudes cívicas. Maquiavel dizia no seu clássico o *Príncipe*, “um estado seria tanto mais forte quanto mais pudesse confiar armas a uma classe de cidadãos virtuosos” (MAQUIAVEL, 1987, p.57).

Maquiavel, a princípio, de maneira semelhante aos liberais, também colocava que a máxima liberdade para os cidadãos era indispensável, à medida em que possibilitaria a todos

⁷³ De algum modo também, a *Operação Lava Jato* também se afina a algum tipo de republicanismo, na medida em que coloca o combate à corrupção em nome de um bem comum e da coisa pública, com algo central para o Estado brasileiro. Todavia alguns segmentos da sociedade, em caráter minoritário, apontam que se trata de um republicanismo autoritário, por não levar em conta o suficiente os direitos fundamentais dos atingidos.

desenvolverem suas potencialidades. Todavia, a diferença dele para com os liberais, era que percebia que para se lograr isso, era imprescindível se pensar na melhor forma de governo. Esse vínculo entre **forma de governo e liberdade**, também é um aspecto da matriz republicana.

Um elemento que incitava os escritos dos humanistas cívicos republicanos era o perigo que as cidades da península itálica corriam com a **tiranía**. E assim, esses intelectuais, da pena de seus escritos, colocavam não apenas sobre a República que defendiam, mas também, o que se deveria fazer para evitar a tirania.

Para “encerrar” o tema dos humanistas cívicos, cabe mais uma vez a reflexão de Bignotto, quando diz “o que nos parece atual nos humanistas e que foi recuperado em parte pelos novos republicanos, é a ideia de que propor a defesa de um conjunto de valores vinculados à cidade não implica necessariamente fazer a defesa da revolução em seus moldes dos últimos séculos” (BIGNOTTO, 2000, p.63). Como ver-se-á ainda nesse tópico, essa contribuição dos humanistas da defesa dos valores ligados à cidade sem necessariamente se vincular a ideia de revolução, se aplica em grande medida ao pensamento de Tocqueville.

Um pouco mais tarde, Montesquieu, célebre autor de o *Espírito das Leis* (1747), também colocava as virtudes cívicas, como por exemplo, o espírito público de servir à pátria como algo fundamental para os cidadãos. Não é propósito do presente trabalho aprofundar o pensamento de Montesquieu, mas é necessário tecer alguns comentários sobre o autor, na medida em que contribui para o pensamento republicano.

Montesquieu via três grandes lógicas organizando as leis. As três lógicas eram os três regimes que ele analisa: **despotismo, monarquia e república**. Cada regime político tinha a sua “natureza” e seu princípio. A natureza do Despotismo era de que um único homem exercesse o poder, sem contenção das leis. O princípio que organiza o regime despótico é o **medo**, isto é a necessidade de controlar homens e mulheres, à força, que por viverem em regiões muito quentes, não conhecem nenhum tipo de autocontenção ou disciplina.

Já a natureza da Monarquia é aquela em que um só governa, de acordo com leis fixas e estabelecidas. Já o princípio que a organiza é a **honra**, que é o desejo que nutrem os nobres de terem precedência uns sobre os outros. Montesquieu via que o fato de os nobres cultivarem esse tipo de preconceito, permitia um bom resultado prático na vida política da nação, que era o controle dos excessos do rei.

Por fim, a República tem como natureza o fato de “que o povo, como um todo, ou somente uma parcela do povo, possui o poder soberano” (MONTESQUIEU, 1973, p. 49). A república subdividia-se em dois: Quando todo o povo possuía o poder soberano, tratava-se de uma República Democrática; por outro lado, quando o povo possuía apenas uma parcela do

poder soberano, tratava-se de uma República Aristocrática. A República é vista como o melhor dos regimes políticos, o princípio que a motiva é a **virtude** (mais precisamente, **virtude política**), que é a capacidade do indivíduo de abnegação em favor do bem comum, traduzido pelo seu “amor às leis e pela pátria” (MONTESQUIEU, 1973, p, 62).

Sobre a ideia de amor às leis e à pátria, que hoje soa a um contemporâneo provavelmente como uma ideia antiquada, e até autoritária, a premissa de Montesquieu era de que assim como na Monarquia, os reis, que são os titulares do poder soberano, amam a Monarquia e precisam amá-la para conservar o governo; na República, o povo ou parcela do povo é titular do poder soberano ama e precisa amar o regime republicano, para conservar o governo. Montesquieu chega a ser enfático em relação ao dever de amor à pátria, dizendo que “ao nascer contraímos para com ela uma imensa dívida da qual nunca podemos desobrigar-nos” (MONTESQUIEU, 1973, p. 70).

E em se tratando de uma República Democrática, o amor pela pátria se daria pelo amor dos indivíduos pela igualdade e pela frugalidade. Sobre a frugalidade, Montesquieu chega mesmo a dizer que “o bom senso e a felicidade dos indivíduos consiste muito na mediocridade de seus talentos e de suas fortunas” (MONTESQUIEU, 1973 ,p. 70). É claro que mediocridade aqui não é aquele termo pejorativo do dia-dia e sim a virtude que limita o desejo de possuir ao necessário para si e sua família. O que era bem diferente do que o filósofo via dos políticos do seu tempo, que segundo ele, “só nos falam de manufaturas, de comércio, de finanças, de riquezas e até de luxo” (MONTESQUIEU, 1973, p. 50).

O problema da falta de virtude em um governo republicano (aqui na verdade só no nome, pois já deixou de ser) é que “a ambição penetra o coração dos que podem acolhê-la e a avareza apodera-se de todos” (MONTESQUIEU, 1973, p. 50). E começa a ocorrer nesse cenário, uma inversão de valores, pois como disse o autor, se antes

era-se livre com as leis; quer-se ser livres contra elas; cada cidadão é como um escravo que fugiu da casa de seu senhor; chama-se *rigor* o que era *máxima*; chama-se *imposição* o que era *regra*; chama-se *temor*, o que era *respeito*” (MONTESQUIEU, 1973, p. 50, grifos do autor).

Talvez por isso, Montesquieu via o modelo republicano, como algo impossível para o seu tempo, na medida em que a virtude política seria muito escassa na modernidade, em que os indivíduos cada vez mais se encontravam devotos do cultivo de interesses particulares.

Contudo, o prognóstico do filósofo não se confirmou, já que poucas décadas depois, dois modelos de república surgiram: os Estados Unidos e a França.

Para ficar ainda mais claro como a virtude é a mola propulsora da República, convém

por comparação observar o que acontece com a Monarquia, que é um regime que prescinde da virtude. Explana o autor:

Leia-se o que disseram os historiadores de todas as épocas sobre a corte dos monarcas; recordem-se as narrativas dos homens de todos os países sobre o caráter vil dos cortesãos; não se trata de coisas de especulação, mas de uma triste experiência. A ambição na ociosidade, a baixeza no orgulho, o desejo de enriquecer sem trabalhar, a aversão pela verdade, a lisonja, a traição, a perfídia, o abandono de todos os compromissos, o desprezo pelos deveres do cidadão, o medo pela virtude do príncipe, a esperança de suas fraquezas (...) (MONTESQUIEU, 1973, p. 52).

Já na República, a situação se passa completamente diferente, pois “quem manda executar as leis sente que ele próprio a elas está submetido e que delas sofrerá o peso” (MONTESQUIEU, 1973, p.49). E assim, Montesquieu esclarece como a República é incompatível com privilégios⁷⁴, pois a não execução das leis, quando necessário, só podia ser consequência da corrupção da mesma.

Mesmo não acreditando na viabilidade do regime republicano para a era moderna, como dito, Montesquieu colocava que somente por **intensa educação**, a natureza humana inverteria suas más tendências e teria condições de submeter as inclinações desejanter de ter mais e mais, passando então, a renunciar com maior facilidade, às vantagens privadas em prol do bem comum.

Por citar Montesquieu, a propósito, Renato Janine Ribeiro coloca um ponto muito importante quando se trata do republicanismo na Idade Moderna:

a República, quando reaparece na Idade Moderna, será um meio-termo entre Roma e Montesquieu. Ela retomará, de Roma, a ideia matriz de que há um bem comum superior ao particular. Condenará a tendência de quem está no poder a se apropriar do bem público como se fosse o seu patrimônio privado. Mas exigirá menos dos cidadãos. Aceitará que eles sejam movidos, sobretudo, por seus interesses particulares (RIBEIRO, 2001, p.21-22).

E na modernidade o republicanismo de algum modo se “bifurca”. Enquanto se tem de um lado, uma espécie de “republicanismo vermelho” na França, em tempos de Robespierre, baseado no apelo constante às massas insurretas e no discurso de valorização da ruptura com o passado; tem-se por outro lado, um republicanismo mais conservador de Tocqueville, que, permitiu que surgisse a Terceira República francesa. Essa como bem explica Sampaio, “abandonou o caminho da ruptura, reconciliando-se com o passado, em favor de uma educação cívica capaz de fornecer as bases igualitárias de uma liberdade de participar ativamente da vida

⁷⁴ Interessante, como o tema é atual. No Brasil, discute-se intensamente a **prerrogativa de foro**, vista por muitos setores da sociedade, como algo incompatível com o espírito republicano!

pública” (SAMPAIO, 2013, p.146). Por conta disso, é possível vislumbrar, ainda que de maneira indireta, uma influência do humanismo cívico renascentista, já abordado aqui, com a Terceira República Francesa.

O “republicanismo vermelho” citado acima, se baseou em boa medida em Rousseau, cuja obra é o seu *Contrato Social*. Nesse livro, é bem conhecida a tese de que a vontade geral que deve governar. E vontade geral aí significa não a vontade da maioria, nem necessariamente a vontade de todos, e sim a vontade que denote o bem público, a vontade que não represente os interesses particulares somados dos indivíduos. E nessa sua concepção de vontade geral, Rousseau chegava mesmo a ser um profundo crítico da ideia de representação ou democracia representativa, pois para ele, grosso modo, não se deve alienar, aquilo que é inalienável, isto é a soberania popular é indelegável. Ou é exercida diretamente ou não existe!

4.3 A Doutrina republicana do Interesse bem compreendido de Tocqueville

Sobre o republicanismo de Tocqueville, também mencionado acima, vale apenas tecer algumas considerações, porque **ele altera profundamente a ideia de virtude cívica**. Se como foi visto nesse trabalho, a virtude cívica em Cícero e de Montesquieu, por exemplo, exigia grandes sacrifícios, até mesmo o sacrifício da reputação, e mesmo da vida do indivíduo, se fosse necessário à pátria, o mesmo não se passa com Tocqueville. Este ficou tão impressionado com o mundo moderno igualitário que se apresentava aos seus olhos, que chegou a cogitar o desejo “de abandonar suas leituras de formação, queimar sua biblioteca e dinamitar de vez os últimos vestígios de ligação entre o passado e o presente” (JASMIM, 2000, p. 71). E assim, na linha da tradição republicana, Tocqueville ainda exigia a supremacia do bem comum sobre o interesse particular, mas jamais desprezava o interesse particular dos indivíduos. Explana o filósofo:

Não há poder na terra que possa impedir que a igualdade crescente de condições leve o espírito humano à procura do útil e disponha cada cidadão encerrar-se em si mesmo. Por isso, é preciso esperar que o interesse individual venha a tornar-se, mais que nunca, o principal, senão o único móvel das ações humanas; resta porém, saber como cada homem ouvirá seu interesse individual (TOCQUEVILLE, 2010, p. 362, grifo nosso).

Tocqueville é um autor que escreveu *Democracia na América*, fonte dessa citação, já no século XIX. Portanto, estava a par do crescente desenvolvimento do comércio e da indústria na vida dos indivíduos. E assim, o interesse individual naquela quadra histórica, era insuprimível. O filósofo francês bem percebeu, que conchamar as pessoas a exortar o bem comum acima de tudo, à moda dos antigos, seria uma quimera, ou mesmo uma grande

ingenuidade naquele momento. Então, o nosso autor sucumbe ao individualismo moderno? Não!

Tocqueville propõe o que se convencionou denominar na filosofia de **doutrina do interesse bem compreendido**. Explana o autor:

o interesse bem compreendido é uma doutrina pouco elevada, mas clara e segura. Não tem em vista atingir grandes objetivos, mas atinge sem demasiados esforços todos aqueles que tem em vista. [...]. Acomodando-se maravilhosamente às fraquezas dos homens, obtém facilmente um grande domínio e de modo nenhum lhe é difícil conservá-lo, porque volta o interesse pessoal contra si mesmo e se serve, para dirigir as paixões, do aguilhão que as excita. (TOCQUEVILLE, 2010, p. 361).

Em outras palavras, sobre a doutrina do interesse bem compreendido, Tocqueville, em uma famosa visita que fez aos EUA na década de 1830, percebeu como os americanos sabiam combinar o seu próprio bem-estar com o de seus concidadãos. Por meio do que o autor denomina de “instituições livres”, os americanos combateram o individualismo (este, segundo o autor, sempre crescente à medida em que a igualdade de condições aumenta em uma sociedade democrática). Mas como isso foi feito? Tocqueville percebe que os legisladores da América não se contentaram com o esquema da democracia representativa. Além de se ter um Congresso, composto de Senado e Câmara dos Representantes, foi feita uma ampla descentralização política e administrativa, de maneira a dotar as comunas e os condados⁷⁵, de vida própria, com intensa participação popular. E assim, os homens ao entrarem em contato com outros homens nas assembleias realizadas nas comunas, ao serem eleitos nos mais diversos cargos de seus distritos⁷⁶, descobrem que não são tão independentes quanto supunham. Descobrem que o interesse comum atendido, mesmo que venha a reduzir o seu interesse

⁷⁵ Tocqueville observa que nos Estados Unidos havia naquele tempo “vinte quatro pequenas nações soberanas, cujo conto forma o grande corpo da União” (TOCQUEVILLE, 2010, p.73). E como foi dito, a participação política das pessoas se dava na seguinte ordem de importância: primeiro na comuna, segundo, no condado, terceiro no estado-membro, e excepcionalmente na União. Muito diferente do que sempre ocorreu no Brasil, desde o início de sua República, em que nosso federalismo concentrador, faz a vida política primeiro ocorrer na União, posteriormente nos estados-membros e por último nos municípios!

⁷⁶ Conforme Tocqueville, “contam-se ao todo, dezenove funções principais na comuna. Cada habitante é obrigado, sob pena de multa, a aceitar essas diferentes funções; mas por isso, a maior parte dentre elas é remunerada, a fim de que os cidadãos pobres a elas possam consagrar seu tempo sem que com isso sofra prejuízos” (TOCQUEVILLE, 2010, p. 76). As funções públicas nas comunas eram divididas da seguinte maneira: havia os *selec-men*, que eram um pequeno grupo de indivíduos eleitos a cada ano, que concentravam a maior parte das funções administrativas na comuna. A eles competiam por exemplo, elaborar as listas eleitorais. Convocar os eleitores na reunião comunal (*town-meeting*), em local previamente anunciado, para deliberar, por exemplo, sobre a construção de uma determinada obra pública. Nesse caso, votava-se inclusive o imposto específico para custear a obra. De modo geral, os *select-men* eram executores da vontade popular. Além dos *select-men*, havia os **magistrados municipais**, aos quais competiam providenciar os trâmites administrativos, como estabelecer impostos, cobrar impostos. Dentre os magistrados municipais, havia o **constable**, que era um funcionário encarregado dos serviços de polícia. Havia o **superintendente dos pobres**, com a incumbência de fazer executar a legislação referente aos indigentes. Sem contar, os **comissários das escolas, comissários paroquiais, inspetores de estradas**, entre outras tantas funções.

particular em um primeiro momento, reverbera em melhor atendimento de seu interesse particular futuramente.

Isso, observa o filósofo francês, ocorreu de modo geral no território americano (com menos intensidade nos estados do sul), mas foi particularmente intenso no Estado da Nova Inglaterra. Nas concisas palavras de Tocqueville:

Difícilmente se tira um homem de si mesmo para interessá-lo pelo destino de todo o Estado, porque ele compreende mal a influência que o destino do Estado pode exercer sobre sua sorte. **Mas, se é preciso fazer passar uma estrada junto de seu domínio, ele verá desde o primeiro olhar que existe uma relação entre essa pequena questão pública e os seus maiores negócios privados**, e descobrirá, sem que lho seja mostrado, o estreito laço que une aqui o interesse particular ao interesse geral. **É pois, encarregando os cidadãos da administração dos pequenos negócios, mais ainda que lhe entregando o governo dos grandes, que os interessamos pelo bem público e que lhes mostramos a necessidade que constantemente têm uns dos outros para o produzir** (TOCQUEVILLE, 2010, p. 351, grifo nosso).

Ademais, Tocqueville percebeu o grande número de associações civis que os americanos criavam, desde associações comerciais e industriais, passando por associações religiosas, associações para construir hotéis, edificar igrejas, construir hospitais. E isso além de compensar a debilidade dos indivíduos, em sociedades democráticas, com crescente igualdade de condições, de algum modo, contribuía também para o autogoverno e o desenvolvimento do bem comum.

Sobre essas práticas republicanas que o jovem filósofo francês percebeu com tanta frequência, quando em visita aos EUA, ele mesmo chega a se espantar:

Como se explica que, nos Estados Unidos, onde os habitantes apenas ontem chegaram ao solo que ocupam, aonde não levaram nem costumes, aonde se encontraram pela primeira vez sem se conhecer; aonde, numa palavra, o instinto de pátria pode apenas existir – como se explica que todos se mostrem interessados pelos negócios de sua comuna, de seu cantão e do Estado inteiro como se fossem deles próprios? É que cada um, na sua esfera, toma parte ativa no governo da sociedade. **O homem do povo, nos Estados Unidos, compreendeu a influência que a prosperidade geral tem sobre sua felicidade, ideia tão simples e no entanto tão pouco conhecida pelo povo. Ademais, acostumou-se a encarar aquela prosperidade como obra sua.** Por isso, vê na fortuna política a sua própria fortuna e trabalha para o bem do Estado, não só por dever ou por orgulho, mas ousaria dizer quase por cupidez (TOCQUEVILLE, 2010, p. 180, grifo nosso).

Encarar a prosperidade do Estado como obra sua: eis um possível tipo de republicanismo “adequado” à dinâmica mercantil do mundo moderno, como percebeu o aristocrata francês! Vê-se também, de novo, como a ideia de pátria está sempre presente na tópica republicana.

Como bem salienta então Marcelo Jasmin comentando sobre o pensamento de Tocqueville, “podemos falar do elogio de Tocqueville às experiências políticas comunitárias

por oposição à ideia de que a política deve estar fundada na competição agonística dos interesses particulares” (JASMIM, 2000, p. 79). E como já colocado aqui, mas é fundamental frisar isso, para o nosso propósito em relação ao objeto do trabalho, “o ímpeto inicial que dispara o ciclo da pedagogia toquevilliana só poderia vir do cálculo e do interesse” (JASMIM, 2000, p. 79). É como se a prática comunitária, por possibilitar que os homens tratem em comum os negócios comuns, tivesse o poder de transmutar o cálculo inicial em instinto, o interesse privado em escolha e a necessidade em virtude.

Pode-se dizer que tanto no republicanismo de Tocqueville, como o republicanismo dos humanistas renascentistas, já tratado aqui, foi efetuado um retorno ao passado, mas com os olhos em direção a um futuro imaginado melhor.

Ainda sobre a reflexão toquevilliana, ela parece apresentar algumas vantagens em relação a outros pensadores republicanos: primeiro, como já dito, por reconhecer e dar vazão ao interesse particular, sendo nesse ponto bastante realista. Segundo, por mostrar que República não se faz com grandes abstrações e idealizações, e sim com boas práticas do dia-dia, em que se leve em conta o interesse comum. Nesse sentido, até participar de reunião de condomínio, jogar o lixo na lixeira, e não na via pública ou separar plástico, papel, garrafas para reciclagem, são ações simples, jamais pensadas por Tocqueville, mas que se formos olhar o seu pensamento, se afinam com ele plenamente em sua doutrina do interesse bem compreendido, em sua ideia de república!

4.4 O caso brasileiro: Os modelos de República em disputa ao final do Império

Não dá para tratar da história das ideias republicanas em âmbito mundial e excluir o Brasil da análise. Seria até, quem sabe, a manifestação de uma “colonialidade do saber”⁷⁷. Então, passemos ao Brasil, no período que interessa ao estudo.

Ao final do Império, havia três modelos à disposição dos republicanos brasileiros: o **americano**, o **positivista** e o **jacobinista**. O primeiro modelo, defendido pelos proprietários rurais de São Paulo, desde 1873, com a criação do partido republicano paulista, professava a ideia de que “ a república ideal era sem dúvida a do modelo americano. Convinha-lhes a

⁷⁷ Referência ao atual constitucionalismo latino americano, em especial aos autores Sanín Restrepo e Alejandro Médici, já que ambos criticam a colonialidade do sujeito latino americano, em especial, do operador do Direito, de ficar procurando apenas referências europeias e americanas para compreender o mundo. Assim, ambos propõe *um giro decolonial*, isto é, a perspectiva de olhar a partir do Sul, a partir do contexto de um país periférico, e assim analisar e criticar as estruturas dominantes existentes. Maiores informações ver: RESTREPO, Ricardo Sanín. **Teoría Crítica Constitucional**. San Luis Potosí: USLP, 2013 e MÉDICI, Alejandro. **La Constitución Horizontal: Teoría Constitucional y Giro Decolonial**. San Luis Potosí: USLP, 2012.

definição individualista do pacto social. Ela evitava o apelo à ampla participação popular tanto na implantação como no governo da República” (CARVALHO, 2003, p. 24). Ademais, a ênfase americana na organização do poder, principalmente por meio do amplo federalismo, agradava bastante a essa classe de ex-senhores de escravos, pois em uma sociedade caracterizada por profundas desigualdades sociais, como a brasileira, do fim do Império (e mesmo hoje!), a organização do poder, como uma forma de evitar a “desordem” era o mais importante.

Pode-se dizer que em síntese, no modelo americano, o federalismo era o mais importante pelo qual ansiavam os seus apoiadores. E esse modelo foi vitorioso na Constituição de 1891.

O segundo modelo, o positivista, advogava a ideia de que a Monarquia deveria ser superada porque pela lei dos três estados, a Monarquia correspondia à fase teológica-militar, a qual deveria ser superada, pela fase positiva, que era encarnada na república. Composto principalmente por militares, atraídos pela ênfase dada pelo positivismo à ciência. O modelo republicano positivista defendia em síntese a separação entre Igreja e Estado; a ideia de ditadura republicana, ou seja, o apelo a um Executivo forte e intervencionista, uma espécie de “despotismo ilustrado” e a incorporação do proletariado à sociedade moderna.

Por fim, o modelo republicano jacobinista. Este, cujo baluarte fora Silva Jardim, defendia uma República nos moldes da primeira fase da Revolução Francesa. Conforme José Murilo de Carvalho, “os radicais da República falavam em revolução (queriam mesmo que esta viesse no centenário da grande Revolução de 1789), falavam do povo nas ruas, pediam a morte do príncipe-consorte da herdeira do trono (...), cantavam a Marselhesa pelas ruas” (CARVALHO, 2003, p. 26).

O fato é que apesar de três modelos de república à disposição dos republicanos brasileiros, havia segundo o historiador e cientista político José Murilo de Carvalho, uma enorme dificuldade de implantação de uma república no Brasil, seja uma república à antiga, seja uma república moderna; ou em outras palavras, seja uma república que priorizasse a liberdade dos antigos, seja uma república, que priorizasse uma liberdade dos modernos. Um bom exemplo disso, logo no início da Primeira República: descobriu-se, que na esfinge da moeda nacional, estava a figura da amante de um Ministro de Estado⁷⁸! Perceba então, como que a confusão entre o público e o privado no Brasil, historicamente já vem de longe, e já foi sentida nos albores da República!

⁷⁸ Conta-se que na cédula de 2 mil réis, que circulou pelo país até 1942, havia a foto de uma mulher, que teria sido amante do Ministro da Fazenda do governo Campo Sales, Joaquim Murinho, em 1900 (LOPES, 2016).

Tal dificuldade de implantação de uma República no Brasil, seja nos moldes antigos, seja nos moldes modernos, motivou o debate entre os intelectuais da época sobre o porquê disso. Silva Romero (1907), por exemplo, dizia que a psicologia brasileira tinha natureza comunitária em oposição à psicologia individualista dos anglo-saxões e isso gerava entre os brasileiros a falta de espírito de iniciativa e a dependência do Estado, e assim, não se organizava a sociedade política brasileira.

Ou, por outro lado, Aníbal Falcão (FALCÃO, s. d), autor positivista, dizia que a tradição brasileira era a como a ibérica em geral, integrativa, “afetiva”. E que isso era bom, pois, o individualismo levava à dispersão e ao conflito, ao passo que o comunitarismo levava à integração das pessoas. Semelhante ideia à de Richard Morse (1988), esse na verdade um autor contemporâneo, ferrenho crítico da cultura anglo-saxônica, para quem a cultura ibérica, da qual faz parte a cultura brasileira, tem ênfase na integração, e na predominância do todo sobre a parte e que isso faz com que a organização política da sociedade se dê sobre outros moldes.

Indiferente do acerto ou não da análise de Silva Romero, Aníbal Falcão ou Richard Morse, o fato é que seja no tempo da proclamação da República, seja mesmo nos dias de hoje, persiste um déficit republicano no Brasil, o que mais uma vez foi bem captado por José Murilo de Carvalho quando diz:

a dificuldade brasileira com os dois modelos de liberdade, a dos antigos e a dos modernos, estava talvez na ausência de um elemento que tais modelos não levavam em conta, mas que era na realidade parte importante, ou mesmo uma premissa, para o funcionamento deles. Para que funcionasse a república antiga, para que os cidadãos aceitassem a liberdade pública em troca da liberdade individual; para que funcionasse a república moderna, para que os cidadãos renunciassem em boa parte à influência sobre os negócios públicos em favor da liberdade individual – para isso, talvez fosse necessário **a existência anterior de sentimento de comunidade, de identidade coletiva**, que antigamente podia ser o de pertencer a uma cidade e que modernamente é o de pertencer a uma nação (CARVALHO, 2003, p. 32, grifo nosso).

Isso porque segundo o autor tanto a república pensada por Hamilton, sem patriotas, de feitio individualista⁷⁹, quanto a república francesa, tinham por base um sentimento de identidade cultivado pelos indivíduos desses dois países. Esse sentimento cimentava tanto o exercício da “liberdade dos modernos”, no primeiro caso, quanto o exercício da liberdade dos antigos no segundo. Esse sentimento de identidade não ocorria no caso brasileiro no começo da primeira república, em que segundo o autor “predominava a mentalidade predatória, o espírito

⁷⁹ Contudo vimos nos tópicos precedentes, seja nas observações de Tocqueville na América, seja dos estudos de Pocock, levantados por Bignotto, que não era apenas o individualismo que predominava na América. Quando da implantação da República americana, ao seu modo, os estadunidenses sabiam cultivar o bem comum, sem abandonar jamais o seu interesse particular.

do capitalismo sem a ética protestante” (CARVALHO, 2003, p. 30). E podemos acrescentar, não ocorre nem hoje, com tantos escândalos de corrupção noticiados pela mídia no Brasil!

Mesmo que, quando da proclamação da República, houvesse no Brasil, elementos que em geral, fazem parte da unidade nacional como religião predominante (católica), unidade da língua e política, faltava ainda segundo o autor, uma base para a construção da nação. O que foi intentado pela geração intelectual da Primeira República: os primeiros modernistas. Mas isso, por fugir ao escopo do presente trabalho, é assunto para outra oportunidade!

É um ponto interessante esse levantado por José Murilo de Carvalho sobre a necessidade de um sentimento de identidade coletiva, ainda que mínimo, para que viceje uma república. Pois sabe-se, que a ideia de Nação, ou o sentimento de identidade nacional já auxiliou a forjar inúmeras guerras e xenofobia, a tal ponto que hoje, o filósofo Habermas (1997) enfatiza como necessário substituir a ideia de identidade coletiva, pela ideia de **patriotismo constitucional**. Motivo: ao invés de uma identidade nacional ser forjada por elementos como fatores étnicos, culturais ou religiosos, construiria-se a identidade nacional, com base no “respeito e da vivência de princípios universalistas ligados à democracia e aos direitos fundamentais, presentes na Constituição de um Estado Democrático de Direito” (HABERMAS, 1997, p.279-305).

Indiferente se quem está correto é José Murilo de Carvalho ou Habermas, quanto à questão da necessidade do sentimento de identidade coletiva, ainda que mínimo para um povo, o certo, e o que deve ser frisado, é que grande o déficit republicano no Brasil (ontem e hoje!), apesar dos três modelos de disputa, ao final do Império brasileiro.

4.5 Traços centrais da ideia de República

Feito esse pequeno histórico em torno do republicanismo, vale apenas agora “sistematizar” um pouco mais o que se entende por República, mesmo porque, República muitas vezes, no Direito, especialmente na disciplina de Teoria Geral do Estado, costuma ser pensada apenas como uma forma de Governo em contraposição à Monarquia. E com isso, se ensina que na República há temporariedade dos mandatos, ao contrário da Monarquia, caracterizada pela vitaliciedade. A classificação de Montesquieu dos regimes políticos em Despotismo, Monarquia e República, como visto, também de algum modo, contribuiu para esse mal entendido.

Como bem pontua Renato Janine Ribeiro, “quem tem dúvida de que as monarquias do norte da Europa têm governos mais respeitosos de seus cidadãos e do bem comum do que a maior parte das repúblicas americanas, africanas e asiáticas?” (RIBEIRO, 2001, p.13).

A mesma situação pode ser aventada para o Brasil: Muito se suspeita de que Dom Pedro II, como imperador, era mais republicano do que os republicanos da República Velha, composta essencialmente de marechais e oligarcas paulistas!

Fazendo a sistematização prometida para República/Republicanismo, percebe-se que “a sociedade civil nos republicanistas ou, se quisermos, a comunidade política, nos comunitaristas republicanos, é vista como a esfera essencialmente democrática de realização de autogoverno”(SAMPAIO, 2013, p.154/155). Ademais, segundo Sampaio, fazendo uma compilação de vasta literatura científica sobre o assunto, para o ideal republicano:

acham-se reforçados (...) valores como respeito mútuo, solidariedade (para alguns, “amizade”, igualdade (como distribuição de possibilidades de compartilhamento de vida boa e como consideração das diferenças de necessidades e contribuições de cada um para a comunidade como um todo), interesses comuns (que podem ser retrospectivos – de manutenção de valores, tradições e história compartilhadas, [...] – ou prospectivos – de projetos de sociedade justa - ; ou de ambas as formas), interações, quando possíveis, face a face, opinião pública atuante, além da busca de consensos em torno da “vida boa” ou do “bem comum. (SAMPAIO, 2013, p.155).

Sobre o combate à corrupção como um tema republicano por excelência, já citado brevemente aqui, Renato Janine Ribeiro a respeito disso, reflete com muita propriedade que: “O corrupto não furta apenas: ao desviar dinheiro público, ele mata gente. Mais do que isso, **ele elimina a confiança de um no outro, que talvez seja o maior bem público**” (RIBEIRO, 2001, p.43, grifo nosso). Esse é um ponto importante destacado pelo filósofo: mais do que o roubo do erário, o que por si já é muito grave, dada a escassez de recursos existentes na sociedade e a demanda sempre crescente pelos mesmos, a corrupção possibilita a erosão das bases de confiança necessárias ao funcionamento de um regime político.

No mesmo sentido, Mônica Castro e Wanderlei Reis (2001) aludem à corrupção como algo que acarreta a corrosão da desobediência política e alimenta a substituição do civismo pelo cinismo.

Ainda sobre a corrupção, em sua interface com o ideal republicano de combate à mesma, digno de nota perceber que o termo corrupção nem sempre teve o mesmo sentido. Na Grécia antiga, a palavra corrupção denotava a ideia de transformação, passagem, no sentido principalmente de *deterioração dos corpos*.

Se hoje há uma tendência a reduzir a corrupção apenas a furto pessoal, na república romana, por exemplo, “falava-se em corrupção dos costumes” A ideia que subjaz a esse entendimento, era a necessidade de que as pessoas fossem decentes para que houvesse república. E o que era ser decente naquele contexto? Sem dúvida, passava pela contenção sexual, mas muito mais do que isso, era a capacidade de colocar o bem comum à frente dos

interesses pessoais, como já explanado aqui.

Nos estudos atuais sobre a corrupção, ao contrário da tradição republicana de depositar muito esperança na virtude dos cidadãos em cultivar o interesse público, tem-se pensado em depositar mais esperança no funcionamento (bom) das instituições políticas. Como bem colocam as cientistas políticas Fátima Anastasia e Luciana Santana:

As instituições políticas podem contribuir para combater a corrupção em duas frentes:1) podem reforçar o princípio da virtude cívica, por meio da promoção de incentivos à participação política e de ferramentas que facilitem a interação entre arenas participativas e representativas, diminuindo a assimetria informacional entre representantes e representados;2) podem ser dissuasórias relativamente à prática da corrupção, através da organização de mecanismos que aumentam a publicidade dos atos e das omissões dos governantes ou através da efetivação de instrumentos de punição que tornem proibitivos os custos da corrupção e incertos os seus benefícios. (ANASTASIA,SANTANA, 2008, p. 367)

Perceba então, que conforme às autoras, parece mais verossímil hoje, esperar que do bom funcionamento das instituições políticas se desenvolva a virtude cívica dos cidadãos, tão cara à tradição republicana, do que esperar a virtude cívica das pessoas (algo tão incerto hoje), desenvolver as instituições e o bem comum!

Há um aspecto central nos estudos sobre republicanismo, ressaltado por vários autores: **República não necessariamente equivale a Democracia**⁸⁰! Mais uma vez, Janine Ribeiro (2000) coloca bem esse aspecto. Segundo o autor:

a democracia tem no seu cerne o anseio da massa por ter mais, o seu desejo de igualar-se aos que possuem mais bens do que ela, e que portanto, é um **regime do desejo**, a república tem no seu âmago **uma disposição ao sacrifício**, proclamando a supremacia do bem comum sobre qualquer desejo particular (RIBEIRO, 2000, p 18, grifo nosso).

Repare bem a reflexão de Janine Ribeiro: Democracia é um regime do desejo, enquanto República é um regime do sacrifício (ao bem comum). Democracia então, estaria ligada a lutas sociais por uma melhor repartição dos recursos escassos existentes na sociedade, enquanto que República estaria ligada a sacrifícios dos indivíduos em nome da pátria.

Ainda para o filósofo, por conta disso, a tónica republicana costuma ser vista como **conservadora**, por alguns no espectro político, grosso modo, afinados à esquerda, porque segundo o pensador, na visão desses críticos, “o suposto bem comum, é na verdade, um bem de classe, e que os sacrifícios que se fazem em nome da Pátria são desigualmente repartidos e, sobretudo, jamais põe em xeque a dominação de um pequeno grupo sobre a maioria”

⁸⁰ O próprio exemplo histórico de Roma, como visto, evidencia bem isso. Roma era republicana, mas não era democrática!

(RIBEIRO, 2000, p.18). Ademais, como coloca o filósofo, enquanto na democracia, a ideia de direitos é muito forte, na república, sobressai a ideia de **dever**, reforçando o seu aparente aspecto conservador.

Todavia, desprezar o republicanismo, por conta de seu aparente conservadorismo é um erro para o filósofo, pois segundo ele:

(...) pode haver um encontro entre as temáticas republicana e democrática. Melhor até, é preciso haver esse encontro, se queremos que a democracia se realize. Uma democracia sem república não é *kratos*, é simples populismo distributivista, como tanto vimos nas décadas em que, primeiro na Europa e depois na América Latina, as massas acederam à visibilidade do espaço social, manifestando-se inicialmente pelo seu desejo (RIBEIRO, 2000, p. 22).

Ademais, a ideia de República responde bem segundo o autor “[..] à pergunta sobre as dificuldades que há quando os mesmos que mandam devem obedecer” (RIBEIRO, 2000, p.21), ou seja, se o desejo que clama por realizar-se por meio do reconhecimento nas lutas sociais, portanto no terreno da democracia, se não for por outro lado contido e educado; o espaço do que é comum, portanto a República, se perde em meio ao populismo! Eis a reflexão de Janine Ribeiro!

Pode até ser que esse conservadorismo atribuído à temática republicana advenha da redução verificada no debate contemporâneo, **de república à Estado de Direito**. Sobre isso, esclarece Sérgio Cardoso, que “trata-se de um estreitamento inadmissível de seu campo de significações – o que, no entanto, ocorre frequentemente mesmo no campo das indagações teóricas, das especulações em torno de seus motivos conceituais e históricos”(CARDOSO, 2010, p.29).

É certo que República se relaciona com leis, e mais do que isso com o respeito às leis, como visto na tratativa de Cícero. Mas segundo Sérgio Cardoso, República é mais do que isso. A redução de República à Estado de Direito, segundo o autor relaciona-se à confusão de muitos autores com o termo *politeia*. Esse termo grego, posteriormente dado pelos latinos como *res publica*, designava simultaneamente gênero e espécie dos regimes políticos. Como gênero, República era um conjunto das constituições políticas em oposição ao gênero dos regimes de natureza despótica. E como espécie, República era um regime político que tinha uma disposição excelente para a realização de sua natureza.

Segundo Cardoso, muitos autores tomam república como espécie e esquecem-na como gênero, daí a redução de república à estado de direito.

Sérgio Cardoso ainda coloca mais um ponto importante sobre a importância da ideia de República hoje:

o republicanismo pode ter deixado de ser revolucionário (como foi nas chamadas revoluções burguesas”), entretanto não perdeu sua motivação crítica. Não perdeu, certamente, o traço conceitual e histórico que o caracteriza, **o de balizar, para além das diferenças de posses, riquezas, influências e talentos, um espaço comum equalizador**, definido pela implicação de todos os cidadãos no sistema das decisões políticas. Pois o regime republicano não supõe apenas essa integração de todos, ele a promove (CARDOSO, 2000, p. 29, grifo nosso).

Realmente, o tema da República é muito atual na contemporaneidade, não apenas por ser contra de maneira enfática ao patrimonialismo e à corrupção, como abordado aqui diversas vezes. O tema da República é também atual, na medida em que se verifica o aprofundamento da sociedade de mercado em quase todos os níveis, seja no Brasil, seja em boa parte dos países do mundo; na medida também em que se celebra apenas os apetites dos indivíduos. Assim, como de novo aborda Sérgio Cardoso, é:

a agressividade teórica e prática do ultraliberalismo, a rarefação da atmosfera social, que parecem suscitar a necessidade de devolver alguma densidade à esfera do comum, dos interesses partilhados, da ação coletiva e da solidariedade política no seio das próprias sociedades democráticas-liberais contemporâneas” (CARDOSO, 2000, p. 28-29).

4.6 A manifestação da pré-compreensão republicana na leitura de alguns institutos jurídicos envolvidos com a Lei da Ficha Limpa

Como visto, na perspectiva comunitarista, sob as mais distintas argumentações, a sociedade é o fundamento da existência do indivíduo. No comunitarismo de modo geral, o indivíduo é tratado como animal político, um ser situado. Ele só é o que é por conta da família que o criou, do bairro e da cidade em que foi criado, das tradições do seu povo, da religião que ele eventualmente abraça.

Especificamente sobre os institutos envolvidos em torno da Lei da Ficha Limpa, a tendência de que quem parte de uma pré-compreensão comunitária/republicana é ver o instituto da inelegibilidade como importantíssimo ditame de ordem pública, destinado a moralizar as eleições e qualificar os candidatos a ocupar os cargos públicos que pleiteam. Reconhecer que a presunção de inocência é um princípio importante para o Estado Democrático de Direito, mas válido apenas na seara penal e não eleitoral. A tendência também é de ver o papel do STF não tanto como instância contramajoritária e sim como tribunal que deve respeitar ao máximo possível a soberania popular e interpretar as normas de maneira a permitir a consecução do bem comum.

Os autores que partem de uma pré-compreensão republicana tendem a ver também a moralidade das candidaturas, ou vida pregressa dos candidatos, como um valor relevantíssimo

para a *polis*, que permite que os candidatos estejam à altura do cargo que almejam. De modo bem distante então da pré-compreensão liberal, que vê o instituto da vida progressa como uma exigência perfeccionista incompatível com o Estado Democrático de Direito e típico de regimes autoritários.

Começa-se então, a análise um pouco mais pormenorizada em relação à pré-compreensão comunitária em torno do instituto da **inelegibilidade**. No julgamento conjunto da ADC nº 39, ADC nº 30 e da ADI nº 4578, em que se julgou constitucional a Lei da Ficha Limpa, a ministra Cármen Lúcia, assim o disse em relação às inelegibilidades:

As inelegibilidades representam ditames de interesse público, fundadas nos objetivos superiores que são a moralidade e a probidade; a luz da construção doutrinária vigente, os coletivos se sobrepõem aos interesses individuais, não ferindo regramento constitucional (BRASIL, 2012, p. 214, grifo nosso).

Repare como a fundamentação da ministra é completamente diferente daquilo que foi visto em capítulo precedente, quando autores afinados ao liberalismo diziam que a inelegibilidade era a exceção, e que a regra era a elegibilidade; quando autores liberais diziam que o direito a lançar-se candidato era tão importante quanto o direito de votar. Na perspectiva comunitarista da ministra, o candidato precisa estar à altura do cargo que pleiteia. Essa reflexão é muito parecida com que o foi visto neste capítulo, quando do estudo do pensamento de Cícero, em que o mesmo aduzia a necessidade de o governante possuir grandeza de alma.

Fundamentação bastante similar a da Ministra Cármen Lúcia, pode ser encontrada no voto do ex-ministro Joaquim Barbosa. Assim ele se manifestou sobre o sentido do instituto da inelegibilidade: “repulsa de toda sociedade a certos comportamentos bastante comuns no mundo da política” (Brasil, 2012). Ou então, quando o ex-ministro afirma:

Porque não são penas, as inelegibilidades não guardam pertinência com o princípio da presunção de inocência, isto é, não exigem para a sua configuração, que se dê margem a especulações de caráter subjetivo a respeito do fato que as gerou” (BRASIL, 2012).

Esse é um ponto que vale a pena frisar: autores que estão em consonância, direta ou indiretamente com o comunitarismo, quando da leitura do instituto da inelegibilidade, costumam repetir com muita ênfase que **inelegibilidade não é pena**. E em não sendo, ela não se sujeita aos critérios rígidos de hermenêutica do Direito Penal⁸¹.

Márlon Reis (2010), por exemplo, conhecido defensor da Lei da Ficha Limpa, aduz que

⁸¹ É bem verdade, que os critérios da hermenêutica próprios do Direito Penal, já foram bem mais rígidos. Hoje, até condenados em segunda instância podem ser presos!

o que separa a inelegibilidade de pena, é o fato de a primeira ser uma regra “objetiva”, abstrata, para o futuro, preventiva a fim de proteger a moralidade e a probidade administrativa; enquanto que a pena atinge fatos ilícitos, tentados ou consumados do passado, em vertente repressiva, a fim de reinserir socialmente e prevenir novos delitos pela via do exemplo. Nas suas palavras sobre a inelegibilidade: “Não se trata de considerá-lo culpado, mas de reconhecer que seu perfil não se enquadra no modelo esperado para os ocupantes da relevante função de mandatário público” (REIS, 2010, p. 36, grifo nosso).

Veja então, como que o intérprete, partindo da comunidade, da sociedade como instância axiológica de fundamentação, faz a leitura do instituto da inelegibilidade muito mais extensiva do que o recomendado pelos manuais.

Já sobre a **presunção de inocência**, assim o disse o ministro Luiz Fux, relator do julgamento:

[...] **ou bem se realinha a interpretação da presunção de inocência**, ao menos em termos de Direito Eleitoral, **com o estado espiritual do povo brasileiro, ou se desacredita a Constituição. Não atualizar a compreensão do indigitado princípio**, data máxima vênica, **é desrespeitar a sua própria construção histórica**, expondo-o ao vilipêndio dos critérios de pouca memória (BRASIL, 2012, p. 13, grifo nosso).

A presunção de inocência aqui foi tomada enquanto valor, um bem a refletir os interesses e preferências compartilhadas de uma comunidade. Se esta acha que seu amplo alcance não mais a satisfaz, o STF tem que se curvar à vontade da comunidade, ou como diz Fux, “o estado espiritual do povo brasileiro”, sob pena de se desacreditar a constituição, bem como o próprio STF. Muito semelhante quando visto neste capítulo a **democracia dualista** defendida por Ackerman: até a primeira emenda americana, que fixa a liberdade de crença religiosa e o Estado laico, caso seja modificada, em momento de política extraordinária, e com isso, passe os EUA a adotar o cristianismo como religião oficial, não haveria nenhum problema, na medida em que tal decisão era fruto do autogoverno, da soberania popular.

É a esse tipo de interpretação comunitária, que o Liberalismo sempre reage com veemência. Como visto no capítulo precedente, para os autores liberais, **é no respeito à constituição, é que não se corre o risco de desacreditá-la!**

Ainda o ministro Luiz Fux, sobre a presunção de inocência:

Permissa venia, impõe-se considerar que o acórdão prolatado no julgamento da ADPF nº 144 reproduziu jurisprudência que, se adequada aos albores da redemocratização, **tornou-se um excesso neste momento histórico de instituições politicamente amadurecidas**, notadamente no âmbito eleitoral. (BRASIL, 2012, p. 13, grifo nosso).

A ADPF n.º 144, citada na passagem, lembrando o que já foi explanado no presente trabalho, tratava-se de uma ação em que a associação dos magistrados pleiteava a autoaplicabilidade do art. 14 § 9 da Constituição (quando ainda não havia a LC n.º 135/2010, a Lei da Ficha Limpa). O Supremo à época entendeu não ser procedente o pedido, por afrontar diretamente a presunção de inocência, que vigia inclusive na seara Eleitoral.

Em outras palavras, o que o ministro Luiz Fux aventava é: se até 2008 (data do julgamento da ADPF n.º 144) era necessário entender a presunção de inocência, como uma norma quase absoluta, pela proximidade histórica com o regime militar, agora, por conta do amadurecimento institucional ou mesmo o **anseio popular por menos impunidade**, cabe ao STF restringir o alcance da presunção de inocência. Novamente, as normas jurídicas sendo tomadas como valores, e não como comandos deontológicos, obrigatórios, o que é algo tão caro ao liberalismo.

Ainda discorrendo sobre a citação, para um liberal, como visto, **nunca uma norma de direito fundamental é um excesso. Excesso para um liberal é o que primeiramente o Estado, e depois a sociedade podem e costumam fazer no campo da autonomia privada do indivíduo.**

O ministro Ricardo Lewandowski também teceu considerações em relação ao princípio da presunção de inocência, muito afinadas com o comunitarismo, especialmente na vertente republicana. Confira:

[...] o Estado brasileiro se assenta sobre um tripé: os princípios republicano, federativo e democrático. **Ainda que se pudesse dar um valor maior ao princípio da não culpabilidade, este princípio deve ser interpretado a meu ver, a partir do princípio magno, o princípio republicano, que está –como eu disse – plasmado logo no artigo 1º da nossa Constituição. Portanto, o intérprete ao adentrar na Constituição, forçosamente o fará por esse vestíbulo, o qual vai –a meu ver– matizar toda a interpretação constitucional (BRASIL, 20102, p. 223, grifo nosso).**

Repare que reflexão *sui generis* do ministro: a partir da “posição geográfica” da norma que se refere ao princípio republicano, ou seja, art. 1º da Constituição, o princípio da presunção de inocência, constante do art. 5º LXII, deve ser interpretado! Novamente, está a se tratar a constituição como ordem concreta de valores e mais: ordem hierárquica de valores, em que a norma que aparece primeiramente, e que denote o interesse público tem preferência sobre a norma que aparece posteriormente e que na ótica comunitária denota o interesse particular!

Márlon Reis dá um exemplo contundente de como para ele a presunção de inocência não se aplica ao Direito Eleitoral:

O artigo 133, I do Estatuto da Criança e do Adolescente exige idoneidade moral do pretendente ao cargo de Conselheiro Tutelar. Seria admissível a candidatura de

alguém condenado por violência sexual contra crianças apenas pelo fato de esta não haver transitado em julgado? A solução que atende o interesse da sociedade como um todo e das crianças e adolescentes, em particular, será certamente, em tal hipótese, a exclusão da candidatura, sem que com isso se esteja a afirmar que o postulante é culpado. Não se trata de medida punitiva, como se dá no Direito Penal, mas preventiva (REIS, 2010 p.35).

Observe então, que autores que estão consciente ou inconscientemente ligados ao republicanismo, no trato lei da Ficha Limpa, ora dizem que a presunção de inocência não se relaciona ao Direito Eleitoral (como o juiz Márlon Reis); ora, quando reconhecem sua existência na seara eleitoral, afirmam que a presunção de inocência tem que ser lida de uma maneira restritiva, por exemplo, a partir do princípio republicano (como o ministro Ricardo Lewandowski); ora afirma que ela se tornou um excesso nesse momento de instituições consolidadas (ministro Luiz Fux).

Muito diferente daqueles autores, que como visto em capítulo precedente, que partem de uma pré-compreensão liberal desse instituto e afirmam, que a presunção de inocência vale para todo o ordenamento jurídico, não apenas para o Direito Penal, mas onde haja o denominado Direito Sancionador (como por exemplo o eleitoralista Ruy Espíndola, abordado naquela oportunidade).

Quanto ao papel do STF, quem parte de uma pré-compreensão comunitarista, acredita que a cúpula da Justiça agiu corretamente em declarar a constitucionalidade da referida lei. Ainda vale conferir as considerações do ministro relator:

Obviamente, o Supremo Tribunal Federal não pode renunciar à sua condição de instância contramajoritária de proteção dos direitos fundamentais e do regime democrático. **No entanto, a própria legitimidade democrática da Constituição e da jurisdição constitucional depende, em alguma medida, de sua responsabilidade à opinião popular** (BRASIL, 2012, p.14, grifo nosso).

A necessidade que a jurisdição constitucional tem de ser responsiva à opinião popular é um típico argumento comunitarista. Os republicanistas, como visto, temem que o controle de constitucionalidade possa usurpar o papel da cidadania ativa. Daí, que autores que partiram da pré-compreensão comunitária/republicana no que tange à Lei da Ficha Limpa, usarem com muita frequência o argumento da **iniciativa popular**, como um motivo que acaso não fosse suficiente para a declaração da constitucionalidade da referida lei, deveria ser no mínimo, considerado pelo julgador com muita deferência. Nesse sentido, o voto do ministro Lewandowski:

Ademais, considerando tratar-se de uma opção legislativa de iniciativa popular, aprovada por ampla maioria processual e sancionada, sem ressalvas [...] não seria

lícito ao julgador aplicar de forma discricionária o princípio da proporcionalidade [...] pois tal equivaleria a permitir que este se substituísse ao legislador (BRASIL, 2012).

O peso da iniciativa popular é tanto para o comunitarismo, e em especial para o republicanismo, que é a melhor expressão política e militante do comunitarismo, que um lei oriunda desse *modus operandi*, não pode nem sequer se submeter aos *standards* usualmente aplicados na hermenêutica constitucional, como a **máxima da proporcionalidade**.

No mesmo sentido, Márlon Reis:

Ante a mora congressual e a inexistência de meios para obter-se a restrição de candidaturas de risco, **decidiu a sociedade brasileira, por meio de centenas de organizações sociais lideradas pelo Movimento de Combate à Corrupção Eleitoral (MCCE)**, coletar pouco mais de 1,6 milhão de assinaturas que deram base à apresentação de um projeto de lei de iniciativa popular (REIS, 2010, p. 30, grifo nosso).

Ainda quanto ao papel do STF na visão republicana, é possível vislumbrá-la também no voto do ex-ministro Joaquim Barbosa, quando ele diz:

Mesclar princípios pertinentes a searas constitucionais distintas é, a meu ver, atitude defesa ao juiz constitucional, sobretudo se o objetivo explícito ou implícito é a conservação das mazelas sócio-políticas que afligem cada país. **A jurisdição constitucional não foi concebida com esse intento. Ao contrário, a jurisdição constitucional tem precisamente entre suas metas a extirpação dessas mazelas**, (BRASIL, 2002, p. 60, grifo nosso).

Observe: está entre as metas da jurisdição constitucional, segundo o ex-ministro Joaquim Barbosa, a extirpação das mazelas sócio-políticas, que afligem o País, como a corrupção estrutural e o patrimonialismo. Não é diferente, de dizer, como visto em capítulo precedente, com Dworkin e Rawls, que a Corte de Justiça tem que exercer seu papel contramajoritário, sem temer parecer elitista e antidemocrática, se for para a preservação dos direitos fundamentais?

No caso do voto, os direitos fundamentais do candidato à presunção de inocência, bem como de elegibilidade foram vistos como “simples interesses particulares”, a serem primeiramente sopesados com o princípio da moralidade das candidaturas, e posteriormente, cederem, em benefício desse último princípio.

Como já explanado, os ministros e autores afinados com o comunitarismo, e no caso também, especialmente com o republicanismo, dão uma excepcional valoração à **moralidade das candidaturas, bem como da vida pregressa do candidato**. O ministro Ricardo Lewandowski, por exemplo, recordou em seu voto, a origem etimológica da palavra candidato, como proveniente de *candidatus*, aquele que veste roupa branca na Roma Antiga, vestimenta

então, que simbolizava pureza de propósitos, pessoa idônea.

Joaquim Barbosa, o mais enfático de todos no uso de argumentos de matiz republicana, aduziu “que criou-se entre nós, a pretexto de conferir proteção ao bem comum e ao interesse público, um verdadeiro Estatuto da Moralidade no Processo Eleitoral” (BRASIL, 2012, p. 57). Também enfático, Ayres Brito, aduz que o candidato:

tem que ter respeitabilidade, porque uma coisa é o direito individual a se apresentar nos atos da vida civil em geral: outra coisa é o direito político de representar toda uma coletividade. Apresentação é uma coisa. Representação é um plus de significação jurídica, a demandar um regime jurídico também muito mais qualificado (BRASIL, 2012, p.255).

Todos esses fundamentos permitem uma aproximação grande entre esses votos vencedores e o pensamento republicano, com especial ênfase no de Cícero, que conclamava somente os cidadãos romanos com grandeza de alma a assumirem os cargos públicos, e aumentarem a glória de Roma. Assim, como esses votos vencedores conclamam os cidadãos, sem condenação em decisão colegiada, a assumirem os cargos públicos, com a diferença, porém, não de aumentar a glória do Brasil, já que como diz Ayres Brito, “nossa história é ruim” (BRASIL, 2012, p. 256), em termos do trato da coisa pública, mas de mudar a história do Brasil.

É como se o republicanismo de Cícero se inspirasse no passado, por meio do culto aos fundadores de Roma, enquanto o republicanismo dos ministros dos votos vencedores, é pró-futuro, em direção ao que ainda está por ser feito e o que eles querem que seja feito!

E mais: sobre a moralidade também disse o Relator Luiz Fux:

Ademais, não estão em ponderação apenas a moralidade de um lado, e os direitos políticos passivos, de outro. Ao lado da moralidade está também a própria democracia[...]A balança no caso, há de pender em favor da constitucionalidade das hipóteses previstas na Lei Complementar nº135/2010, pois opostamente ao que poderia parecer, **a democracia não está em conflito com a moralidade – ao revés, uma invalidação do mencionado diploma legal afrontaria a própria democracia, à custa do abuso dos direitos políticos** (BRASIL, 2012, p. 150-151, grifo nosso).

Repare que aspecto instigante: quem partiu de uma pré-compreensão comunitarista/republicana, tendeu a enxergar a moralidade das candidaturas como valor em sintonia com a democracia (especialmente representativa) na medida em que garantiria uma melhor fidelidade política dos representantes com os representados. Por outro lado, quem partiu de uma pré-compreensão liberal, como já explanado várias vezes, vislumbrou na moralidade das candidaturas, especialmente na vida pregressa dos candidatos, como uma exigência perfeccionista, uma doutrina abrangente não razoável potencialmente em conflito com a democracia, na medida em que poderia impedir e anular o voto de muitas pessoas em um

determinado candidato (via Justiça Eleitoral) e com isso, afrontar os direitos fundamentais do candidato.

Talvez, como a pesquisa tem sinalizado, as exigências de moralidade das candidaturas e vida pregressa do candidato têm uma ligação mais forte com a ideia de República, por colocarem em evidência a necessidade de cultivo de determinadas virtudes cívicas do candidato, do que propriamente de democracia (como vimos, República e Democracia não são sinônimos)! Mas é interessante perceber que quem está adotando uma hermenêutica de viés republicano tem associado moralidade das candidaturas com a própria democracia, em seu aspecto representativo.

É bem verdade, que a democracia, como regime político representativo, também é bastante enfraquecida por meio da corrupção. E aqui vale a pena o aporte da ciência política. Como esclarecem Fátima Anastasia e Luciana Santana (2008), a corrupção é resultado e expressão de déficit democrático, sobretudo quando não ocorrem, ou ocorrem de maneira muito atrofiada as:

1) capacidades dos cidadãos de vocalizarem suas demandas e de as inscreverem na agenda pública; 2) capacidades dos representantes eleitos de traduzirem tais demandas em políticas públicas; 3) capacidades da burocracia pública de traduzir tais políticas em resultados concretos; 4) capacidade dos governados de reconstituir a cadeia causal que liga demandas a políticas e essas aos resultados e de atribuir responsabilidades aos governantes por seus atos e por suas omissões (ANASTASIA, SANTANA. 2008, p. 365).

E assim, segundo as autoras, quando essas capacidades listadas dos diferentes atores políticos estão enfraquecidas, resulta-se em déficit democrático, aumentando as chances de corrupção, que “uma vez instalada na ordem política, pode acionar o gatilho de um círculo vicioso que alimenta tais déficits e redundando na corrupção da ordem política e em sua decadência” (ANASTASIA, SANTANA. 2008, p. 365-366).

Então, resumindo o que foi dito, é como se a “primeira vítima” da corrupção fosse a ideia de república, de bem comum e a “segunda vítima” fosse a democracia, sobretudo em sua feição representativa, embora o resultado de perda de legitimidade, seja um pouco mais demorado nesse caso.

4.7 Algumas Considerações

O comunitarismo tem o mérito de evidenciar a importância dos laços sociais na constituição identitária do indivíduo. Tem o mérito de considerar aspectos transindividuais na

agenda do Poder Público, como proteção da cultura de etnias minoritárias, proteção do patrimônio histórico e cultural, proteção do meio ambiente, respeito às religiões, combate à corrupção.

Ainda que esses temas, possam ser “traduzidos” para a linguagem dos direitos fundamentais, e portanto se adequem ao liberalismo/ constitucionalismo, parece que há um aspecto axiológico para as comunidades, para além do deontológico, que não pode ser negligenciado e que o comunitarismo aponta. Em outras palavras: pessoas e sociedades precisam de valores para a sua constituição identitária, e para a concreção de suas esperanças!

O risco conhecido do comunitarismo é desembocar em propostas autoritárias, reacionárias, que atendem à vontade majoritária da sociedade, *o ethos* compartilhado, mas pouco caso fazem dos direitos fundamentais. Propostas, como a que tramita atualmente no Congresso, que dificulta o aborto em caso de estupro, obrigando mulheres à apresentarem boletim de ocorrência ao médico, por exemplo, tem um lastro comunitarista, na medida em que atende expressiva parcela da sociedade brasileira identificada aos valores judaico-cristãos, mas representa simultaneamente perigo para os direitos fundamentais, no caso da gestante!

Ou então, para se ficar em um exemplo muito próximo à Lei da Ficha Limpa, o caso das dez medidas de combate à corrupção do Ministério Público Federal. Todas essas medidas são de cunho comunitarista/republicano, na medida em que expressam um dos maiores e justos anseios dos brasileiros, que é o combate efetivo da corrupção. Todavia, algumas dessas medidas são fortemente criticadas por inúmeros juristas, por conta de seu aspecto autoritário. Cita-se por exemplo, a medida nº 7 do MPF, que propõe alterar dentre outros artigos, o artigo nº157 do CPP, que passaria a contar com a seguinte redação:

Art. 157 § 2º

Exclui-se a ilicitude da prova quando:

I – não evidenciado o nexos de causalidade com as ilícitas;

II – as derivadas puderem ser obtidas de uma fonte independente das primeiras, assim entendida aquela que por si só, seguindo os trâmites típicos e de praxe, próprios da investigação ou instrução criminal, seria capaz de conduzir ao fato objeto da prova;

III – **o agente público houver obtido a prova de boa-fé ou por erro escusável, assim entendida a existência ou inexistência de circunstância ou fato que o levou a crer que a diligência estava legalmente amparada;**

IV – **a relação de causalidade entre a ilicitude e a prova dela derivada for remota ou tiver sido atenuada ou purgada por ato posterior à violação;** (MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL, 2016, grifo nosso).

Repare: em nome de um importante ideal a ser construído com muita luta por esta e pelas vindouras gerações, que é a lisura no trato público, o clássico princípio liberal constitucional que veda taxativamente prova ilícita, bem como prova derivada de prova ilícita,

sofre grandes mitigações, por exemplo, se o agente público obteve a prova ilícita de boa fé, se a relação entre a prova ilícita e a prova derivada for remota, entre outras atenuações, como a obstaculização do manejo de habeas corpus por parte do réu!

Nesse sentido, o risco de o comunitarismo/ republicanismo legitimar um estado autoritário parece ser evidente. Se como apontado em capítulo anterior, há um grande risco de o liberalismo legitimar uma sociedade cada vez mais egocêntrica, narcisista e mesmo agnóstica, o comunitarismo por outro lado, quando não tratado de forma a levar em conta os direitos fundamentais, ou em termos levinasianos, a reconhecer a responsabilidade de lidar com o Outro, pode desembocar em retrocesso.

No caso da Lei da Ficha Limpa especificamente, o retrocesso republicano se exterioriza na hipótese em que a lei permite a exclusão de candidato, excluído de conselhos profissionais. Parece que nesse caso, não há argumento comunitarista, que dê fundamentação suficiente para o fato de que uma pessoa se veja fora do exercício dos seus direitos políticos, sem ter sua causa apreciada pelo Judiciário ou por órgão de envergadura técnica como o Tribunal de Contas.

Quanto ao republicanismo especificamente, tratado aqui como uma (e melhor!) expressão política do comunitarismo, como visto, é preciso salientar, que tem a relevante contribuição de colocar em evidência a importância da política e do bem comum. Em uma época em que a vida particular toma cada vez mais, o tempo e o coração das pessoas, **apostar na importância da política e do bem comum, mostra-se ao mesmo tempo, a força e a fraqueza do republicanismo**. A força, por compelir para aquilo que falta às sociedades de mercado contemporâneas, isto é, maior engajamento político das pessoas. A fraqueza, por justamente em tempos de individualismo crescente, quase narcisístico, uma proposta desse tipo correr o risco de não “ser ouvida pelas pessoas”⁸².

No Brasil, e em muitos países do mundo, assiste-se a um histórico deplorável da tradição patrimonialista⁸³, de intensa confusão do público e do privado. Um bom exemplo disso, é aquilo

⁸² Para os críticos do comunitarismo/republicanismo, como os liberais, já vistos, e os adeptos da teoria do discurso, a ser vista no capítulo seguinte, a fraqueza do republicanismo se dá em outros termos, ao exigir uma concepção comum compartilhada na sociedade, o que para eles é impossível na quadra histórica atual, marcada por sociedades multifacetadas!

⁸³ Há um equívoco denunciado pelas ciências sociais no uso corrente do termo *patrimonialismo*. Elaborado inicialmente por Max Weber em *Economia e Sociedade: Fundamentos da Sociologia Compreensiva* (1991), patrimonialismo tinha o sentido de o Estado ser um bem pessoal do rei, “uma empresa de comércio” do rei. Como bem coloca Renato Janine Ribeiro (2001), o sentido de patrimonialismo era “pois, o Estado que o príncipe dirige como sua empresa pessoal, no quadro do capitalismo mercantil” (RIBEIRO, 2001, p. 38). Hoje, emprega-se patrimonialismo para indicar governantes de qualquer nível, inclusive um simples funcionário público, que se valem do seu cargo para usufruir vantagens privadas. Todavia, da primeira vez em que o conceito foi utilizado, patrimonialismo só se referia ao soberano que dirigia o Estado como empresa pessoal, na fase do capitalismo mercantil, sempre no sentido de incrementar o comércio e quase nada incrementar a indústria!

que Faoro (2000) no clássico *Os donos do poder*, coloca como **estamento burocrático**, ou seja, um grupo que orbita em torno do Estado, seja quem for que estiver no poder, interferindo nas políticas governamentais, sempre em seu benefício corporativo, de sua honra e de seu prestígio social.

Ou então, o que foi pontuado nas lúcidas reflexões de Sérgio Buarque de Holanda (1995) também no clássico *Raízes do Brasil*, a respeito do homem cordial, que é o homem que se deixa sempre levar pelas coisas do coração (cordial vem do latim *cordes*, coração) mesmo diante de situações que exigem uma racionalidade um pouco mais impessoal, por exemplo, situações pertinentes à condução da vida pública.

E assim, a Lei complementar nº135/2010, conhecida popularmente como Lei da Ficha Limpa, bem como a interpretação comunitarista/republicana do STF tentam responder a isso. A grande questão para o próximo capítulo, que já começou neste, mas ainda cabem maiores reflexões, é até em que medida, pode ser saudável para o Estado Democrático de Direito, com os riscos apontados acima, uma hermenêutica comunitarista/ republicana.

5 A LEI DA FICHA LIMPA PARA ALÉM DO DEBATE ENTRE LIBERAIS E REPUBLICANOS

5.1 Breve intróito sobre a Teoria Discursiva do Direito

Como foi visto até agora no presente trabalho, existem duas grandes tradições, matrizes do pensamento jurídico-filosófico, que se digladiam na história das ideias políticas: O comunitarismo e o liberalismo. Até o início da Idade Moderna, o comunitarismo, em uma vertente um tanto organicista, era o “carro-chefe” na leitura que se fazia da vida em sociedade. O todo era mais importante do que as partes. A ideia era de que a parte só era parte por conta da condição conferida pelo todo. Posteriormente, com a Modernidade, o Liberalismo ganha destaque no debate político, com a emergência do indivíduo e de seus direitos naturais. A parte fica mais importante do que o todo. O todo, no caso o Estado, só teria sentido, se atendessem às reivindicações legítimas da parte, o indivíduo. Todavia, o conflito entre as duas matrizes permaneceu, haja vista do confronto entre o art. 4 e o art. 6 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, bem como de uma série de outras situações do dia a dia, que confrontam o interesse público e o interesse particular, como no caso da Lei da Ficha Limpa.

Quanto ao último exemplo, o que é mais importante: preservar o direito fundamental de o candidato disputar as eleições, mesmo que condenado em segunda instância? Ou preventivamente, com base na iniciativa e no anseio popular “flexibilizar” esse direito, apostando na idoneidade do candidato, para que a *res publica* tenha melhores condições de ser respeitada?

Foi visto, que os autores liberais, respondem afirmativamente para a primeira pergunta e negativamente para a segunda; ao contrário dos comunitaristas, especialmente na vertente republicana, que respondem negativamente a primeira pergunta e positivamente para segunda indagação.

E assim, uma série de institutos jurídicos relacionados à Lei da Ficha Limpa (inelegibilidade, presunção de inocência, vida pregressa, entre outros) são lidos de maneira completamente diferente, dependendo da tradição, da pré-compreensão do intérprete.

Como visto também, os liberais apostam em hermenêutica deontológica, ou seja, as normas valem ou não, de acordo com o código binário do Direito. Já os comunitaristas apostam em uma hermenêutica axiológica, levando em conta o *ethos* social, as preferências compartilhadas no seio da sociedade ou da comunidade.

Foi abordado que as duas matrizes têm virtudes e aporias. E que o grande risco do liberalismo é não perceber que a sociedade é mais do que um “conjunto de eu(s)”, recaindo em uma postura cienticista, egocêntrica.

Ainda pode-se apontar mais um risco, de âmbito sociológico, que ainda não foi contemplado na presente pesquisa, **de como o liberalismo e em tese o seu discurso de promoção de direitos fundamentais, às vezes no Brasil, costuma ser apropriado de maneira escamoteada, para a defesa de privilégios de grupos já privilegiados, ou então ao que diz Faoro, do estamento burocrático**⁸⁴. Sobre isso, sempre oportuno se lembrar da lúcida reflexão de Sérgio Buarque de Holanda (1979), quando diz:

Na verdade, a ideologia impessoal do liberalismo democrático jamais se naturalizou entre nós. Só assimilamos efetivamente esses princípios até onde coincidirem com a negação pura e simples de uma autoridade incômoda (...). A democracia no Brasil foi sempre um lamentável mal entendido (...) puderam incorporar à situação tradicional, ao menos como fachada ou decoração externa, alguns lemas que pareciam os mais acertados para a época e eram exaltados nos livros e discursos (HOLANDA, 1979, p. 273).

Basta recordar que, como visto no capítulo 2, os mesmos liberais do Império, que defendiam uma constituição bem como a limitação do poder do príncipe regente, defendiam a escravidão! É preciso, portanto, um olhar mais atento do jurista ao “chão um tanto pedregoso e lamacento da realidade brasileira”, inclusive no trato da Lei da Ficha Limpa!

Já o grande risco do comunitarismo, como visto, é a promoção de pautas conservadoras e autoritárias, que abafam o “indivíduo”. E aqui também vale um acréscimo e um alerta importante: quase toda ditadura ou regime totalitário começa **com a defesa intensa do bem da**

⁸⁴ Aqui não dá para se furtar da atualidade brasileira! Com todos os riscos que uma história do tempo presente nos trás, é preciso averiguar, por exemplo, os vários projetos apresentados ou desengavetados neste momento pelo atual Presidente do Senado, Renan Calheiros. Como o que prevê regras mais rígidas para o crime de abuso de autoridade (PL nº 280/2.016, de autoria de Renan Calheiros). Como o que determina a impossibilidade de se fazer delação premiada quando o colaborador estiver preso (PL nº 4.372/2.016 de autoria de Wadih Damous). Ou então prevê a impossibilidade de complementação de delação premiada (PL nº 2755/2015 de Heráclito Fortes). **Estipula a responsabilização administrativa, civil e criminal que deliberadamente praticar ato temerário ou de má-fe (PL nº 172/2015 de Fernando Collor de Melo). Repare que instigante o mundo da vida brasileiro: Em tese, são medidas afirmativas dos direitos fundamentais, compatíveis com a tradição liberal, compatíveis com o histórico do constitucionalismo de limitação de poder, e até com a Teoria Discursiva do Direito!** O problema mostrado de maneira enfática pela imprensa é o momento em que esses projetos são propostos ou desengavetados. Quando muitos dos próprios parlamentares, autores desses projetos, se sentem “pressionados” pelos desdobramentos da Operação Lava Jato, que pode mais cedo ou mais tarde atingi-los. Observe então, como não estão por trás razões morais, ligadas ao teste de universalização, proposto por Habermas, na elaboração desses projetos e desses “direitos fundamentais”. Muito pelo contrário, está provavelmente por trás de alguns desses autores, um agir fundamentalmente estratégico almejando “furtar” da ação do Poder Judiciário. **Isso é claro, que não dispensa as críticas vindas aos possíveis abusos da Operação Lava Jato, provenientes de juristas renomados, por exemplo, a crítica em cima de prisões preventivas durando mais de um ano, ou mesmo a crítica em cima de escutas possivelmente ilegais de escritórios de advocacia. Contudo, convém observar com atenção o não dito, as entrelinhas de tudo isso!**

sociedade, do bem das pessoas, ao contrário do que se poderia imaginar. Seja o bem da família, dos costumes, o bem da “Nação”. O mal disso costuma ser percebido muito tempo depois do começo das práticas autoritárias!

Então qual a solução para o impasse? O drama da precariedade da condição humana na Terra é que nunca há uma solução pronta e acabada. Especificamente sobre o Direito, é necessário dizer sem floreios, que o Direito é sempre violento, o que varia na verdade é o grau de violência dos ordenamentos jurídicos. Assim, respondendo à indagação, o que pode haver é um **encaminhamento para uma questão**. Encaminhamento este, que pode ser razoável, feito de forma a mais responsável possível, mas que é **sempre provisório**, e que em última instância, é de **algum modo instável**, porque mutável!

Habermas fez ou tentou (para os críticos) um grande esforço de conciliação entre o liberalismo e o comunitarismo, por meio da **Teoria Discursiva do Direito**. Não é objetivo aqui, destrinchar os meandros do pensamento habermasiano, que é realmente de elevada profundidade e que não cabe neste espaço. Mas convém dar algumas pinceladas, somente naquilo pertinente ao objeto do presente trabalho.

Habermas, à semelhança dos liberais, advoga na defesa do sentido deontológico das normas. Dado o pluralismo cultural, social e de projetos de vida boa, a interpretação e a prestação jurisdicional devem estabelecer, a partir de um **teste de universalização**, o que é correto ou incorreto, o que é válido ou inválido **para todos** e não aquilo que seja bom ou ruim **para nós** (comunidade específica) como defendem os comunitaristas.

Então, na lógica da argumentação jurídica, o filósofo de Frankfurt percebeu que **normas e valores** cumprem papéis completamente diferentes, pois enquanto nas normas, o intérprete tende a levar a sério o compromisso com os direitos fundamentais, nos valores, o intérprete tende a ponderar a todo instante os direitos fundamentais, tratados como simples **bens atraentes** ou **bens teleológicos do direito**. Nas palavras do filósofo:

Certos conteúdos teleológicos entram no direito; porém o direito, definido através do sistema de direitos, é capaz de domesticar as orientações axiológicas e colocações de objetivos do legislador através da primazia estrita conferida a pontos de vista normativos. **Os que pretendem diluir a constituição numa ordem concreta de valores desconhecem seu caráter jurídico específico; enquanto normas de direito, os direitos fundamentais, como também as regras morais, são formados segundo o modelo de normas de ação obrigatórias – e não segundo o modelo de bens atraentes** (HABERMAS, 2012, p.318, grifo nosso).

E assim, segundo Habermas, no comunitarismo “o tribunal constitucional transforma-se numa instância autoritária” (HABERMAS, 2012, p. 321), pois em caso de uma colisão, todas as razões podem concorrer “em pé de igualdade” com as normas obrigatórias do ordenamento

jurídico, inclusive de direitos fundamentais, desnaturando o código binário do Direito. E assim, Habermas estabelece uma diferenciação, uma autonomia entre o discurso de argumentação do direito e o discurso de argumentação da moral⁸⁵.

Por que essa grande preocupação de Habermas com os direitos fundamentais? Seria ele também um liberal como Rawls e Dworkin? Não, o resultado prático é semelhante, mas a fundamentação é bem diferente! Sobre a possível semelhança de Habermas com os autores liberais, especialmente, quando ele acentua o caráter deontológico do Direito, pontuam Souza Cruz e Bernardo Duarte:

Habermas é um autor *sui generis*, pois, sendo herdeiro das tradições marxistas da Escola de Frankfurt, parece guardar grande proximidade com o liberalismo, em especial com o direito como integridade de Ronald Dworkin. Sua ligação com o jusfilósofo americano parece explicar por que Habermas mantém uma distância da teleologia, seja ela subjetiva (*voluntas legislatoris*) ou objetiva (axiologia jurídica) (CRUZ; DUARTE, 2013, p. 209).

O filósofo percebe que em sociedades complexas, multifacetadas como a nossa, lastreadas em uma moralidade pós-convencional, não há mais cosmovisões suficientes a integrar socialmente as pessoas. Assim, o Direito assume esse importante papel de integração social. Há para ele na modernidade, “o paradoxo do surgimento da legitimidade a partir da legalidade” (HABERMAS, 2012, p. 115). Mas para que isso ocorra é preciso que se perceba o **nexo interno entre direitos humanos (ou fundamentais) e soberania popular** no Estado Democrático de Direito. Um não subsiste sem o outro! E nesse aspecto, reside uma grande diferença de Habermas com os autores do Liberalismo Político, os quais endossam bastante a relevância dos direitos fundamentais, mas pouco dissertam sobre a soberania popular, bem como do nexo existente entre esses direitos fundamentais e soberania popular.

E como se dá esse nexo interno entre direitos humanos e soberania popular? Habermas aduz que a legitimidade do Direito se estrutura num **arranjo comunicativo**: “enquanto participantes de discursos racionais, os parceiros do direito devem poder examinar se uma norma controvertida encontra ou poderia encontrar o assentimento de todos os possíveis atingidos” (HABERMAS, 2012, p. 138). Contudo, para que os parceiros do direito possam

⁸⁵ Não é objetivo desse trabalho, mas há um intenso debate entre Habermas e Karl Otto Apel sobre o **fundamento normativo do princípio do discurso**. Em linhas gerais, para o primeiro, o princípio do discurso é moralmente neutro, provindo no máximo, de relações fáticas de reconhecimento das formas de vida comunicativamente estruturadas; enquanto que para o segundo, o princípio do discurso nunca foi neutro, pois pressupõe os valores da igualdade e da liberdade. E assim, segundo Apel, por trás do princípio do discurso está o princípio da responsabilidade, o que Habermas refuta, alegando que Apel retorna sem querer a arquitetura kantiana dos imperativos categóricos, em que a moral seria fonte de legitimação do Direito. Para maiores informações ver: CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **Hermenêutica Jurídica e(em) debate**. 1ªed. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p.141.

examinar a legitimidade das normas, ou seja, exercerem sua autonomia pública, é preciso que eles tenham respeitados os seus direitos fundamentais, como liberdade de expressão, de consciência, entre outros, em outras palavras, sua autonomia privada. E para que tenham e continuem a ter respeitados os seus direitos fundamentais, é preciso que os cidadãos, ao orientarem-se pelo entendimento, façam uso adequado de sua autonomia política. E dessa relação de interdependência, de equiprimordialidade entre autonomia pública e autonomia privada, ou em outras palavras, entre soberania popular e direitos humanos, os destinatários do direito tornam-se também seus autores (HABERMAS, 2012).

E assim, a Teoria Discursiva do Direito opera uma conciliação possível para o debate entre liberais e comunitaristas, pois diferentemente do liberalismo, a Teoria Discursiva do Direito não vê uma precedência dos direitos em relação à política e à comunidade, nem vê como o republicanismo, uma precedência da política e da comunidade sobre os direitos. São como pontua José Adércio Sampaio, “precedentes recíproca e mutuamente pós- cedentes, por isso mesmo, autoconstitutivos, autonomia privada e pública, processos de individualização e de socialização” (SAMPAIO, 2013, p. 214).

A teoria discursiva do Direito tenta corrigir o equívoco do liberalismo de perceber os direitos fundamentais apenas como liberdades negativas. E tenta corrigir o equívoco do comunitarismo de não perceber que além das razões éticas (tão caras para os comunitaristas), razões morais e pragmáticas também fazem parte da política deliberativa.

Ademais, a teoria discursiva do Direito é contrafática! Ao pressupor uma **comunidade ideal de fala**, Habermas, que de ingênuo nada tem, sabe que ela não ocorre em lugar nenhum do mundo, mas que os parceiros do direito ao orientarem-se pelo entendimento, à força do melhor argumento, a pressupõe, de modo que negá-la, é entrar em uma contradição performativa!

Seja das críticas apontadas no capítulo precedente de uma hermenêutica comunitarista, seja das críticas apontadas neste capítulo, por meio da teoria discursiva do Direito, percebe-se que uma hermenêutica estritamente comunitarista/ republicana, como a presente nos votos vencedores da constitucionalidade da lei da Ficha Limpa pode ser em alguns aspectos problemática.

Ver-se-á a seguir, uma “proposta alternativa de conciliação” entre as matrizes do liberalismo e do comunitarismo.

5.2 A Ética primeira de Lévinas como proposta alternativa de conciliação

Foge ao escopo deste trabalho analisar com a profundidade merecida o pensamento de Lévinas. Mas dado a temática da tensão entre as matrizes do pensamento jurídico-político presente no julgamento de constitucionalidade da lei da Ficha Limpa, bem como de outras tantas questões jurídicas, é mister trazer à baila alguns aspectos do seu pensamento.

Lévinas é um pensador lituano, que como todo filósofo da fenomenologia contemporânea, é crítico da ontologia clássica, que tratava o ser como presença. Em palavras bem coloquiais, o ser sempre “se esconde”, pois é inacessível. O que se tem acesso é ao ente. Ente este, que mais do que ser desvelado, como propunha Heidegger, pode no máximo ser revelado, pois conforme Lévinas, à medida em que o indivíduo “joga luz” em um aspecto em que ele investiga, ele “sombreia” outro lado.

Ademais, Lévinas anota que um grave problema da ontologia, típica da filosofia ocidental é que na maioria das vezes, ela fez “ (...) uma redução do Outro ao Mesmo, pela intervenção de um termo médio e neutro que assegura a inteligência do ser” (LÉVINAS, 1980, p. 31). E dá um bom exemplo de como a redução do Outro ao Mesmo se deu com a filosofia socrática. Para Sócrates, e isso vale também para Platão, não recebo nada de Outrem a não ser o que *já está em mim*. Lévinas não traz à colação, mas nesse aspecto não dá para esquecer do exemplo de Platão na obra *Mênon ou da Virtude*, na qual Sócrates auxilia o escravo de Mênon a descobrir o teorema de Pitágoras, e ele aprende isso, porque ele já sabia. Conhecer, portanto, era rememorar apenas, a partir de si. Isso para Lévinas é a lição de Sócrates; “o primado do Mesmo” (LEVINAS, 1980, p. 31).

E segundo o pensador lituano, ao longo de toda a história da filosofia, com diferentes nuances, houve essa tentativa de reduzir o Outro ao Mesmo, o que Lévinas denomina de **egologia** (LEVINAS, 1980, p.31). E aqui vale notar, que nem Heidegger, em quem Lévinas “se inspirou” em alguns aspectos, foi poupado da crítica em relação à ontologia:

Afirmar a prioridade do ser em relação ao ente é já pronunciar-se sobre a essência da filosofia, subordinar a relação com alguém que é um ente (a relação ética) a uma relação com o ser do ente que, impessoal como é, permite o sequestro, a dominação do ente (a uma relação de saber), subordina a justiça à liberdade (LÉVINAS, 1980, p.32).

Foge ao escopo do presente trabalho analisar a fecundidade do pensamento de Heidegger, mas aqui Lévinas pontuou que Heidegger, ao se preocupar tanto com o ser, com o “desvelamento” do ser do ente, pouco caso fez do ente, a qual se baseia a relação ética face a

face. Isso acabou, ainda que de maneira mais dialética, ratificando a primazia do Mesmo, algo típico da ontologia. Mais do que ente ser desvelado, ele pode ser, (e nunca na sua totalidade), “re-velado”.

E como o ente é re-velado? Levinas aponta que é preciso humildade para entender que algo sempre escapa da “empreitada da captura de sentidos”, que é sempre violenta, por tentar ser totalizante! O Outro, esse ente é que se “a-presenta” diante de mim, é infinito e portanto inapreensível! Nas palavras de Lévinas:

o rosto recusa-se a posse, aos meus poderes. Na sua epifania, na expressão, o sensível ainda captável transmuda-se em resistência total à apreensão.[...]Com efeito, a resistência à apreensão não se verifica como uma resistência inultrapassável como dureza de rochedo contra a qual o esforço da mão se quebra, [...] A expressão que o rosto introduz no mundo não desafia a fraqueza de meus poderes, mas o meu poder de poder (LÉVINAS, 1980, p.176)

Lévinas explica que o Outro se “a-presenta” diante de mim por seu Rosto, por sua face. E nesse frente a frente, sou chamado às minhas obrigações, à minha responsabilidade para com ele. E é nesse instante que sou livre! Contrariando a tradição filosófica iluminista que aduzia que o homem primeiramente é livre e depois responsável, Lévinas coloca que primeiramente se é responsável e depois se é livre. Mais do que uma inversão de ordem cronológica, a relação é de simultaneidade. É na medida em que se é responsável, é que se é livre!

E é por isso, que se “denomina” ética primeira ou ética da ética: não há um código moral, quase estanque, a prescrever o que devo ou não fazer, como a ética tradicionalmente é pensada (portanto ética segunda), e sim, é da relação com outra pessoa, que espera algo de mim, desde os primeiros momentos no qual fico “consciente”, é que descubro minhas obrigações! Na expressão forte de Lévinas:

O ser que se exprime impõe-se, mas precisamente apelando para mim da sua miséria e da sua nudez- da sua fome - sem que eu possa ser surdo ao seu apelo. De maneira que na expressão, **o ser que se impõe não limita, mas promove a minha liberdade, suscitando a minha bondade** (LÉVINAS, 1980, p.179, grifo nosso).

No trecho grifado está “a semente” da conciliação promovida pela ética primeira entre o liberalismo e o comunitarismo, embora é preciso fazer o registro de que Lévinas, por ser avesso a qualquer tipo de totalização, nunca pensou em fazer semelhante “síntese”. Ao contrário dos autores liberais que tendem a ver a sociedade enquanto um conjunto de indivíduos autônomos, enquanto um conjunto de “Eu(s)”, em que o Outro sempre tende a limitar a liberdade do indivíduo, na ética primeira levinasiana, é na presença do Outro, quando este dirige um surdo apelo a mim, como já dito é que se tem liberdade. E nesse aspecto, Lévinas, em

Totalidade e Infinito, no capítulo *Rosto e ética* faz uma crítica a Hegel, que embora comunitarista, o teor da crítica cabe perfeitamente aos liberais:

A relação com o Outro –absolutamente Outro -, que não tem fronteira com o Mesmo, **não se expõe a alergia que aflige o Mesmo numa totalidade e na qual a dialética hegeliana assenta**. O outro não é para a razão um escândalo que a põe em movimento dialético, mas o primeiro ensino racional, a condição de todo o ensino (LÉVINAS, 1980, p.182, grifo nosso)

Por que o Outro não é para a Razão um escândalo que a põe em movimento dialético, como pensara Hegel? Porque pensar assim, é pressupor que no indivíduo (como pressupõe o liberalismo) ou em termos levinasianos, no Mesmo, haja uma identidade tranquila de si, uma liberdade segura de si, que se exerce sem escrúpulos e que o Outro, tal qual uma “alergia” apenas serve para me incomodar. Esse pressuposto liberal, que até Hegel professou, conforme a passagem, para Lévinas é uma impossibilidade, dada a sempre presente responsabilidade que o Mesmo tem em face do Outro. É o Outro que permite que o Mesmo saia de sua “mesmidade” e possa existir!

Um exemplo prático da “dificuldade” do Liberalismo, com os problemas da atualidade e que a ética primeira pode auxiliar: no julgamento do RE.845.779/SC pelo STF (BRASIL, 2015), tratava-se de um caso em que uma determinada pessoa transexual foi impedida de usar um banheiro feminino em um *Shopping Center* e que diante disso, acabou fazendo suas necessidades em sua própria vestimenta, diante de todos, passando por intensa humilhação. Em primeira instância, a justiça de Santa Catarina, julgou procedente o pedido do transexual, condenando o shopping Center a pagar R\$ 15.000,00 de indenização por danos morais. O réu recorreu, e em segunda instância, reverteu a decisão, com o Tribunal de Justiça de Santa Catarina tratando o caso da autora como um “mero dissabor”. Seguindo itinerário processual, inicialmente o Recurso Extraordinário foi negado pelo Tribunal de 2ª instância *a quo*, alegando-se que se tratava de uma mera “ofensa reflexa à Constituição”. Posteriormente, em sede de agravo, o Recurso Extraordinário subiu e teve como Relator, o ministro Luis Roberto Barroso. Este, em seu voto, reconheceu a repercussão geral do caso, alegando a importância de o STF definir “o conteúdo jurídico do direito à autodeterminação sexual” (BRASIL,2015, p.9). Ademais, assim se expôs em seu voto oral:

Solução diversa implicaria, ainda, **gravíssima restrição à liberdade individual**, porque impediria os transexuais de desenvolverem plenamente a sua personalidade, vivendo de acordo com a sua identidade de gênero. **A violação à liberdade, no caso, afetaria escolhas existenciais, relacionando-se, assim, também à dignidade humana, mas, agora, na vertente da autonomia** (BARROSO, 2015, grifo nosso).

Repare bem: o ministro, corretamente dentro do liberalismo que se está discutindo aqui, bem como da mais avançada dogmática constitucional, reconheceu o direito dos transexuais de utilizarem o banheiro público feminino. O problema é a fundamentação liberal empregada. Não se trata propriamente de restrição à liberdade da pessoa à sua escolha existencial. A pessoa não escolhe ser transexual ou homossexual! Em algum momento de sua vida, ela se identifica assim e ponto! Empregar termos caros ao Liberalismo como livre arbítrio, liberdade, escolha existencial, autonomia, pode ser filosoficamente pouco convincente.

Novamente, talvez outras correntes filosóficas como o pensamento de Lévinas e a sua ideia de **alteridade**, sejam mais promissoras nesse tipo de questão. Ainda na dissertação abordando o pensamento de Lévinas, Guilherme Ferreira Silva (2014) aduz que

a morada do Mesmo traduz desde sempre o Desejo de Evasão. **Não se é humano sem o Desejo metafísico de ir além de si.** Para ser, o Mesmo precisa deixar sua mesmidade. Ele não tem escolha. A evasão é uma contingência de sua morada. Assim, ele precisa do Outro (...) **Como evadir sem o Outro? Como evadir negando o Outro? Violentando-o? Matando-o?** (SILVA, 2014, p. 88, grifo nosso).

A partir da reflexão acima, como um juiz pode “decidir” negando o Outro, que se revela em alguns aspectos do seu ser um transexual (o que não ocorreu no voto do Ministro Barroso)? Como concordar com a atitude dos funcionários do Shopping Center em totalizar e violentar o ente do Autor dessa ação? Realmente, não se pode admitir esse tipo de conduta, não propriamente porque os transexuais têm autonomia privada, livre arbítrio, como aduzido por Barroso. Mas talvez porque é mais importante, sinalizar no debate público, a percepção e o aprendizado de que o Outro possui um infinito dentro de si, é simultaneamente interdito e súplica e não compreendê-lo em sua infindição é uma violência! É a isso que se relaciona a alteridade levinasiana.

Se aqui foi feito uma crítica que cabe ao liberalismo, em outra passagem de *Totalidade e Infinito*, há uma crítica que cabe ao comunitarismo. Diz Lévinas:

A fraternidade humana tem assim um duplo aspecto, **implica individualidades cujo estatuto lógico não se reduz ao estatuto de diferenças últimas num gênero**; a sua singularidade consiste em cada uma se referir a si própria (um indivíduo que tem um gênero comum com um outro indivíduo não estaria suficientemente afastado dele). Implica por outro lado, a comunidade de pai, como se a comunidade de gênero não se aproximasse suficientemente (LÉVINAS, 1980, p. 192, grifo nosso).

A premissa comunitarista de Aristóteles, como visto, era de que “uma mão só era uma mão, por estar junto do corpo”, e assim o indivíduo em uma sociedade. Para Lévinas não! Pensar assim, como ele aduz na passagem acima, é tratar as diferenças de individualidades como se

elas fossem apenas diferenças dentro de um mesmo gênero. E a singularidade de cada um é muito maior que o da parte diante do todo, como na ótica comunitarista. A “parte” pensada pelos autores comunitarista, é na verdade, o infinito, o Rosto que não se apreende nunca!

Repare então, que neste breve estudo sobre o pensamento de Lévinas, percebe-se que a ética primeira não pressupõe nem o esquecimento do coletivo em detrimento do individual(liberalismo), nem o esquecimento do “eu” em favor de um “nós” (comunitarismo), sendo portanto, uma “proposta alternativa de síntese” desse debate, embora repita-se, jamais pensada e tentada por Lévinas. É como colocam Álvaro Ricardo de Souza Cruz, Bernardo Duarte e Alessandra Teixeira (2016), a respeito da ética primeira de Lévinas:

Justiça não sucede nem precede ao bem, pois não há uma sem o outro. Desse modo, apostamos em uma visão de tempo descontínuo, porquanto acreditamos só existir o tempo no qual exista o homem, em sua contínua relação com a alteridade. Essa visão não nega a permanente possibilidade da violência, isto é, da ausência de tempo e de ser(como presença). Logo, suplanta-se a visão linearizada de tempo (cronológico), do antes e do depois, assim como o tempo interior (intuição pura do Cogito) e exterior (categórico-aristotélico) (Texto no prelo).

O “bem” então de Lévinas não é aquele ideal de perfeição, típico do comunitarismo e do republicanismo. Não se confunde com a causa final aristotélica. O bem aqui, conforme os mesmos autores, “é a revelação de quem somos: seres perfeitos em sua imperfeição”(texto no prelo), isto é, a sabermos que por mais que sigamos a pretensão de correção, que é um aspecto da antropologia humana, podemos estar errados!

5.3 Sugestões de “adequação” para os votos vencedores da constitucionalidade da Lei da Ficha Limpa à deontologia do Direito, bem como à ideia de alteridade.

Como dito inúmeras vezes no presente trabalho, foi adotada hermenêutica comunitarista/republicana, nos votos vencedores no julgamento, que declarou a constitucionalidade da Lei da Ficha Limpa. E como visto, seja pela crítica dos liberais, seja pela crítica de Habermas, seja pela crítica de Lévinas, esse tipo de hermenêutica, por “mais bem intencionada” em muitos casos, como o caso em foco, apresenta riscos. Portanto, seguem alguns reparos nos votos e até mesmo na própria lei complementar nº 135/2010:

a) Reconhecer que a presunção de inocência vale para todo o ordenamento jurídico e não apenas na seara penal. Esse reparo na fundamentação, para alguns votos vencedores da constitucionalidade da Lei da Ficha Limpa, parece ser imprescindível, pois esse ‘princípio’ é inseparável da ideia de Estado democrático de Direito. Mesmo que no caso, não

se altere tanto assim o resultado prático, como se verá a seguir, pois reconheceremos a constitucionalidade da lei da Ficha Limpa, em seu aspecto geral, do ponto de vista epistemológico e de narrativa, faz toda a diferença para os parceiros do Direito, outra narração. Motivo: a presunção de inocência, para além da tradição liberal de respeito à autonomia privada do indivíduo, é inseparável da responsabilidade que a face do Outro nos impõe. Como aludido, e como bem asseverou o filósofo Emanuel Levinás, ao contrário da tradição filosófica, primeiro se é responsável, depois livre;

b) **Trabalhar com a ideia de um direito fundamental do eleitor à moralidade das candidaturas.** Essa recente construção doutrinária permite um desdobramento diferente no trato dos direitos concorrentes, inclusive mais próximo da linguagem do constitucionalismo democrático liberal ou mesmo discursivo. Vale recordar o pensamento de Dworkin, exposto no capítulo 3. Naquela oportunidade, foi dito que Dworkin tratou da Lei contra os distúrbios públicos. Ela proibia protestos, que direta ou indiretamente estivesse incitando a violência. Foi também dito naquela oportunidade, que analisando essa lei, pelo pensamento de Dworkin, só se poderia tomar como direitos concorrentes, a liberdade de expressão e o direito individual **de cada membro da sociedade** de estar livre da violência e **não o direito da sociedade** de estar livre da violência. E mesmo assim, segundo o autor não ficaria claro, que tipo de dano efetivo uma lei como essa, lograria evitar.

Mutatis mutandis, é possível pensar dessa forma em torno da Lei da Ficha Limpa. É possível tomar enquanto direitos concorrentes o direito do candidato à elegibilidade e o **direito da sociedade** à moralidade pública? Pelo pensamento de Dworkin fica claro que não, pois a o direito da sociedade à moralidade das candidaturas, além de ser para ele “uma ambiguidade na linguagem dos direitos”, seria uma **meta política**, algo que nunca pode restringir um direito fundamental, pois isso seria utilizar argumentos de política, enquanto que para levar os direitos a serio, é necessário que se parta de argumentos de princípio!

Mas a questão se tornaria mais imbrincada se se pensar, como alguns autores começam a fazer, em tomar como direitos concorrentes no caso, **o direito político do candidato à elegibilidade e o direito fundamental de cada cidadão/ eleitor a candidatura proba ou à moralidade das candidaturas.** Talvez nesse caso, “comprovado a existência” do direito fundamental do eleitor de votar em candidatos probos, poderia-se pensar em uma justificativa ou narrativa para a Lei da Ficha Limpa, **dentro da matriz liberal ou mesmo discursiva do Direito**, que transcenda os frequentes e às vezes problemáticos argumentos comunitaristas/ republicanos lastreados em torno da constitucionalidade dessa lei, como visto nos votos dos ministros vencedores.

É o que tenta fazer José Dias Júnior (2014) em sua obra *Elegibilidade e Moralidade. O direito fundamental à moralidade das candidaturas*⁸⁶. Segundo Dias Júnior, o direito fundamental à moralidade das candidaturas se dá tanto em sentido *substancial*, quanto em sentido *formal* (em mais uma dicotomia clássica que o Direito tanto “aprecia”). Em sentido substancial, o direito à moralidade das candidaturas se mostra fundamental porque “[...] ele revela conteúdo decisivamente constitutivo das estruturas básicas do Estado e da sociedade [...]” (DIAS JÚNIOR, 2014, p. 102). O motivo é que o autor levou em consideração para a construção do seu pensamento, a doutrina dos direitos fundamentais de Alexy, para quem, os direitos fundamentais são aqueles que propiciam “decisões sobre a estrutura normativa básica do Estado e da sociedade” (ALEXY *apud* DIAS JÚNIOR, 2014, p.101). Bem como o pensamento de Galuppo, para quem “direitos fundamentais são os direitos que os cidadãos precisam reciprocamente reconhecer uns aos outros, em dado momento histórico, se quiserem que o direito por eles produzidos seja legítimo, ou seja, democrático” (GALUPPO *apud* DIAS JÚNIOR, 2014, p.102).

Pois bem, segundo Dias Júnior, quando se busca uma representação política digna, por meio do critério da vida pregressa, além de ser uma decisão relevantíssima para a estrutura do Estado e da sociedade, está-se propiciando ao povo um meio de produzir um Direito positivo legítimo, sendo portanto, o direito à moralidade das candidaturas sob critério substancial ou material, um *direito fundamental*. Já em sentido formal, o direito à moralidade das candidaturas é fundamental, porque segundo Dias Júnior, é:

reconhecido por norma cuja existência decorre, de um modo mais amplo, do próprio sistema constitucional pátrio, que erige a cidadania como fundamento do nosso Estado Democrático de Direito, e, de um modo mais restrito, da conjugação do dispositivo do art. 14 § 9º, com o dispositivo do art. 1, caput e II, conjugados ainda com a cláusula de abertura do art. 5, § 2º, todos da Constituição Federal de 1988 (DIAS JÚNIOR, 2014,p.103, grifo nosso).

Isso porque, como bem sabe a doutrina constitucional, o rol dos direitos fundamentais estabelecidos na Constituição, está longe de ser taxativo. Nem na Carta anterior de 1967/1969 o era! E nesse sentido, o direito fundamental à moralidade das candidaturas poderia ser interpretado e construído a partir da conjugação de diversos dispositivos constitucionais.

⁸⁶ É bem verdade, que José Dias Junior ao tentar elaborar a ideia de direito fundamental à moralidade das candidaturas, tentou contrapor o direito fundamental à elegibilidade dos candidatos *versus* o direito fundamental à moralidade das candidaturas do **povo**. No presente trabalho, “aproveitamos” a construção empreendida por José Dias Júnior sobre o direito fundamental à moralidade das candidaturas, mas numa tentativa de adequação à matriz do pensamento liberal ou mesmo discursivo, **trocamos o direito fundamental à moralidade das candidaturas do povo pelo direito fundamental de cada eleitor à moralidade das candidaturas**, o que parece fazer muita diferença em termos de argumentação!

Dias Júnior não aborda especificamente, mas há inclusive o instituto da **ação popular** (art. 5 LXXIII da CF), que pode ser proposta por qualquer cidadão, sem custas judiciais, destinada entre várias finalidades anular ato lesivo à **moralidade administrativa**⁸⁷. Ou seja, há a garantia institucional fundamental apta a dar efetividade ao valor da moralidade (embora nesse caso, para outra situação que não a de eleição), o que mais uma vez reforça a suspeita de que a moralidade das candidaturas é um direito fundamental, nem que seja de maneira indireta, de maneira formal, como diz a tradicional doutrina constitucional.

Dias Júnior ainda recorda que qualquer cidadão, na qualidade de eleitor, pode levar ao conhecimento da Justiça Eleitoral, uma notícia fundamentada de inelegibilidade de um determinado candidato, a fim de que sua candidatura seja indeferida. É o que dispõe o art. 7§ 3º do Código Eleitoral⁸⁸. Essa notícia na prática, equivale a um pedido formal de impugnação do registro de candidatura.

E assim, o autor mostra que há atribuição de posições jurídicas aos indivíduos frente ao Estado, no caso, o eleitor, diante da Justiça Eleitoral, bem como normas destinadas a proteção dessa posição jurídica, como por exemplo, o citado artigo do código eleitoral. **A combinação de atribuição de posições jurídicas subjetivas⁸⁹ ao indivíduo e/ ou normas destinadas à proteção dessas posições jurídicas subjetivas**, também costuma ser apresentada, segundo o autor, pela tradicional doutrina constitucional como mais um elemento de que determinado direito é fundamental. E assim, mais uma vez do ponto de vista formal, o direito à moralidade das candidaturas seria um direito fundamental.

Na verdade, todos esses critérios apresentados por José Dias Júnior, bem como pela doutrina constitucional para “definir” se um direito é ou não fundamental não passam de

⁸⁷ Pelo fato de o direito fundamental à moralidade das candidaturas estar intimamente relacionado ao princípio da moralidade administrativa, vale a pena tecer algumas considerações sobre esse “princípio”. Conforme Cármen Lúcia Rocha, “o princípio da moralidade administrativa formou-se a partir do princípio da ‘legalidade’, ao qual se acrescentou, como conteúdo necessário à realização efetiva e eficaz da Justiça material, a legitimidade do Direito” (ROCHA, 1994, p. 187). Isso porque segundo a ministra, os juristas Maurice Hariou e Georges Ripert, ainda no século XIX, a partir do entendimento que sobre a legalidade se tinha à época, entenderam inicialmente a moralidade como elemento da própria “legalidade administrativa”. Motivo: analisando-se a **finalidade** do ato praticado pela administração pública, poderia-se constatar se houve ou não desvio de finalidade ou abuso de poder, e portanto se o ato era imoral, a partir do que a lei colocava como o ideal da “boa administração”. Hoje, conforme ainda Cármen Lúcia, a moralidade, ainda que intimamente relacionada à legalidade, “passou a ser conceito elaborado com força de elemento autônomo na formação e na informação do comportamento administrativo válido” (ROCHA, 1997, p. 187).

⁸⁸ art. 7§ 3º: Poderá também, qualquer eleitor, com fundamento em inelegibilidade ou incompatibilidade do candidato ou da incidência deste no art. 96 impugnar o pedido de registro, dentro do mesmo prazo, oferecendo prova do alegado.

⁸⁹ Não se pode esquecer da importante atribuição de posição jurídica dada aos cidadãos de protocolarem pedido de *impeachment* por crime de responsabilidade, que se fundamenta em **improbidade administrativa**.

rastros, traces⁹⁰, para utilizarmos a linguagem do filósofo Derrida (1972), deixadas pelo ente do Direito, em sua faticidade, que de maneira alguma “esgotam” o que seja direito fundamental.

Nem toda a decisão sobre a estrutura normativa do Estado e da sociedade (como apresentado por Alexy para definir direito fundamental) é direito fundamental. O sistema de governo presidencialista no Brasil, por exemplo, é uma decisão sobre a estrutura normativa do Estado. Por um acaso, o presidencialismo então, é direito fundamental no Brasil? Não! É possível uma mudança via emenda constitucional do sistema de governo no Brasil, para por exemplo, semi-presidencialismo ou mesmo parlamentarismo!

Em outras palavras: assim como conceituações tradicionais quando apresentam o conceito de Direito como ordem normativa, hierárquica, dotada de sanções, com elementos deônticos, não dão conta de “exaurir” o que seja Direito, pois esses elementos aparentemente definidores do Direito também estão presentes em outros sistemas normativos, como a moral, a religião, por exemplo; os critérios estipulados pela doutrina para se “definir” se um direito é ou não fundamental também não exaurem o que seja direito fundamental. São apenas, rastros, pegadas, deixadas pelo ente dos direitos fundamentais...

Pelo exposto acima, como rastro, como pegada, o direito à moralidade das candidaturas é direito fundamental. E nesse sentido, ainda assim com alguma dificuldade (reconhecemos!) facilita-se a “justificação” ou narração da Lei da Ficha Limpa em sede liberal e mesmo discursiva, à medida em que se contraporía o direito à elegibilidade do candidato de um lado e o direito também fundamental de cada eleitor (e não da sociedade) à moralidade das candidaturas. Talvez Dworkin e mesmo Habermas e seus adeptos ficassem um pouco mais “tranquilos” nesse caso, embora não completamente;

c) Perceber que em nenhum critério (comunitarista democrático, liberal, discursivo, de alteridade) como já afirmado em outras oportunidades do trabalho, parece se sustentar a

⁹⁰ O presente trabalho, embora um pouco distante da **desconstrução** do filósofo Derrida, não pode deixar totalmente de considerar alguns ganhos que esse tipo de atitude representa. Sobre a ideia de **rastros**, aduz Derrida: “Seja na ordem do discurso falado, ou seja na ordem do discurso escrito, nenhum elemento pode funcionar como signo, nenhum elemento pode funcionar como signo sem remeter a um outro elemento, o qual, ele próprio, não está simplesmente presente. Esse encadeamento, faz com que cada ‘elemento’- fonema ou grafema-constitua-se a partir do **rastro**, que existe nele, de outros elementos da cadeia ou do sistema” (DERRIDA, 1972, p.32). A ideia de Derrida, grosseiramente falando, é que, a tradição ocidental rebaixou a escritura em relação à fala, por considerar esta mais viva e portanto, mais próxima do significado de um “conceito”. Ademais, por muito tempo, na história da filosofia, tudo se passava como se houvesse um “significado em si” dos conceitos, bem como um “significante em si” dos conceitos. Enquanto que para Derrida, o que há é significante se reportando a significante e este se reportando a outro significante, que por sua vez se reporta a outro significante sem que se chegue a um estaque significado. Um exemplo para “aclarar” um pouco a ideia de rastros em Derrida (correndo-se o risco é claro, de traír o autor): Paulo César Duque_Estrada (2002) comentando sobre Derrida, analisa a clássica dicotomia filosófica entre natureza e cultura. O termo “natureza”, por exemplo, “somente por comportar uma estrutura de remetimento – e, portanto, funcionar como um significante – em relação ao termo cultura ou história, etc, que o termo natureza pode funcionar como um significado” (DUQUE-ESTRADA, 2002)

possibilidade de negativa de candidatura de alguém excluído de um conselho profissional, sem prévia decisão judicial ou de um órgão qualificado como o Tribunal de Contas por exemplo. Mesmo que o candidato possa reverter isso em sede judicial, tal medida não parece se coadunar com a responsabilidade com que o legislador e todos têm que ter com o Outro, em sua infinitude, em sua complexidade, e **mesmo em seus erros!** E se o candidato for “vítima” de conchavos corporativos do Conselho Profissional? Parece que aqui, caberia melhor ao eleitor tomar esse tipo de decisão de saber se vota ou não em um candidato excluído de um conselho profissional;

d) Há um problema relativamente grave na Lei Complementar nº135/2010. Candidatos que antes do advento dessa lei, tenham sido condenados com trânsito em julgado, e ficados inelegíveis por 3 anos, que era o prazo padrão de inelegibilidade na LC nº64/90, conforme a redação original do art. 1º, I, d dessa lei, agora terão que ficar inelegíveis por mais 5 anos, a fim de se completar 8 anos, que é o prazo padrão de inelegibilidade constante na nova lei, que é a lei da Ficha Limpa. Para além da tradição liberal de respeito à autonomia do indivíduo, será que violar a coisa julgada, é respeitar as condições processuais para a democracia discursiva⁹¹? Aqui, a princípio, é necessário esquecer por um momento, caso se trate de um candidato “mau político”. Nesse caso, é preciso se pensar para além disso!

A questão é tão complexa, que o ministro Luiz Roberto Barroso, em decisão recente, na Reclamação nº24.224/MS, decidiu permitir a candidatura de uma pessoa condenada por abuso de poder político, antes do advento da Lei Complementar nº 135/2010, e que já tinha cumprido o prazo de 3 anos de inelegibilidade, fixado em sentença transitada em julgado fundamentando que:

A análise mais minuciosa da questão, no entanto, revela que o tema não encontrou pacificação com aquele julgamento. Com efeito, verifiquei que os Ministros Dias Toffoli, Gilmar Mendes, Celso de Mello, Marco Aurélio e Cármen Lúcia possuem ao menos uma manifestação em sentido contrário à possibilidade de aplicação retroativa do prazo de que trata o art. 22, XIV, da Lei Complementar nº 64/1990. Ainda, apreciando a AC 3.685-MC, o Ministro Ricardo Lewandowski concedeu liminar para uma melhor reflexão a respeito da retroatividade da inelegibilidade de 8 (oito) anos advinda da LC nº 135/2010.

Nessa linha, o Plenário da Corte sinalizou revisitar o mérito da questão, quando reconheceu a sua repercussão geral (tema 860 - “Possibilidade de aplicação do prazo de 8 anos de inelegibilidade por abuso de poder previsto na Lei Complementar 135/2010 às situações anteriores à referida lei em que, por força de decisão transitada em julgado, o prazo de inelegibilidade de 3 anos aplicado com base na redação original do art. 1º, I, d, da Lei Complementar 64/1990 houver sido integralmente cumprido”)(BRASIL, 2015).

⁹¹ O questionamento aqui se dá somente em se tratando de aplicação do prazo de 8 anos de inelegibilidade à situações anteriores ao advento da Lei da Ficha Limpa **já constituídas sob o manto da coisa julgada**. Não se questiona aqui a aplicação à fatos passados, mas cujo o pedido de registro de candidatura se dá no presente, ou cujo o pedido se dá posteriormente ao advento da lei da Ficha Limpa, pois nesse caso, parece razoável o argumento de que não existe direito adquirido ao regime jurídico da inelegibilidade

Trata-se na verdade, de uma Reclamação proposta pela Procuradoria-Geral da República, que pleiteava a suspensão dos efeitos da decisão do Tribunal Regional Eleitoral do Mato Grosso do Sul, que havia deferido a certidão de quitação eleitoral para um agente político, condenado em 2008 por abuso de poder político e que já tinha cumprido os três anos de inelegibilidade consignados na sentença à época. A Procuradoria postulava o cumprimento do que foi disposto no julgamento conjunto da ADC nº 29, 30 e da ADI nº4578, que declarou a constitucionalidade da lei da Ficha Limpa.

Por imprescindível que seja a necessidade de melhorar a representatividade sistema político brasileiro, nesse caso, parece acertada a decisão do ministro Barroso⁹², e mais do que isso: Parece que o STF, em sede de controle abstrato de constitucionalidade, vai ter que rever o posicionamento adotado no julgamento da ADC nº 29, 30 e da ADI nº 4578, que permitia o prazo de 8 anos de inelegibilidade para aqueles candidatos, que já tinham cumprido o prazo de 3 anos, fixado por decisão transitada em julgado, conforme a LC nº 64/1990.

Impunidade? Talvez! Mas aqui, é preciso um pouco da **paciência, oriunda da necessidade da Responsabilidade para com o Outro**, que por ser um território estrangeiro, é mais do que “um mau político”, ele pode eventualmente, agora, ser um sujeito apenas querendo seguir as regras do jogo eleitoral⁹³. Nunca se sabe, dada a infinição de cada um! E aqui é preciso recordar o alerta de Lévinas que o poder é “[...] por essência assassino do Outro [...]” (LÉVINAS, 1980,p. 34). E que portanto, nesse caso, como em tantos outros, é preciso cuidado com o poder demasiado grande de quem quer que seja, inclusive o do poder Judiciário;

e) É importante assinalar, seja da perspectiva da Teoria Discursiva do Direito, seja pela ética primeira de Lévinas, e mesmo de outras teorias do Direito, que não é mais tão fácil contrapor, como repetidas vezes, fizeram os ministros nos votos vencedores, **interesse público de um lado e interesse privado dos candidatos por outro**. Basta aqui recordar o enfático voto do ex-ministro do STF, Joaquim Barbosa, que assim se manifestou:

Assim, como diversas vezes já afirmei nesse Plenário, eu analiso a Lei Complementar nº135/2010, **sob a ótica da proteção ao interesse público**, e não para o fim da proteção preferencial aos **interesses puramente individuais e privados** (BRASIL, 2012, p.58)

Embora o nível de corrupção historicamente verificada no Brasil, inclusive a nível profissional, como já dito, cause realmente “espamos”, é preciso ponderar que no Estado

⁹² É bem verdade que o ministro acertou na decisão, mas não assumiu o compromisso de entrar no “mérito da questão”, preferindo usar para tanto, argumentos minimalistas/ funcionais.

⁹³ Nem que seja para fazer *marketing* político, ou em casos bem mais raros, por “arrependimento” mesmo. Nunca se sabe em se tratando da complexidade humana!

Democrático de Direito, considera-se que, no mais das vezes, o interesse público se manifesta justamente no atendimento aos direitos fundamentais dos cidadãos. O próprio nexos entre direitos fundamentais e soberania popular presentes no Estado Democrático de Direito, como visto na Teoria Discursiva do Direito, denota isso. Não sem motivo, que foi proposto no presente capítulo, tratar a exigência de moralidade das candidaturas, como um direito fundamental do eleitor, a fim de se adequar ao constitucionalismo democrático. Embora é claro, como pontua Daniel Sarmiento:

[...] há outros autênticos interesses públicos cuja prossecução não corresponde a nenhum tipo de direito fundamental. Pense-se por exemplo, no interesse público referente à melhoria do trânsito, ou no concernente ao controle da dívida pública. São genuínos interesses públicos, que, não obstante, podem eventualmente colidir com direitos fundamentais (SARMENTO, 2006, p.356).

E nesse aspecto o comunitarismo e o republicanismo parecem estar corretos. Existem realmente valores revestidos de verdadeiro interesse público, como no caso do presente trabalho **_ o valor inarredável do respeito ao erário _**, que não necessariamente se confunde com os direitos fundamentais.

Todavia, de modo geral na contemporaneidade, persiste a dificuldade de identificação de um interesse público sempre superior e distinto dos interesses particulares na contemporaneidade, seja porque pela heterogeneidade das complexas sociedades contemporâneas; pelo fenômeno que ficou conhecido como “fuga do Direito Administrativo para o Direito Privado”, ou seja, o Estado cada vez mais se associa à iniciativa privada, seja por meio das PPP (Parcerias Público-Privadas), ou mesmo, o Estado cada vez mais busca a lógica de funcionamento das empresas privadas, visando eficiência; seja pelo fato de que pelo processo de globalização econômica, “torna-se cada vez mais irreal a ideia de soberania, neste quadro em que os agentes econômicos se emancipam das amarras impostas pelos Estados” (SARMENTO, 2006, p.325); seja também pelo fato da progressiva constitucionalização do Direito Privado, em que institutos até então lidos de maneira civilista como direito de propriedade, o instituto dos contratos, passam a ser lidos de maneira mais consentânea com os valores da solidariedade social, presentes na Constituição; seja por conta da dimensão objetiva dos direitos fundamentais, o que também rompe com a ideia de uma nítida separação entre o interesse público e o interesse particular, na medida em que na contemporaneidade, exige-se a vinculação de atuação dos Poderes Públicos aos direitos fundamentais, não apenas para limitar a atuação do Estado em face do indivíduo, mas como um impulso e diretriz para atuação dos próprios Poderes Públicos.

E assim, na perspectiva tanto da Teoria Discursiva do Direito, quanto, de modo geral, da mais “avançada” dogmática constitucional, é difícil se contrapor com tanta facilidade interesse público de um lado e interesse privado de outro. A mudança aqui é sobretudo, no aspecto da narração e não tanto, com escopo de alterar o resultado do julgamento.

5.4 Algumas considerações

Apesar desses importantes e necessários reparos, naquilo que se denomina **discurso de adequação**, no caso da Lei da Ficha Limpa, ainda assim, ela pode ser entendida como constitucional, **em seu aspecto geral**, ainda que sem dúvida mais gravosa na dinâmica dos direitos fundamentais. Motivo: um bom ajuste das liberdades, de modo a manter o ordenamento jurídico coerente, é sempre necessário, e nesse aspecto, até os liberais reconhecem, como visto em Rawls, e parece que foi feito nessa lei. Principalmente levando-se em conta, a possibilidade conferida no art. 26–C da lei da Ficha Limpa, que permite ao Judiciário deferir em caráter liminar a candidatura do cidadão condenado em decisão de órgão colegiado, o que preservou o que se costuma denominar na doutrina constitucional, de “núcleo essencial do direito fundamental”, no caso, o direito fundamental à elegibilidade.

Ademais, embora reconheça-se a necessidade de se ter uma visão holística do Direito, enquanto um sistema normativo, que não possa ser des-diferenciado em relação a outros sistemas, como o econômico, o moral, o político; é razoável levar em conta também, que o Direito Eleitoral, apresenta especificidades em relação ao Direito Penal. No primeiro, o enfoque principal, sem desconsiderar os direitos políticos dos candidatos, é manter a normalidade e a legitimidade das eleições, ao contrário do segundo, em que o enfoque principal é o *jus puniendi*, dentro, é claro, dos parâmetros do Estado Democrático de Direito.

Quando um agente político não pode se candidatar por ser cônjuge de uma prefeita, por exemplo, não se está antecipando a sua culpa. Está-se tentando evitar o familismo, o comando de oligarquias no poder! Já no Direito Penal, ninguém pode ser punido por crimes de seu parente! Ademais, mesmo em outras searas do Direito, como no próprio Direito Constitucional, ninguém afirma que se está violando a presunção de inocência do postulante a a uma vaga no STF, quando a Carta Magna exige que ele tenha notório saber jurídico e **reputação ilibada**; um agente político também deve ter alguns requisitos mínimos para participar do processo eleitoral. É claro que não se deve esperar e exigir àquela virtude republicana, pleiteada por Cícero aos governantes, bem como ao cidadão romano, ou então, não se deve esperar e exigir aquela virtude pleiteada por Montesquieu aos governantes e aos cidadãos.

Em uma sociedade plural, heterogênea e marcada por dissenso moral como a nossa, o que é considerado virtuoso pode variar bastante. Mas um mínimo de requisitos para que um agente político possa participar do processo eleitoral é fundamental, mesmo porque a nossa democracia, embora se almeje que ela seja mais e mais participativa, ainda é representativa e portanto, precisa de um mínimo de fidedignidade de representação por parte dos agentes políticos. Até porque, a crise de representatividade do sistema político é notória, e se dá inclusive em âmbito mundial, e portanto, mostra-se mais necessário do que nunca, um mínimo de requisitos para que o candidato possa assumir um cargo público!

Sem contar, que parece verossímil a tese de Daniel Sarmento (que é liberal, diga-se de passagem!), de que é possível vislumbrar na Constituição, elementos que permitem ao intérprete a leitura da Carta magna “pelas lentes de um ‘comunitarismo liberal’ ou de um ‘liberalismo comunitarista’, já que visa conciliar aspectos divergentes destas doutrinas políticas, ficando no meio do caminho entre elas”⁹⁴ (SARMENTO, 2006, p.351). Motivo: é possível o intérprete inferir, a partir de várias leituras da Constituição, levando em consideração texto e contexto, realizando aquilo que Gadamer esclarece como “espiral hermenêutica”, de que ela não professa nem uma vertente “pura” de liberalismo, que trata as pessoas como indivíduos desenraizados, descomprometidos com a coletividade, nem um tipo de comunitarismo, exigente de um elevado perfeccionismo na conduta dos indivíduos. E assim, também, o ajuste de liberdades feito na Lei da Ficha Limpa, estaria em consonância com a Constituição.

Contudo, para se fazer essa afirmação, é preciso cuidado: mais do que o texto da Constituição ser liberal ou comunitarista, ou liberal-comunitarista, é o intérprete que pode reconhecer isso ou não, a partir da interação de si com o texto, do texto consigo.

De certo modo, em uma linguagem habermasiana, no caso da Lei da Ficha Limpa, o Direito refletiu bem os influxos comunicativos advindos do mundo da vida. Por meio da comunicação mais ou menos passional manifesta nas arenas públicas; seja institucional, como a da Associação dos Juízes federais, ingressando com a ADPF nº 144/2008, pleiteando a autoaplicabilidade do art. 14§9 da CR; seja não institucional, como a coleta de mais de 1 milhão e meio de assinaturas em prol da Lei da Ficha Limpa, capitaneada pelo MCCE (Movimento de combate à corrupção eleitoral). E aqui é preciso pontuar que houve apoio de mais de quarenta

⁹⁴ Ao contrário de Gisele Cittadino (2004), que pensa que a constituição é exclusivamente comunitária! Consoante à autora, há desde os anteprojeto José Afonso da Silva bem como o anteprojeto da Comissão Arinos e até o texto constitucional promulgado “três grandes temas que definem a dimensão comunitária [...] definição de fundamento ético da ordem jurídica, amplo sistema de direitos fundamentais, acompanhado de institutos processuais que visam controlar a omissão do poder público e Corte Suprema como órgão político” (CITTADINO, 2004, p. 43). Há assim, segundo Cittadino, tanto uma linguagem como um compromisso comunitário no texto constitucional.

entidades da sociedade civil, dentre elas OAB, CNBB e parte expressiva da mídia. Os próprios cidadãos, os possíveis afetados pela norma deram de algum modo, a sua opinião e a sua vontade, sendo capturada pelo discurso de fundamentação, no caso principalmente por razões éticas. E assim, sem nenhum voto contrário no Parlamento, surgiu o programa normativo da Lei da Ficha Limpa, o que de certo modo, refletiu e reflete muito bem os influxos comunicativos do mundo da vida.

A grande questão que um teórico discursivo do Direito, provavelmente perguntaria, é se o que constou no programa normativo da Lei Complementar nº 135/2010 passa pelo teste de universalização, em outras palavras, se é bom para todos, conforme uma moralidade pós-convencional. Já no discurso de fundamentação, opera-se a primeira filtragem das várias razões (morais, éticas e pragmáticas), ao discurso deontológico do Direito.

E no caso da Lei da Ficha Limpa, tentou-se fazer essa filtragem, por meio da correta eliminação da hipótese do projeto original, que previa a exclusão do candidato condenado em primeira instância, do pleito eleitoral, para limitar a sua exclusão do pleito eleitoral para condenações em segunda instância ou em órgão colegiado.

Essa tentativa de compatibilização de uma razão a princípio ética - vida pregressa do candidato- ao discurso deontológico do Direito, por meio da limitação da exclusão do candidato ao pleito eleitoral para condenações em segunda instância ou em órgão colegiado foi adequada? Muito provavelmente, para um teórico discursivo do Direito não, pois ele entenderia que, para que todos os possíveis afetados pela norma possam dar seu assentimento na qualidade de participante de discursos racionais, a presunção de inocência tem que ser a mais ampla possível, de modo a preservar o nexos interno entre direitos fundamentais e soberania popular.

Todavia, a questão se complica, se se admitir, que as restrições aos direitos fundamentais contidas na Lei da Ficha Limpa, atenderam ao que na doutrina constitucional se denomina de **reserva de lei qualificada**, ou seja, foram feitas restrições pelo legislador complementar, acatando determinados objetivos, como moralidade das candidaturas e vida pregressa do candidato, expressamente definidos na Constituição, no art. 14 § 9, por meio da Emenda Constitucional de Revisão nº 4/1994.

Logo, não foram os juízes do STF que “saíram” ponderando valores. O próprio legislador, a princípio, bastante em consonância com a esfera pública, primeiramente ponderou valores, tentando ao máximo respeitar os direitos fundamentais dos candidatos, no discurso de fundamentação!

Ademais, a questão se complica ainda mais, se se admite, como mostrado no tópico precedente, que além da garantia da presunção de inocência, e do direito político “passivo”

fundamental de candidatura, há também o direito fundamental do eleitor à moralidade das candidaturas.

Por tudo isso, assumindo os riscos da decisão, que com a exceção desses importantes reparos mostrados, a lei da Ficha Limpa pode ser considerada constitucional em seu aspecto geral.

É preciso que fique “claro” um ponto: **o Direito é sempre violento, seja porque está ligado ao poder, seja porque legitima a sociedade de mercado, seja porque em última instância é feito pelo ser humano, que é violento (mesmo que ele tente a todo instante, domar a sua violência constitutiva)**⁹⁵! Portanto, não há soluções perfeitas, mas pode haver soluções coerentes, responsáveis com o Outro, e parece ser o caso da Lei da Ficha Limpa, feito os reparos propostos nessas “sugestões”.

Se por um lado, privar um candidato de disputar o pleito eleitoral, a partir de uma decisão de segunda instância, e posteriormente em última instância, se verificar de que as acusações contra ele eram improcedentes, pode se mostrar de uma violência estatal e jurídica “sem precedentes”. Por outro lado, aceitar a presunção de inocência em grau quase absoluto para a seara eleitoral⁹⁶, a violência do Direito, agora com o eleitor, também se manifesta ou se manifestaria também “sem precedentes”, só que de um modo diferente, na permissividade, no silêncio ou na indiferença: **ao permitir pessoas do establishment vigente, dentro de verdadeiras oligarquias, com o pior histórico possível, legislar ou administrar um orçamento público de toda a cidade ou de todo um país como se fosse seu, ou de sua**

⁹⁵ Sobre a violência do Direito, vários autores se debruçaram sobre isso, como por exemplo, Walter Benjamin e Jacques Derrida. Especificamente sobre o último autor, vale a pena algumas considerações. Em sua obra, *Força de Lei*, Derrida (2007), coloca que “a operação de fundar, inaugurar, justificar o direito, *fazer a lei*, consisitiria num golpe de força, numa violência performativa e portanto, interpretativa que, nela mesma, não é justa nem injusta, e que nenhuma justiça, nenhum direito prévio e anteriormente fundador, nenhuma fundação pre-existente, por definição, poderia nem garantir nem contradizer ou invalidar”(DERRIDA, 2007, p. 24).Essa violência da fundação, por exemplo, se dá por exemplo, conforme Derrida, na gênese do Estado-Nação, bem como, atrelado a isso, na perseguição aos idiomas das minorias, por exemplo. Tal violência da Fundação do Direito gera o que Derrida denomina, apoiando-se em escritos de Montaigne e Pascal, de **fundamento místico da autoridade**, isto é, o silêncio em relação à estrutura violenta do ato fundador do Estado e do Direito. E esse silêncio acompanha o momento de aplicação do Direito, daí um dos “motivos” de sua violência.

⁹⁶ Aliás, nem na seara penal, o STF tem aceitado mais a presunção de inocência em grau quase absoluto, como se vê no HC nº 126.292 ou no ARE 964.246. **Rechaçamos o posicionamento do STF de permitir a execução antecipada da pena. Viola de maneira “clara” o código binário do Direito. Todavia, à título de retórica, pode ser desenvolvido um argumento em favor da limitação da presunção de inocência na lei da Ficha Limpa: se até na seara penal, “berço” da reflexão de vários pensadores liberais e juristas comprometidos com o respeito aos direitos fundamentais, se limitou (equivocadamente, a nosso ver, repetimos!) a presunção de inocência, por que na seara eleitoral, em que a principiologia é diferente, isto é, principalmente no sentido de se garantir a normalidade das eleições (sem é claro desrespeitar os direitos políticos dos candidatos) e não a persecução do jus puniendi como no Direito Penal, não se pode limitar a presunção de inocência? Esse argumento só funciona repetimos, á título de retórica, porque a base de comparação dele é ruim, pois compara com decisões bastante “duvidosas” em termos de respeito aos direitos fundamentais, que são as constantes no HC nº 126.292 ou no ARE 964.246.**

família!

Apesar da fundamentação “quase impecável” da Teoria Discursiva do Direito, dado o nível de corrupção estrutural, ramificado e profissionalizado verificado historicamente no Brasil, poderia-se a princípio até *tolerar*, em alguns casos, uma hermenêutica republicana, **desde que ela não fizesse tábula rasa dos direitos fundamentais**. Todavia, é preciso ressaltar, que a ideia de República no Brasil (tão carente!) pode e deve ser desenvolvida por outros meios para além da “toga”. Como aborda de maneira bem enfática o filósofo Janine Ribeiro “confiar na bondade dos magistrados não basta. Uma república aristocrática tende a se esgotar” (RIBEIRO, 2001, p. 65). Ainda de acordo com o filósofo, é preciso então “para promover a coisa pública, [...], que o próprio público a controle. Ele não pode ser só o beneficiário, tem que ser o responsável, o autor do bem comum” (RIBEIRO, 2001, p. 65).

E como o público pode ser o autor do bem comum? Participando, fiscalizando, discutindo as questões da *polis*, cobrando dos agentes públicos. Inserindo-se em grupos de voluntariado, ONGS, entre outras organizações civis sem fins lucrativos. Um exemplo bem concreto: em tempos de terceirização da educação, da família para a escola, se os pais voltarem a participar da vida escolar dos filhos, frequentando reuniões escolares, e não mandando babás no lugar, permitindo uma interação entre família, escola e comunidade, já representa um tipo de devoção ao bem comum, ainda que à nível local.

Mas para esse tipo de conscientização é preciso o desenvolvimento da educação brasileira. Aquele velho chavão, quase sempre presente nas campanhas políticas, mas geralmente nunca cumprido, pois conforme ainda Janine Ribeiro, a educação é “uma das principais instituições, se não a principal, na socialização humana” (RIBEIRO, 20001, p. 71). Pela educação, o cidadão pode adquirir competência reflexiva que permita a ele articular dentro das possibilidades, o seu interesse pessoal com o interesse coletivo, em algo parecido com a doutrina do interesse bem compreendido de Tocqueville, vista no capítulo precedente.

Ademais, a dificuldade de uma hermenêutica jurídica republicana se mostra latente porque é muito difícil refutar o nexos interno entre direitos fundamentais e soberania popular, já desenvolvido no presente trabalho. Demanda um “plus argumentativo” exigente, dado que a teoria de Habermas é contrafática!

6 CONCLUSÃO

O presente trabalho pretendeu mais do que apresentar soluções para o embate entre as matrizes do pensamento jurídico-político em torno da lei da Ficha Limpa, “re-velar” como não há um sentido unívoco, unidirecional dos conceitos normativos, como vislumbrado pelo positivismo clássico, e mesmo por alguns autores da atualidade⁹⁷. Como se sabe, desde Heidegger, passando por Gadamer, a hermenêutica não é um método visando apenas “descobrir” o sentido do texto. A hermenêutica é muito mais do que isso! Compreender e interpretar, na verdade, são atitudes que se relacionam com o todo da experiência humana! É da condição antropológica do DASEIN de ser lançado no mundo e com os outros, interpretar. E ao interpretar um texto jurídico por exemplo, o “operador do Direito”, carrega certas expectativas iniciais sobre esse texto: são suas pré-compreensões, seus preconceitos!

No caso, vimos no capítulo 3, após estudo teórico da matriz jurídico-política do liberalismo, que quando o intérprete carrega pré-compreensões em consonância com o liberalismo, ele tende a ler o instituto da inelegibilidade (afora os casos ligados a parentesco/analfabetismo) como uma sanção à condição do indivíduo, a ser interpretada restritivamente. Tende a ver a presunção de inocência, como um “princípio” quase absoluto, que transcende as fronteiras do Direito Penal. E reafirma o papel do STF, em sociedades marcadas pelo “fato do pluralismo razoável”, na expressão de Rawls, como uma instância contramajoritária de proteção dos direitos fundamentais, em especial das minorias.

Ademais, os autores afinados com o liberalismo viram o conceito de vida pregressa do candidato como uma exigência perfeccionista, uma doutrina abrangente não razoável, incompatível com o Estado Democrático de Direito.

Por outro lado, vimos no capítulo 4, também após estudo da matriz jurídico-política do comunitarismo, em especial do republicanismo, abordado aqui, como um tipo específico de comunitarismo, em sua versão política, que quando o intérprete carrega pré-compreensões republicanas, ele tende a ler o mesmo instituto da inelegibilidade citado acima como um ditame importantíssimo de ordem pública, com o escopo de moralizar as eleições e qualificar os candidatos. Tende a reconhecer a presunção de inocência como princípio importante para o Estado Democrático de Direito, mas válido apenas para a seara penal e não eleitoral, ou que se tornou um excesso nesse momento de instituições consolidadas, como no voto do ministro Relator Luiz Fux, no julgamento de constitucionalidade da Lei da Ficha Limpa.

⁹⁷ Por exemplo, Dmitri Dimoulis!

Ademais, os autores afinados com o republicanismo tendem a ver o conceito de vida pregressa dos candidatos como valor relevantíssimo para a *polis*, que permite os candidatos estarem à altura do cargo que aspiram.

Os mesmos institutos, interpretados de maneiras tão diversas. Nem parecem serem os mesmos institutos! O próprio instituto do voto, como visto no segundo capítulo. Que diferença de percepção entre as pessoas do século XIX e hoje sobre o voto! Naquela toada, o voto era visto como um direito a ser exercido somente para quem tinha condições de renda e de alguma intelectualidade, ou no dizer de Pimenta Bueno, “só deveria votar quem tivesse luzes para tal”. E hoje é visto como direito fundamental a ser exercido por todos⁹⁸.

E assim, como também visto, ideias como *voluntas legis*, *voluntas legislatoris*, tão caras a alguns autores do Direito não subsistem mais. Se houvesse uma vontade da lei ou uma vontade do legislador não haveria tamanha dissintonia na compreensão de um mesmo instituto jurídico.

Como se reconhece na fenomenologia dessas pré-compreensões, que são o primeiro esboço de sentido do texto, o intérprete tem que continuamente confrontar sua pré-compreensão, seu esboço inicial com o texto e contexto, em uma tarefa infinita, mas possível. E ao fazermos isso, no capítulo 5, demos mais um passo do conflito liberalismo/ republicanismo e chegamos à Teoria Discursiva do Direito, que pontua que para o Direito ser legítimo precisa de que os destinatários do direito, se reconheçam também como co-autores do Direito! E isso acontece quando os direitos fundamentais são vistos como produto e condição do processo de formação da vontade e da opinião no Estado.

E demos mais um passo e chegamos à ética primeira de Lévinas, que pontua na necessidade de se ouvir o apelo do Outro, não para sermos simplesmente bons, como uma ética segunda pressupõe, mas como condição de nossa própria existência. Eu existo quando escuto o apelo do Outro, quando sou responsável com o Outro. Só assim eu sou livre!

De tudo isso, tentamos chegar a um encaminhamento provisório a respeito da constitucionalidade da lei da Ficha Limpa. Em termos práticos, com a exceção de alguns necessários reparos mostrados, particularmente não pensamos que a hermenêutica comunitarista/ republicana dos votos vencedores tenha “chegado ao ponto” de violar os direitos fundamentais do cidadão-candidato. Um bom ajuste das liberdades (que é sempre necessário, e nesse aspecto, até os liberais reconhecem!) foi feito pelo legislador no discurso de fundamentação. Principalmente levando em conta a possibilidade conferida no art. 26–C da lei

⁹⁸ É bem verdade, que dada a obrigatoriedade do voto no Brasil, e o crescente individualismo contemporâneo, muitas pessoas veem o dia da eleição, por exemplo, como um “estorvo”, que atrapalha a sua programação de domingo!

da Ficha Limpa, que permite ao Judiciário deferir em caráter liminar a candidatura do cidadão condenado em decisão de órgão colegiado.

Todavia, pelos vários riscos que esse tipo de hermenêutica às vezes comporta, a fundamentação, ou em outros termos, a *narrativa* dos votos vencedores, pode ficar “mais adequada” à deontologia do Direito, bem como a ideia levinasiana de alteridade, por meio das propostas que listamos em capítulo precedente, como por exemplo, reconhecer que a presunção de inocência vale para todo o ordenamento jurídico e não apenas na seara penal, visto ela ser um princípio basilar do sistema acusatório, do devido processo legal e do modelo constitucional do processo penal nos Estados Democráticos de Direito. Além da ideia de presunção de inocência ser inseparável da responsabilidade que a face do Outro nos impõe.

Sugerimos também como forma de se adequar a deontologia do Direito, em vez de uma concepção teleologizante, como pensado pelo comunitarismo/republicanismo, também se trabalhar com a ideia de um direito fundamental do eleitor à moralidade das candidaturas, a partir dos rastros, dos traços (expressões caras como vimos de Jacques Derrida), que a Constituição deixam para trás, ao invés de tratar a vida pregressa do candidato, de modo metafísico, como uma virtude exigida pela sociedade para os candidatos.

Criticamos a exclusão de um candidato de um conselho profissional, sem prévia decisão judicial, pois a nosso ver em nenhum critério (comunitarista democrático, liberal, discursivo, de alteridade) parece se sustentar a possibilidade. Mesmo que o candidato possa reverter isso em sede judicial, tal medida não parece se coadunar com a responsabilidade com que o legislador e todos nós temos que ter com o Outro, em sua infinitude, em sua complexidade, e mesmo em seus erros!

Criticamos também a situação, oriunda da nova lei e com assentimento do STF, de candidatos que antes do advento da Lei da Ficha Limpa, tenham sido condenados com trânsito em julgado, e ficados inelegíveis por 3 anos, que era o prazo padrão de inelegibilidade na LC nº64/90, e agora terem que ficar inelegíveis por mais 5 anos, a fim de se completar 8 anos, que é o prazo de inelegibilidade constante na nova lei, que é a lei da Ficha Limpa. Além de ser um desrespeito à ideia de coisa julgada, e portanto, ao código binário do Direito, tal desrespeito, também não leva a sério o Outro, em sua fragilidade, em sua vontade de mudar, (quem sabe?) e de seguir daqui para frente, responsavelmente o jogo eleitoral!

Se a hermenêutica republicana tem suas virtudes, mas às vezes comporta riscos, como se vislumbrou no trabalho, seja pelas críticas dos liberais, seja pela crítica de Habermas em sua teoria discursiva do Direito, seja pela ética primeira de Lévinas; por outro lado, acentuamos, que o Brasil, de fato, precisa de um “ajuste” com a República.

Como visto, seja por conta da longa e triste tradição patrimonialista brasileira; seja por conta da cordialidade do brasileiro, que a “partir dos valores do coração” confunde a todo momento, o público e o privado; seja porque desde a proclamação da República, apesar de três modelos de República em disputa (o americano, o positivista e jacobinista), isso não traduziu em maior respeito às instituições e a coisa pública no Brasil ao longo de sua história republicana; o ajuste com a República no Brasil torna-se mais do que necessário. É imprescindível!

Ademais, como vimos, quando da análise do pensamento do filósofo Renato Janine Ribeiro, precisa-se tanto da Democracia, quanto da República. A primeira pela sua vocação de trazer para a sociedade mais igualdade na repartição dos escassos recursos existentes. A segunda pela necessidade de colocar freios e limites aos desejos incontidos que ameaçam a coisa pública. No intercruzamento entre a República e a Democracia, está a Lei da Ficha Limpa!

REFERÊNCIAS

- ACKERMAN, Bruce. **Nós o povo soberano**: fundamentos do direito constitucional. Tradução de Mauro Raposo de Mello. Belo Horizonte: Del Rey 2006
- ADVERSE, Helton. Republicanismo. In: AVRITZER, Leonardo. **Dimensões políticas da justiça**. Rio de Janeiro; Civilização brasileira, 2013
- ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.
- ANASTASIA, Fátima; SANTANA, Luciana. Sistema Político. In: AVRITZER; BIGNOTTO; GUIMARÃES; STARLING (org). **Corrupção. Ensaios e críticas**. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2008.
- ANDERSON, Perry. Balanço do neoliberalismo. In: SADER, Emir & GENTILI, Pablo (orgs.). **Pós-neoliberalismo**: as políticas sociais e o Estado democrático. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1995.
- ANDRADE, Gentil de. **Pensamentos e reflexões de Machado de Assis**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1990.
- BARBALHO, João. **A Constituição Federal Comentada**. 2ªed. Rio de Janeiro: Ed. Brieguiet, 1924
- BARBOSA, Leonardo Augusto de Andrade. **História constitucional brasileira**: mudança constitucional, autoritarismo e democracia no Brasil pós1964. Brasília: Câmara dos Deputados, Edições Câmara, 2012.
- BARBOSA, Rui. **República**: teoria e prática: textos doutrinários sobre direitos humanos e políticos consagrados na Primeira Constituição Republicana. Petrópolis: Vozes; Brasília: Câmara dos Deputados, 1978.
- BARROSO, Luís Roberto. RE. 845.779. **Tratamento social a ser dispensado aos transexuais**. Anotações para o voto oral do Ministro Luís Roberto Barroso.2015. Disponível em: < <http://www.migalhas.com.br/arquivos/2015/11/art20151119-06.pdf>>. Acesso em: 20 ago.2016
- BASTOS, Celso Ribeiro. O princípio da moralidade no direito público. **Revista dos Tribunais**: cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política. São Paulo: nº 22, p. 44-54, jan./mar. 1998.
- BASTOS JUNIOR, Luiz Magno; SANTOS, Rodrigo Miotto dos. Levando à sério os direitos políticos fundamentais: inelegibilidade e controle de convencionalidade. **Revista Direito GV**, São Paulo 11(1) , p. 223-256 , jan-jun 2015. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rdgv/v11n1/1808-2432-rdgv-11-1-0223.pdf>> Acesso em: 20 ago. 2016.
- BIGNOTTO, Newton. Humanismo cívico hoje. In: BIGNOTTO, Newton (org). **Pensar a República**. Belo Horizonte: Ed. UFMG, 2000

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992

BONAVIDES, Paulo; Paes de Andrade. **História Constitucional do Brasil**. Brasília, 1989

BRASIL. AI-1. Ato Institucional nº 01. Dispõe sobre a manutenção da Constituição Federal de 1946 e as Constituições Estaduais e respectivas Emendas, com as modificações introduzidas pelo Poder Constituinte originário da revolução vitoriosa. **Diário Oficial da União**, Rio de Janeiro, 9 abr.1964. Disponível em: <
https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp05.htm> Acesso em: 22 abr. 2016.

BRASIL. AI-2. Ato Institucional nº 2, de 27 de outubro de 1965. Mantem a Constituição Federal de 1946, as Constituições Estaduais e respectivas Emendas, com as alterações introduzidas pelo Poder Constituinte originário da Revolução de 31.03.1964, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 27 out. 1965, Seção 1, p. 11017. Retificação publicada no Diário Oficial da União, Brasília, DF, 28 out. 1965, Seção 1. Disponível em: < https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ait/ait-02-65.htm>. Acesso em: 22 abr. 2016

BRASIL. AI-5. Ato Institucional nº 5, de 13 de dezembro de 1968. São mantidas a Constituição de 24 de janeiro de 1967 e as Constituições Estaduais; O Presidente da República poderá decretar a intervenção nos estados e municípios, sem as limitações previstas na Constituição, suspender os direitos políticos de quaisquer cidadãos pelo prazo de 10 anos e cassar mandatos eletivos federais, estaduais e municipais, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 13 dez. 1968, Seção 1. Disponível em: <
https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/AIT/ait-05-68.htm> Acesso em: 22 abr. 2016.

BRASIL. **Código Eleitoral brasileiro**, Lei nº 4.737, de 15 de julho de 1965. Diário Oficial da União, Brasília, 19 jul.1965, retificado em 30. jul. 1965. Disponível em:<
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4737.htm>. Acesso em: 09 abr. 2016

BRASIL. **Código Penal dos Estados Unidos do Brasil**. Decreto nº 847, de 11 de outubro de 1890. Publicado em Coleção de Leis do Brasil. Disponível em:<
<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-847-11-outubro-1890-503086-publicacaooriginal-1-pe.html> > Acesso em: 22 abr. 2016

BRASIL. Constituição (1824). **Constituição Política do Império do Brasil**. Manda observar a Constituição Política do Imperio, offerecida e jurada por Sua Magestade o Imperador. Rio de Janeiro: Secretaria de Estado dos Negócios do Império do Brasil, 1824. Disponível em: <
https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm .> Acesso em 21 abr. de 2016.

BRASIL. Constituição (1891). **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**. Nós, os representantes do povo brasileiro, reunidos em Congresso Constituinte, para organizar um regime livre e democrático, estabelecemos, decretamos e promulgamos a seguinte. Rio de Janeiro: Diário Oficial da União, 1891. Disponível em: <
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao91.htm> Acesso em 21 abr. de 2016.

BRASI. Constituição (1934). **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**. Nós, os representantes do povo brasileiro, pondo a nossa confiança em Deus, reunidos em

Assembleia Nacional Constituinte para organizar um regime democrático, que assegure à Nação a unidade, a liberdade, a justiça e o bem-estar social e econômico, decretamos e promulgamos a seguinte. Rio de Janeiro: Diário Oficial da União, 1934. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao34.htm.> Acesso em 21 abr. de 2016.

BRASIL. Constituição (1937). **Constituição dos Estados Unidos do Brasil**. ATENDENDO às legítimas aspirações do povo brasileiro à paz política e social, profundamente perturbada por conhecidos fatores de desordem, resultantes da crescente a gravação dos dissídios partidários, que, uma, notória propaganda demagógica procura desnaturar em luta de classes, e da extremação, de conflitos ideológicos, tendentes, pelo seu desenvolvimento natural, resolver-se em termos de violência, colocando a Nação sob a funesta iminência da guerra civil (etc...) . Rio de Janeiro: Diário Oficial da União, 1937. Disponível em: < https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao37.htm .> Acesso em 21 abr.2016.

BRASIL. Constituição (1946). **Constituição dos Estados Unidos do Brasil**. A Mesa da Assembleia Constituinte promulga a Constituição dos Estados Unidos do Brasil e o Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, nos termos dos seus arts. 218 e 36, respectivamente, e manda a todas as autoridades, às quais couber o conhecimento e a execução desses atos, que os executem e façam executar e observar fiel e inteiramente como neles se contém. Rio de Janeiro: Diário Oficial da União, 1946. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao46.htm . >Acesso em: 21 abr. 2016

BRASIL. Constituição (1967). **Constituição da República Federativa do Brasil**. O Congresso Nacional, invocando a proteção de Deus, decreta e promulga a seguinte. Brasília: Diário Oficial da União, 1967. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao67.htm >. Acesso em: 21 abr. 2016

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para instituir um Estado democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. Brasília: Diário Oficial da União, 1988. Disponível em: < https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm >. Acesso em: 21 abr. 2016.

BRASIL, Decreto nº 3.029, de 09 de janeiro de 1881. Reforma a legislação eleitoral. **Coleção das Leis do Império do Brasil**, Rio de Janeiro, v. 1, p.1-29, 1881. Disponível em: < <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-3029-9-janeiro-1881-546079-publicacaooriginal-59786-pl.html> > Acesso em: 09 abr. 2016

BRASIL, Constituição (1967). Emenda Constitucional nº01 de 1969. Edita o novo texto da Constituição Federal de 24 de janeiro de 1967. **Diário Oficial da União**, Brasília, 20 de out. 1969. Disponível em: <

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc01-69.htm>. Acesso em: 22 abr. 2016

BRASIL, Emenda Constitucional nº25 de 1985. Altera dispositivos da Constituição Federal e estabelece outras normas constitucionais de caráter transitório. **Diário Oficial da União**, de 16 mai. 1985. Disponível em: <

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc25-85.htm>. Acesso em: 22 abr. 2016.

BRASIL, Emenda Constitucional de Revisão nº 04 de 1994. Altera o § 9º do art. 14 da Constituição Federal. **Diário Oficial da União** de 9 jun. 1994. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/ecr/ecr4.htm. Acesso em: 22 abr. 2016.

BRASIL. Lei nº 4.738, de 15 de julho de 1965. Estabelece novos casos de inelegibilidades, com fundamento no art. 2º da Emenda Constitucional número 14. **Diário Oficial da União**, Brasília, 19 jul.1965. Disponível em: < <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1960-1969/lei-4738-15-julho-1965-368285-publicacaooriginal-1-pl.html> >. Acesso em: 22 abr. 2016.

BRASIL. Lei Complementar nº05 de 05 abril de 1970. Estabelece, de acordo com a Emenda Constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1969, art. 151 e seu parágrafo único, casos de inelegibilidades, e dá outras providências . **Diário Oficial da União**, Brasília, 29 abr. 1977. Disponível em: < https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp05.htm >. Acesso em: 22 abr. 2016

BRASIL. Lei Complementar nº 64 de 18 maio de 1990. Estabelece, de acordo com o art. 14, § 9º da Constituição Federal, casos de inelegibilidade, prazos de cessação, e determina outras providências **Diário Oficial da União**, Brasília, 25 mai. 1990. Disponível em: < https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/LCP/Lcp64.htm > Acesso em 20 mar. 2016.

BRASIL. Lei Complementar nº135 de 04 de junho de 2010. Altera a Lei Complementar nº 64, de 18 de maio de 1990, que estabelece, de acordo com o § 9º do art. 14 da Constituição Federal, casos de inelegibilidade, prazos de cessação e determina outras providências, para incluir hipóteses de inelegibilidade que visam a proteger a probidade administrativa e a moralidade no exercício do mandato **Diário Oficial da União**, Brasília, 04 jun. 2010. Disponível em: < https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/LCP/Lcp135.htm> Acesso em: 20 mar. 2016

BRASIL. Supremo tribunal federal. Inteiro teor do acórdão. Ação Declaratória de Constitucionalidade 29. **Diário de Justiça Eletrônico** de 29 de jun. 2012. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=2243342>>. Acesso em 20 mar. 2016

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Reclamação 24.224/MS. Relator: Luís Roberto Barroso. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília. 01 ago. 2016. Disponível em: < https://www.tre-sc.jus.br/site/fileadmin/arquivos/jurisprudencia/clipping/10_16/01.pdf. >Acesso em 05 nov. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 845.779/SC. Relator: Luis

Roberto Barroso. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 10 mar. 2015. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4657292>>. Acesso em: 20 ago.2016.

BRAUDEL, Fernand. **Escritos sobre história**. São Paulo: Perspectiva, 1978.

BUENO, José Antônio. **Direito Público Brasileiro e analyse da Constituição do Império**. Rio de Janeiro, 1857.

CALHEIROS, Renan. **Projeto de Lei nº 280 de 2.016**. Define os crimes de abuso de autoridade e dá outras providências. Disponível em:<<http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/126377>> Acesso em: 20 set. 2016.

CAMPOS, Francisco. **O Estado Nacional**. 2002. [E-book]. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.puc-campinas.edu.br/services/e-books/Francisco%20Campos-1.pdf>> Acesso em 20 mai 2016

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra, Almedina, 1998.

CARDOSO, Sérgio. Que República? Notas sobre a tradução do “governo misto”. In: BIGNOTTO, Newton (org). **Pensar a República**. Belo Horizonte: Ed. UFMG, 2000.

CARVALHO, José Murilo de. **Cidadania no Brasil: o longo caminho**. 4ª ed: Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003

CARVALHO, José Murilo de. **Os Bestializados**. O Rio de Janeiro e a República que não foi. 3ªed. São Paulo, 2004: Companhia das Letras.

CARVALHO, José Murilo de. Passado, presente e futuro da corrupção brasileira. In: AVRITZER; BIGNOTTO; GUIMARÃES; STARLING (org), 2008. **Corrupção**. Ensaios e críticas. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2008.

CARVALHO, José Murilo de. **Pontos e bordados**. Escritos de história e de política. Belo Horizonte. Editora UFMG, 2000.

CASTRO, Edson de Resende; OLIVEIRA, Marcelo Roseno; REIS, Marlon Jacinto (coord). **Ficha Limpa: Lei Complementar nº135, de 4.6.2010**. Bauru, SP: EDIPRO, 2010.

CAVALCANTI, Themístocles Brandão; BRITO, Luiz Navarro de; BALEEIRO, Aliomar. **Constituições brasileiras: 1967**. Brasília: Senado Federal e Ministério da Ciência e Tecnologia, Centro de Estudos Estratégicos, 1999.

CÍCERO. Da República. In: EPICURO. **Antologia de textos**. Traduções de Agostinho da Silva... [et al]. 2ªed. São Paulo: Abril Cultural, 1980.

CÍCERO. **Os deveres**. Tomo I. Tradução de Luiz Feracine. São Paulo; editora escala, 2008

CITTADINO. Gisele. **Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva**. Elementos da Filosofia

Constitucional Contemporânea. Editora Lumen Juris. Rio de Janeiro, 2004.

CONSELHO DE SEGURANÇA NACIONAL, Ata da 52ª Sessão de 01 abr.1977.

COSTA, Adriano Soares. **Inelegibilidade e acendedor de lampiões**.13 set.2013. Disponível em: <<http://adrianosoaresdacosta.blogspot.com.br/search?updated-max=2014-04-02T18:42:00-03:00&max-results=10>>. Acesso em 27 ago. 2016.

COSTA, Emília Viotti. **O Supremo Tribunal Federal e a Construção da Cidadania**. São Paulo: Ieje, 2001.

CONSTANT, Benjamin. **Entre la liberte des anciens et celle des modernes: la République au Brésil**.In: GAUCHET, Marcel. De la liberte chez lês modernes. Tradução de Louro Silveira.Paris: Le livre de Poche, 1980.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **A Resposta Correta: Incursões Jurídicas e Filosóficas sobre as Teorias da Justiça**. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2011.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **(O) outro (e) (o) direito**. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2015.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza; DUARTE, Bernardo Augusto Ferreira. **Além do Positivismo Jurídico**. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2013

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza; DUARTE, Bernardo Augusto Ferreira; TEIXEIRA, Alessandra Sampaio. **A Laicidade para além de liberais e comunitaristas**. No prelo.

CUNHA, Eduardo e outros. **Projeto de Lei nº 5069 de 2013**. Acrescenta o art. 127-A ao Decreto -Lei no. 2.848, de 7 de dezembro de 1940 –Código Penal. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=C7C00E6297FE35D4D2DD6EFAD94B1374.proposicoesWebExterno2?codteor=1061163&filename=PL+5069/2013>. Acesso em: 20 set.2016

DAMOUS, Wadih. **Projeto de Lei nº 4.372 de 2.016**. Altera e acrescenta dispositivo à Lei 12.850, de 2 de agosto de 2013 que "Define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal; altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); revoga a Lei nº 9.034, de 3 de maio de 1995; e dá outras providências". Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2077165>> Acesso em: 20 set. 2016.

DERRIDA, Jacques. **Força de Lei: o fundamento místico da autoridade**. Tradução de Leya Perrone-Moisés. – São Paulo: WMF Martins, 2007.

DERRIDA, Jacques. **Positions**. Paris: Les Editones de Minuit. 1972.

DIAS JUNIOR, José Armando Ponte. **Elegibilidade e moralidade: o direito fundamental à moralidade das candidaturas**. Curitiba: Juruá, 2014.

DIMOULIS, Dimitri. **Manual de Introdução ao estudo do Direito**. São Paulo: Editora

Revista dos Tribunais, 2014.

DIMOULIS, Dimitri. **Positivismo Jurídico**: introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico-político. São Paulo: Método, 2006.

DUQUE-ESTRADA, Paulo. Derrida e a Escritura. In: DUQUE-ESTRADA, Paulo (org) **Às margens**. A propósito de Derridas, 2002

DWORKIN, Ronald. **La Comunidad Liberal**. Bogotá: Siglo de los hombres, 1989.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2007

EPICURO. **Antologia de textos**. Traduções de Agostinho da Silva... [et al]. 2ªed. São Paulo: Abril Cultural, 1980.

FALCÃO, Aníbal. **Fórmula da civilização brasileira**. Rio de Janeiro: Guanabara, s. d.

FAORO. Raymundo. **Os donos do poder**. Formação do patronato político brasileiro. 15ª Ed..São Paulo: Globo, 2000.

FAUSTO, BÓRIS. **A Revolução de 30**: história e historiografia. 16ª ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1997

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Comentários à Constituição Brasileira**. 3ºvol.2ªed. São Paulo: Saraiva: 1977

FICO, Carlos. **Além do golpe**: a tomada do poder em 31 de março de 1964 e a ditadura militar. Rio de Janeiro: Record, 2004.

FORTES, Heráclito. **Projeto de Lei nº 2755 de 2015**. Altera a redação do art. 4º da Lei nº 2.850/2013, que dispõe acerca da realização de colaboração premiada fornecida por investigados e acusados em ações penais. **Disponível em:** <
http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1376523&filename=PL+2755/2015>. Acesso em 20 set. 2016

GADAMER, Hans. **Verdade e Método**. Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Tradução de Flávio Paulo Meurer. 3ªed. Petrópolis; Vozes, 1999.

GALUPPO, Marcelo Campos. A Constituição pode fundar uma República? In: SAMPAIO, José Adércio Leite. **Constituição e crise política**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006

GALUPPO, Marcelo Campos. O que são direitos fundamentais? In: SAMPAIO, José Adércio Leite (org.). **Jurisdição constitucional e direitos fundamentais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

GALUPPO, Marcelo. Matrizes do Pensamento Jurídico: um exemplo a partir da literatura. In: GALUPPO, Marcelo Campos (org). **O Brasil que queremos**: reflexões sobre o Estado democrático de direito. Belo Horizonte: Ed. Puc Minas, 2006. 736 p.

GOMES, José Jairo. **Direito Eleitoral**. 9ªed. São Paulo: Atlas, 2013

GUSTIN, Miracy Barbosa de Souza; Jacqueline Passos da Silveira; Carolline Scofield Amaral (org). **História do Direito**. Novos Caminhos e Novas Versões. Belo Horizonte: Mandamentos Editora, 2007

HÄBERLE, Peter Hermenêutica constitucional. **A sociedade aberta dos intérpretes da constituição**: contribuição para a interpretação pluralista e, procedimental da constituição. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris: 1997.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia entre Faticidade e Validade**. Tradução de Flávio Beno Siebenechler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2012, v. I.

HABERMAS, Jürgen. Cidadania e Identidade Nacional. In: **Direito e Democracia entre Faticidade e Validade**. Tradução de Flávio Bueno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, v. II.

HEIDEGGER, Martin. **Ser e Tempo**. Parte I. Tradução de Márcia de Sá Cavalcanti. 2 ed. Petrópolis; Editora Vozes, 1988.

HOLANDA, Sérgio Buarque. **Raízes do Brasil**. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

HOLANDA, Sérgio Buarque. **Raízes do Brasil**. São Paulo: Companhia das Letras, 1979.

HUME, David. **Tratado da natureza humana**. Uma tentativa de introduzir o método experimental de raciocínio nos assuntos morais. Tradução de Déborah Danowski. São Paulo: Editora UNESP Imprensa Oficial do Estado, 2001.

JASMIN, Marcelo Gantus. Interesse bem compreendido e virtude em Democracia na América. In: BIGNOTTO, Newton (org). **Pensar a República**. Belo Horizonte: Ed. UFMG, 2000.

Jornal do Comércio, 17 de março de 1935 *apud* MIRANDA, Pontes de. **Comentários a constituição de 1967 com a emenda n.1 de 1969**. Tomo IV (Arts. 118 a 153, §1º). 2ed. São Paulo: Maio de 1974.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LEAL, Victor Nunes. **Coronelismo, enxada e voto**: o município e o regime representativo no Brasil. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1997.

LEBRUN, François. As Reformas: devoções comunitárias e piedade pessoal. In: **História da Vida Privada** – da Renascença ao século das luzes. São Paulo, Cia das Letras, 1991, v.3.

LÉVINAS, Emmanuel. **Totalidade e Infinito**. Tradução de José Pinto Ribeiro. Lisboa: edições 70, Ltda, 1980.

LOIS, Cecília Caballero (org). **Justiça e Democracia**: Entre o universalismo e o comunitarismo. A contribuição de Rawls Dworkin Ackerman Raz Walzer e Habermas para a moderna teoria. São Paulo: Landy, 2005.

LOPES, Marcus. História do dinheiro no Brasil tem de Rio sem Cristo à amante de ministro. **UOL**, São Paulo, 25 set. 2016. Economia. Disponível em: <<http://noticias.bol.uol.com.br/ultimas-noticias/economia/2016/09/25/historia-do-dinheiro-no-brasil-tem-de-rio-sem-cristo-a-amante-de-ministro.htm>> Acesso em 12 nov. 2016.

MAQUIAVEL, Nicolau. **O Príncipe**. Tradução de Lívio Xavier. São Paulo: Nova Cultural, 1987.

MARQUES, José Frederico. **A instituição do Júri**. São Paulo: Saraiva, 1963.

MATTA, Roberto da. **A Casa & a Rua**. 5ªed. Rio de Janeiro: Rocco, 1997.

MARSHALL. T.H. **Cidadania, Classe Social e Status**. Zahar Editores. Rio de Janeiro.

MELO Fernando Collor, Projeto de Lei nº172 de 2015. Altera o art. 237 e institui o art. 243-A na Lei Complementar nº 75, de 20 de maio de 1993, que "dispõe sobre a organização, as atribuições e o estatuto do Ministério Público da União", para estabelecer a responsabilidade administrativa, civil e criminal do membro do Ministério Público da União que praticar ato temerário ou com deliberada má-fé, ou ainda visando promoção pessoal ou perseguição política. **Disponível em:** < <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/120416> > **Acesso em: 20 set. 2016.**

MENDES, Gilmar. **Curso de Direito Constitucional**. 9ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2014

MENDES, Gilmar. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2015.

MEZZARROBA, Orides; STRAPAZZON, Carlos Luiz. Moralismo político e restrições a direitos fundamentais. **Direitos fundamentais & justiça** nº14–jan./mar.2011. Disponível em: < http://www.dfj.inf.br/Arquivos/PDF_Livre/14_Dout_Nacional_5.pdf > Acesso em: 20 ago.2016.

MIRANDA, Pontes de. **Comentários a constituição de 1967 com a emenda n.1 de 1969**. Tomo IV(Arts. 118 a 153, §1º). 2ed. São Paulo: Maio de 1974.

MONTESQUIEU, Charles de Seconda. **Do espírito das leis**. São Paulo: Abril Cultural (Coleção Os Pensadores), 1973.

MORSE, Richard. **O Espelho de Próspero**. Cultura e ideias nas Américas. São Paulo: Companhia das Letras, 1988.

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. **10 medidas contra a corrupção**.2016. Disponível em:< <http://www.dezmedidas.mpf.mp.br/>> Acesso em: 15 out.2016.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. Republicanismo e Liberalismo – da relação ente constitucionalismo e democracia no marco das tradições do pensamento político moderno. **Revista Virtuajus**, ano 2, nº 2, dezembro/2003. Disponível em: <www.fmd.pucminas.br/Virtuajus/ano2_2/Republicanismo%20e%20Liberalismo.pdf>. Acesso em 20 jul. 2016.

PLATÃO. **A República**. Martin Claret. 2008.

PLATÃO. **Crítón ou do Dever**. Tradução de Jaime Bruna. Cultrix, São Paulo: 1980.

PLATÃO. **Ménon ou Da Virtude**. Lisboa: Editorial Inquérito Limitada, 3ª edição.

PEREIRA, Rodolfo Viana. Condições de Registrabilidade e Condições Implícitas de Elegibilidade: esses obscuros objetos do desejo. In SANTANO, Ana Cláudia e SALGADO, Eneida Desiree (orgs.). **Direito Eleitoral: debates ibero-americanos**. Curitiba: Ithala, 2014, ps. 275-286. Disponível em: <http://www.academia.edu/14444270/Condi%C3%A7%C3%B5es_de_registrabilidade_e_condi%C3%A7%C3%B5es_impl%C3%ADcitas_de_elegibilidade_esses_obscuros_objetos_do_desejo>. Acesso em 27 ago. de 2016.

PORTO, Walter Costa. **O voto no Brasil: da Colônia à 6ª República**. Rio de Janeiro: Topbooks, 2002.

RAMAYANA, Marcos. **Direito Eleitoral**. 8ªed. Rio de Janeiro: Impetus, 2008

RAMALHO, Renan. Mendes diz que lei da Ficha Limpa parece ter sido feita por bêbados. **G1**, Brasília, 17 ago. 2016. Política. Disponível em <<http://g1.globo.com/politica/noticia/2016/08/mendes-diz-que-lei-da-ficha-limpa-parece-que-foi-feita-por-bebados.html>> Acesso em 19 ago. 2016.

RAWLS, John. **O Liberalismo Político**. Tradução de Dinah de Abreu Azevedo. São Paulo: Editora ática, 2000.

RAWLS, John. **O liberalismo político**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2011.

REALE, Giovanni. **História da Filosofia**, 6: de Nietzsche à Escola de Frankfurt. São Paulo: Paulus, 2006

REIS, Wanderlei; CASTRO, Mônica Mata Machado de. Democracia, civismo e cinismo. **Revista Brasileira de Ciências Sociais**, 16, p. 25-46, 2001.

RESTREPO, Ricardo Sanín. **Teoría Crítica Constitucional**. San Luis Potosi: USLP, 2013 e MÉDICI, Alejandro. **La Constitución Horizontal: Teoría Constitucional y Giro Decolonial**. San Luis Potosí: USLP, 2012.

RIBEIRO, Renato Janine. Democracia versus República in: BIGNOTTO, Newton (Org). **Pensar a República**. Belo Horizonte. Editora UFMG, 2002

RIBEIRO, Renato Janine. Democracia versus República. In: BIGNOTTO, Newton (org). **Pensar a República**. Belo Horizonte: Ed. UFMG, 2000.

RIBEIRO, Renato Janine. **A República**. São Paulo: Publifolha, 2001 (Folha Explica).

ROCHA, Carmén Lúcia Antunes. **Princípios constitucionais da Administração Pública**. Belo Horizonte: Del Rey: 1994.

ROMERO, Silvio. **O Brasil social**. Rio de Janeiro: Typ. do Jornal do Commercio, 1907.

SALGADO, Eneida Desiree; ARAÚJO, Eduardo Borges. Do Legislativo ao Judiciário. A Lei Complementar nº135/2010 (“Lei da Ficha Limpa”), a busca pela moralização da vida pública e os direitos fundamentais. **Revista de Direito Administrativo & Constitucional**. Belo Horizonte ano 13, n 54, p. 121-148. Disponível em: <

http://www.academia.edu/9853212/SALGADO_Eneida_Desiree_ARA%C3%A9AJO_Eduardo_Borges_Do_Legislativo_ao_Judici%C3%A1rio_a_LC_C135_10_Lei_da_Ficha_Limpa_a_busca_pela_moraliza%C3%A7%C3%A3o_da_vida_p%C3%BAblica_e_os_direitos_fundamentais_A_&_C_Revista_de_Direito_Administrativo_and_Constitucional_Belo_Horizonte_ano_13_n_54_p_121-148_out_dez_2013>. Acesso em: 05 ago. 2016.

SALUTATI. Coluccio. Inventiva contro Antonio Loschi da Vicenza. In: **Prosatori latini del Quattrocento**. Torino: Einaudi, 1977.

SAMPAIO, José Adércio Leite. **Teoria da Constituição e dos direitos fundamentais**. Del Rey Editora. Belo Horizonte, 2013.

SANDEL, Michael J. **Liberalismo e os limites da justiça**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2005.

SANTOS, Natália Souza dos. Afinal por que os conscritos não votam? **Revista Jurídica Consulex** v. 17, n. 385, p. 18–19, jan., 2013. Disponível em: < http://www.tre-rs.jus.br/arquivos/Santos_Afinal_conscritos.PDF. > Acesso em 02/05/2016 .

SANTOS, Wanderlei Guilherme. **Cidadania e Justiça**. Rio de Janeiro: Campus, 1979.

SARLET, Ingo Wolfgang; Marinoni, Luiz Guilherme; Mitidiero, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 2ªed. Revista dos Tribunais, 2013

SARMENTO, Daniel. Interesses públicos vs. Interesses privados na perspectiva da teoria e da filosofia constitucional. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (coord). **Constituição e crise política**. Del Rey, 2006

SARMENTO, Daniel. **Por um constitucionalismo inclusivo: História Constitucional brasileira. Teoria da Constituição e dos direitos fundamentais**. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2010.

SCHUWARCHZ, Lília Moritz; STARLING, Heloísa Murgel. **Brasil: uma biografia**. 1ªed. São Paulo: Companhia das letras, 2015.

SILVA, Guilherme Ferreira. **Uma análise crítica da teoria das capacidades institucionais: o direito para além do formalismo com Emmanuel Lévinas**. 2014. 140 f. Dissertação (Mestrado) - Programa de Pós-Graduação em Direito, Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2014.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 37ª ed. São Paulo: Malheiros Editores.

SHAKEASPEARE, Wiliam. O mercador de Veneza: peça em cinco atos in: GALUPPO, Marcelo Campos (org). **O Brasil que queremos: reflexões sobre o Estado democrático de direito**. Belo Horizonte: Ed. Puc Minas, 2006.

SKIDMORE, Thomas. **Brasil:** de Castelo a Tancredo. Rio de Janeiro: Paz & Terra, 1988.

SOARES, Wesley Pereira. **O estado democrático de direito entre o liberalismo e o comunitarismo.** 2016. 107f. Dissertação (Mestrado) - Programa de Pós-Graduação em Direito, Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2016.

SPÍNDOLA, Ruy Samuel. A Lei Ficha Limpa em Revista e os empates no STF: Liberdades políticas em questão e o Dilema entre o politicamente correto e o Constitucionalmente sustentável. **Revista Direito Público** v. 8, n. 38 (2011). Disponível em: <http://dspace.idp.edu.br:8080/xmlui/bitstream/handle/123456789/691/Direito%20Publico%20n382011_Ruy%20Samuel%20Espindola.pdf?sequence=1>. Acesso em: 05. Ago. 2016.

STARLING, Heloísa Murgel. **Moralismo capenga.** 23 set. 2009. Disponível em:<<http://www.revistadehistoria.com.br/secao/capa/moralismo-capenga>> Acesso em 15 abr. 2015.

TAYLOR, Charles. **El multiculturalismo y la Política del Reconocimiento.** Tradução de Mónica Utrilla de Neira. México: Fondo de Cultura Económica, 1993.

TOCQUEVILLE, Alexis de. **A democracia na América.** Tradução de Neil Ribeiro da Silva. 1ªed. São Paulo: Folha de São Paulo, 2010

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de Processo Penal.** 11º ed.São Paulo: Saraiva, 2009.

VILA, Marco Antônio. **A história das constituições brasileiras.** São Paulo: Leya, 2011

WALZER, Michael. Comunitarian critique of Liberalism. In **New Communitarian Thinking persons, virtues institutions and communities.** Charlottesville: University of Virginia, 1996.

WEBER, Max. **Economia e Sociedade:** Fundamentos da Sociologia Compreensiva. Brasília: Editora da UnB, 1991.