

UNIVERSIDADE FEDERAL DA PARAÍBA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM CIÊNCIAS JURÍDICAS

TIAGO MISAEL DE JESUS MARTINS

RETROCESSO POLÍTICO E FICHA LIMPA:

Análise da Lei Complementar n. 135/2010 sob o enfoque do Princípio de Irreversibilidade
Política

JOÃO PESSOA

2016

TIAGO MISAEL DE JESUS MARTINS

RETROCESSO POLÍTICO E FICHA LIMPA:

Análise da Lei Complementar n. 135/2010 sob o enfoque do Princípio de Irreversibilidade
Política

Dissertação de mestrado em Direitos Humanos
pelo Programa de Pós-Graduação do Centro de
Ciências Jurídicas da Universidade Federal da
Paraíba, sob orientação do Professor Doutor
Armando Albuquerque de Oliveira.

JOÃO PESSOA

2016

Catálogo na publicação
Seção de Catalogação e Classificação

M386r Martins, Tiago Misael de Jesus.

RETROCESSO POLÍTICO E FICHA LIMPA: Análise da Lei
Complementar n. 135/2010 sob o enfoque do Princípio de
Irreversibilidade Política / Tiago Misael de Jesus
Martins. - João Pessoa, 2019.
143 f. : il.

Orientação: Armando Albuquerque.
Dissertação (Mestrado) - UFPB/CCJ.

1. Direitos Políticos. 2. Inelegibilidades. 3. Lei da
Ficha Limpa. 4. Princípio da Proibição do Retrocesso.
I. Albuquerque, Armando. II. Título.

UFPB/CCJ

TIAGO MISAEL DE JESUS MARTINS

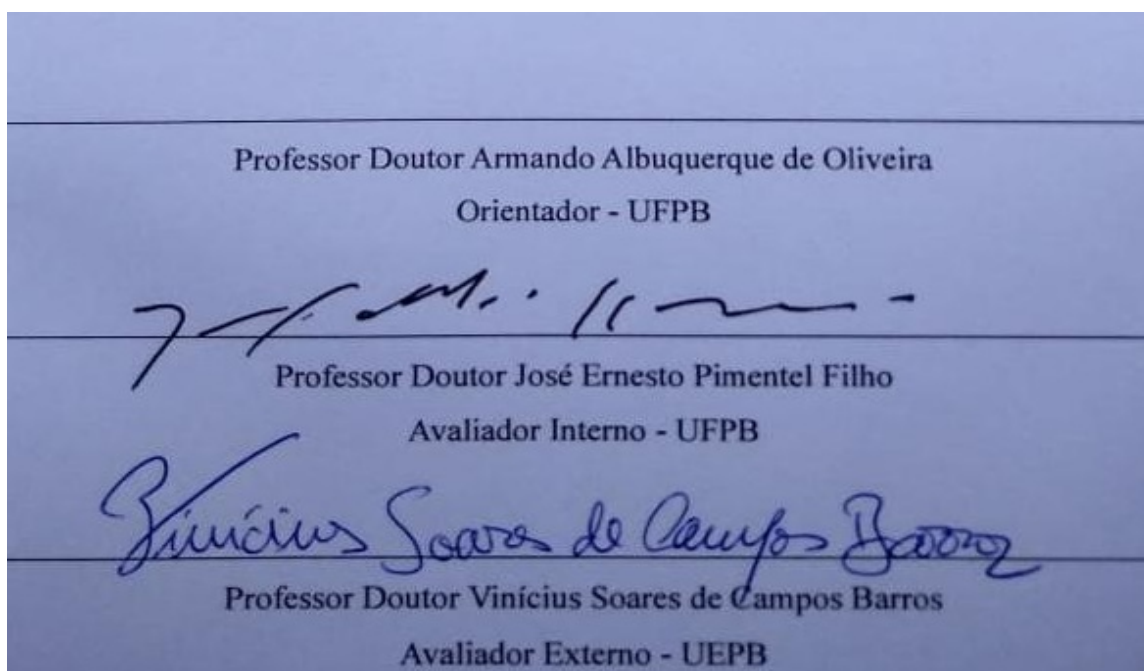
RETROCESSO POLÍTICO E FICHA LIMPA:

Análise da Lei Complementar n. 135/2010 sob o enfoque do Princípio de Irreversibilidade
Política

Dissertação de mestrado em Direitos Humanos
pelo Programa de Pós-Graduação do Centro de
Ciências Jurídicas da Universidade Federal da
Paraíba, sob orientação do Professor Doutor
Armando Albuquerque de Oliveira.

Aprovada em: ____/____/____

BANCA EXAMINADORA



DEDICATÓRIA

À Estrada, pelos aclives, retornos e bifurcações; por sempre existir adiante.

À minha família, Mãe Deta, Bá, Nino, Cida e Vera. Por vocês.

Ao meu amor, Bebinha, por tornar as coisas menos sérias.

À pontualidade e ao conforto do serviço intermunicipal de transporte prestado pela empresa Guanabara.

Aos debatedores sobre política e corrupção durante as transmissões do *Ultimate Fighting Championship*.

Aos bacharéis, diplomatas e membros do sindicato. Vocês sabem quem são.

AGRADECIMENTOS

Ao Professor Doutor Armando Albuquerque de Oliveira, por me desafiar a enfrentar a tempestade.

Aos Professores Doutores Fredys Orlando Sorto, Luciano do Nascimento Silva e Sven Peterke, por transformarem o caminho do mestrado um prazer.

A Alex da reprografia, desde 2001 no CCJ do centro.

A Marcelo Duarte, por dar ordem ao caos metodológico.

“Coisa triste, um país que precisa de leis tão específicas para banir da vida pública pessoas cujo prontuário criminal não as recomendaria sequer para o exercício de cargos subalternos – na verdade, de cargo algum! E tão mais triste que essa legislação apenas foi possível em função de robusta mobilização popular. Aliás, suprema tristeza: sua companheira, a única lei eficaz contra o abuso do poder econômico nas eleições, nasceu do mesmo berço – as ruas! ”.

(Pedro Valls Feu Rosa, Ficha Limpa Interpretada)

*Come senators, congressmen, please heed the call
Don't stand in the doorway, don't block up the hall
For he that gets hurt will be he who has stalled
There's a battle outside and it is ragin'
It'll soon shake your windows and rattle your walls
For the times they are a-changin'*

(Bob Dylan, The Times They Are A-Changin', 1964)

“Só no Brasil pra precisar vir uma lei que impeça o povo de votar em corrupto”.

(João Paulo Pereira, comentário ao autor em 13 de junho de 2015)

RESUMO

O nível de proteção alcançado pelo direito político previsto no art. 14, § 9º, da Constituição Federal, com a introdução das causas de inelegibilidade trazidas pela LC n. 135/2010, representa conquista histórica da cidadania brasileira. Nesse sentido, o patamar de efetivação já concretizado pelo avanço legislativo da *Lei da Ficha Limpa* se torna impossível de retroação, ante o reconhecimento da *Proibição do Retrocesso Político* como princípio implícito e parâmetro de aferição da constitucionalidade de lei posterior que estabeleça um nível de proteção menor que o vigente. Uma vez realizada a conformação legislativa, não pode o Estado se colocar novamente na condição de devedor da prestação jurídica necessária à fruição daquele direito político em patamar equivalente ao anteriormente já desfrutado pelos cidadãos.

Palavras-chave: Direitos Políticos; Inelegibilidades; Lei da Ficha Limpa; Princípio da Proibição do Retrocesso.

ABSTRACT

The level of protection achieved by the political right provided for art. 14, § 9, of the Constitution, with the introduction of the causes of ineligibility brought by LC n. 135/2010, is historic victory for Brazilian citizenship. In that way, the level of effectiveness already achieved by legislative advance of the *Clean Record Law* becomes impossible to feedback, in recognition of the *Prohibition of Political Rewind* as implied principle and measurement parameter of the constitutionality of the law establishing a higher level of protection less than the current. Once you have made the legislative conformation, the State cannot be put back in the condition of the debtor of the legal provision that required to fruition political right level equivalent to that previously already enjoyed by citizens.

Keywords: Political Rights; Ineligibility; Clean Record Law; Principle of Prohibition of Withdrawal.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
1 DEMOCRACIA, CIDADANIA E DIREITOS HUMANOS POLÍTICOS NA CONTEMPORANEIDADE	16
1.1 DIREITOS POLÍTICOS ANTIGOS E CONTEMPORÂNEOS	19
1.2 A TEORIZAÇÃO DO FEDERALISMO AMERICANO	23
1.3 INTERNACIONALIZAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS POLÍTICOS	33
2 DIREITO E POLÍTICA NO BRASIL: DA COMPRA DE VOTOS À “FICHA LIMPA”	39
2.1 DIREITOS POLÍTICOS NA CONSTITUIÇÃO DE 1988 E O PROBLEMA DA CONFORMAÇÃO LEGISLATIVA	43
2.2 DIREITO POLÍTICO A ELEIÇÕES LIMPAS, CAUSAS DE INELEGIBILIDADE E LEI DA FICHA LIMPA	48
2.3 OBSTÁCULOS À FICHA LIMPA	53
2.4 PROJETOS DE LEI PARA REFORMA DA LEI DA FICHA LIMPA	57
2.4.1 Das Proposições No Senado Federal	58
2.4.2 Das Proposições Na Câmara Dos Deputados	60
2.4.3 Dos Resultados Da Pesquisa Empírica	64
3 A PROIBIÇÃO DO RETROCESSO COMO PRINCÍPIO JURÍDICO	65
3.1 RONALD DWORKIN E A REVALORIZAÇÃO DOS PRINCÍPIOS JURÍDICOS	66
3.2 PRINCÍPIOS NA TEORIA CONSTITUCIONAL ALEMÃ: ROBERT ALEXY	69
3.3 A RELEITURA DE HUMBERTO ÁVILA PARA OS PRINCÍPIOS JURÍDICOS	74
3.4 O PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DO RETROCESSO	77
3.4.1 Crise Econômica E Retrocesso: A Experiência Europeia	80
3.4.2 O Aprofundamento Teórico Em Portugal	83
4 RETROCESSO POLÍTICO E FICHA LIMPA	93
4.1 IRREVERSIBILIDADE NA DOCTRINA NACIONAL	93
4.2 FUNDAMENTOS CONSTITUCIONAIS DA PROIBIÇÃO DO RETROCESSO	97
4.3 OBJEÇÕES ARGUMENTATIVAS À PROIBIÇÃO DO RETROCESSO	101
4.4 CONDIÇÕES PARA APLICAÇÃO DA TEORIA DA IRREVERSIBILIDADE	105
4.5 JURISPRUDÊNCIA EM MATÉRIA DE DIREITOS SOCIAIS E AMBIENTAIS	111
4.6 JURISPRUDÊNCIA EM MATÉRIA DE DIREITOS POLÍTICOS	114

4.6.1 Julgamento Do Voto Impresso	114
4.6.2 Julgamento Da Lei Da Ficha Limpa	117
4.7 APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DO RETROCESSO AOS PROJETOS LEGISLATIVOS DE MUDANÇA NA LEI DA FICHA LIMPA	120
CONCLUSÃO.....	125
REFERÊNCIAS	128
ANEXO I	136

INTRODUÇÃO

A análise do princípio constitucional vedatório do retrocesso político possui alta significação na aferição judicial da constitucionalidade de leis que veiculem dispositivos supressores do núcleo essencial de direitos políticos. Nesse sentido, estuda-se a proibição do retrocesso como princípio implícito da Constituição de República de 1988, apto à utilização como parâmetro de aferição da constitucionalidade de lei posterior que reduza o patamar de proteção já concretizado para determinados direitos fundamentais de natureza política.

A relevância doutrinária e social de tal ordem de considerações se revela na medida em que, cada vez mais frequentemente, surgem propostas legislativas de emenda à constituição e de projetos de lei que procuram retirar do cabedal de direitos do cidadão brasileiro conquistas históricas que alargaram o nível de representatividade política.

Não por acaso sempre está à espreita na pauta legislativa a chamada “reforma política”, cujos contornos imprecisos e cambiantes ao sabor do momento político não permitem identificar, em um primeiro momento, o seu impacto nos direitos de cidadania hodiernamente alcançados. Sabe-se que reforma política é normalmente associada à reorganização das regras para competição eleitoral, tal como tem ocorrido pontualmente no Brasil desde a redemocratização ¹, ou como uma reforma mais ampla do sistema político, que envolveria a reforma das instituições políticas, a reforma do comportamento político e a reforma dos padrões de interação política (PNUD, p. 11).

A experiência brasileira demonstra, todavia, que a tão decantada reforma política envolve sempre e somente mudanças na legislação (reforma das instituições políticas), não se preocupando – exceto talvez como efeito secundário e acidentalmente consequencial – de realizar verdadeira reforma do comportamento político e dos padrões de interação política. Essa impressão decorre da análise das duas agendas de reforma política, mantidas em pauta desde o fim dos trabalhos do Congresso Nacional Constituinte ².

¹ A oscilação da legislação eleitoral brasileira pode ser verificada em sistema do Tribunal Superior Eleitoral, que disponibiliza as leis sobre eleições desde o Brasil colônia até a atual legislação em plataforma pesquisável: <<http://www.tse.jus.br/legislacao/pesquisa-a-legislacao-eleitoral>> [acesso em 08/02/2016]

² “O fim da ditadura em 1985 levou grupos políticos a pedirem uma nova Constituição Federal. Alguns queriam uma Assembleia Constituinte, mas o que se conseguiu foi a formação do Congresso Constituinte de 1987. (...) Os principais grupos contrários à Assembleia eram os ligados ao anterior regime ditatorial, representado por grandes empresários e banqueiros, além de latifundiários e militares. Mesmo com pressão não foi possível formar uma Assembleia, conseguindo nas negociações políticas a realização do Congresso Constituinte, onde os deputados eleitos para o Congresso Nacional, em novembro de 1986, ficariam responsáveis pela elaboração da Carta Magna. A diferença entre Assembleia e Congresso Constituinte decorre de que os eleitos para o

A primeira e mais ambiciosa agenda advoga a introdução do parlamentarismo, de um sistema distrital misto com cláusula de barreira de 5% para a Câmara dos Deputados e do voto facultativo. Tais medidas partem do diagnóstico de que o sistema político brasileiro padece de crônica instabilidade política, advinda da combinação entre presidencialismo e multipartidarismo (PNUD, p. 55), que conduziria o governo eleito a adotar um indesejado – e invariavelmente fisiologista – modelo de presidencialismo de coalizão ³.

A segunda agenda da reforma política, centrada no aperfeiçoamento da representação proporcional no Brasil, propõe: a) corrigir a desproporcionalidade gerada pelo atual critério de distribuição das cadeiras na Câmara dos Deputados entre os estados; b) instituir algum mecanismo de fidelidade partidária ou que iniba a troca de legenda entre uma eleição e outra; c) proibir as coligações para as eleições proporcionais; d) substituir o sistema de lista aberta por outro, de listas preordenadas, fechadas ou flexíveis; e e) suprimir o preceito que define o quociente eleitoral como cláusula de exclusão (PNUD, p. 55).

Como exemplo das movimentações parlamentares em ambos os sentidos, veja-se o ato do Presidente da Câmara dos Deputados, Eduardo Cosentino da Cunha, de 25 de março de 2015, que constituiu comissão especial destinada a efetuar estudo e apresentar propostas em relação às matérias infraconstitucionais da reforma política (Diário da Câmara dos Deputados - 26/3/2015, Página 79). Quanto às mudanças constitucionais, a mesma presidência da Casa, em 04 de fevereiro de 2015, criou comissão especial destinada a proferir parecer à Proposta de

segundo teriam o compromisso de manter inalteradas algumas estruturas do Estado brasileiro para o qual foram eleitos, ao contrário dos eleitos para a Assembleia, que poderiam, além de ser qualquer cidadão, alterar essas estruturas”. PINTO, Tales Dos Santos. "Assembleia Constituinte de 1987"; *Brasil Escola*. Disponível em <<http://brasilecola.uol.com.br/historiab/constituicao-de-1988.htm>>. [Acesso em 13/02/2016]

³“O nosso sistema eleitoral nasce da transição democrática da década de 80 e é formalmente estabelecido na Constituição de 1988. E a adoção de um desenho institucional que pretende conciliar presidencialismo, multipartidarismo e representação proporcional tende a ser marcado por crises de governabilidade. Isto porque no presidencialismo, dificilmente um partido terá hegemonia suficiente para governar sem o auxílio de outros partidos com representação no Congresso Nacional. (...) José Nepomuceno da Silva lembra que passado o pleito eleitoral se inicia outro processo, via de regra desgastante: o de costura política em busca da chamada governabilidade. A composição entre Executivo eleito e os partidos com representação no Congresso Nacional pode vir a suplantá-lo, inclusive, divergências entre políticas partidárias, já que a necessidade de governabilidade normalmente se sobressai em relação às distâncias ideológicas dos partidos. (...) O presidencialismo de coalizão se caracteriza não como uma correção de eventuais falhas do sistema eleitoral brasileira, mas como uma consequência do mesmo. O Poder Executivo tem sua atuação diretamente dependente do apoio parlamentar. E falar da relação entre governo e sua base de sustentação (coalização) no Congresso é falar da funcionalidade da democracia brasileira” (Salgado, p. 182/183). Ainda a respeito do presidencialismo de coalizão, as anotações do ex-Presidente da República Fernando Henrique Cardoso, no livro *Diários da Presidência 1995-1996*: “Para fazer reformas ou ter uma agenda qualquer, o partido que elege o presidente se vê obrigado a buscar apoios. No meu tempo as alianças eram feitas para obter resultados que eu acreditava necessários para o país avançar, as reformas da Constituição, que exigiam maioria de dois terços de cada Casa. Chamava-se esse arranjo de 'presidencialismo de coalizão'. Pouco a pouco houve uma degeneração do processo. Fizeram-se alianças não só com troca de cargos como utilizando-se práticas mais discutíveis e perdendo-se a agenda: chama-se a isso de 'presidencialismo de cooptação’” (Cardoso, p. 14).

Emenda à Constituição nº 352-A, de 2013, do Deputado Cândido Vaccarezza e outros, que pretende alterar os arts. 14, 17, 27, 29, 45 e 121 da Constituição Federal, para tornar o voto facultativo, modificar o sistema eleitoral e de coligações, dispor sobre o financiamento de campanhas eleitorais, estabelecer cláusulas de desempenho para candidatos e partidos, prazo mínimo de filiação partidária e critérios para o registro dos estatutos do partido no Tribunal Superior Eleitoral, determinar a coincidência das eleições e a proibição da reeleição para cargos do Poder Executivo, regular as competências da Justiça Eleitoral e submeter a referendo as alterações relativas ao sistema eleitoral.

Na outra Casa Legislativa, em janeiro de 2016, os senadores integrantes da Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania continuaram a analisar a PEC 113-A/2015, cujo texto já fora aprovado pela Câmara dos Deputados em agosto de 2015 e trata de vários itens da reforma política, dentre os quais o fim da reeleição para cargos no Poder Executivo, a permissão para troca de partidos sem risco de perder o mandato, a ressurreição do voto impresso na urna eletrônica (que o Supremo Tribunal Federal já declarara inconstitucional na ADI 4543 MC, justamente por ferir o princípio da proibição do retrocesso), modificações nos critérios de distribuição do fundo partidário, autorização para empresas doarem em campanhas políticas (também já considerada inconstitucional pelo STF em setembro de 2015), e redução dos requisitos para o uso do instituto da iniciativa popular, que passaria a requerer a subscrição de 500 mil eleitores de pelo menos cinco estados, com não menos de 0,1% dos eleitores de cada um deles.

Qualquer das eventuais mudanças nos direitos políticos, advogadas por qualquer das agendas referidas acima, precisa, necessariamente, ser confrontada com o juízo de constitucionalidade advindo da aplicação do princípio da proibição do retrocesso. E mesmo mudanças pontuais na legislação precisam obedecer essa marcha inexoravelmente avante dos direitos políticos. Longe de se encontrarem a salvo de qualquer atentado, os direitos políticos são diuturnamente fustigados pela atividade legislativa ordinária.

De todas as conquistas recentes em matéria de direitos políticos, nenhuma supera em importância a edição da Lei Complementar n. 135/10 – “Lei da Ficha Limpa”. As inéditas restrições à capacidade eleitoral passiva, na forma de inelegibilidades, refletiram o anseio do povo brasileiro, consubstanciado em 1,5 milhão de assinaturas, por um processo eleitoral em que a probidade administrativa, a moralidade advinda da vida pregressa dos candidatos e a normalidade e legitimidade das eleições se sobrepusessem ao abuso do poder econômico e político – marca negra dos pleitos nacionais.

Considerada a maior conquista da cidadania brasileira no que diz respeito à lisura do

processo eleitoral na última década (Assunção, p. 13), a Lei da Ficha Limpa passa atualmente por discussões parlamentares com o objetivo deliberado de reduzir o suposto rigor de suas causas de inelegibilidade.

Por todas as tentativas de reviravolta na proteção dos direitos políticos, imperioso debater, com brevidade, a proibição do retrocesso como princípio constitucional imperativo que determine ao legislador ordinário a realização progressiva dos direitos de natureza política. Deve-se ter compromisso com a democracia brasileira como processo irreversível, ainda que incompleto (Assunção, p. 07), que não aceita novos mergulhos em águas turvas já atravessadas. Caso contrário, o cidadão estará sempre a mercê de maiorias eventuais formadas por interesses nem sempre confessáveis no Parlamento e de rupturas no nível de representatividade política ante propostas legislativas que retiram suas conquistas históricas.

Assim apresentada a relevância do tema, convém explicitar a problematização teórica proposta na presente dissertação. Efetivamente, a questão central que se coloca nesse contexto da proibição do retrocesso é: até que ponto o legislador infraconstitucional pode voltar atrás no que diz com a implementação dos direitos fundamentais? Em outras palavras, haveria limite material para a atividade de conformação legislativa de direitos fundamentais que impusesse a sua realização progressiva? Para tanto, buscou-se a doutrina e jurisprudência europeias sobre o princípio jurídico da proibição do retrocesso e, na medida de sua crescente influência, os reflexos que ele exerce sobre o pensamento jurídico nacional.

A hipótese sustentada ao longo do trabalho é que se tem por perfeitamente possível o reconhecimento da proibição do retrocesso como princípio constitucional implícito e parâmetro de aferição da constitucionalidade de lei que estabeleça um nível de proteção menor que o vigente para um direito político, passando a atividade legislativa do tradicional “dever de legislar para conformação do direito fundamental” para o “dever de não eliminar o nível de proteção alcançado por determinado direito fundamental”.

Com isso, o objetivo geral do trabalho é proceder uma satisfatória caracterização do princípio da proibição do retrocesso e aplicar seu conteúdo aos projetos retrocessivos identificados. Como objetivos específicos, procura-se partir de uma conceituação adequada de direitos políticos como direitos humanos e posicioná-los no âmbito dos tratados internacionais e dos sistemas internacionais de proteção, bem como traçar, em linhas gerais, a evolução dos direitos políticos no Brasil, procurando destacar o descompasso entre a normatividade e a realidade social. Em seguida, visa-se aferir a envergadura dos direitos políticos na ordem constitucional inaugurada com a Constituição Federal de 1988 e precisar os limites de conformação legislativa dos direitos fundamentais de natureza política, em face do mandado de

otimização do art. 5º, § 1º. Ainda: documentar em que medida as reformas efetuadas e pretendidas da legislação eleitoral não implicam em retrocesso inconstitucional, com especial atenção ao parâmetro de proteção alcançado com as causas de inelegibilidade introduzidas no ordenamento nacional pela Lei Complementar n. 135/10 – a “Lei da Ficha Limpa”.

A pesquisa adota método de abordagem dedutivo e, como método de procedimento, os métodos interpretativo e comparativo. Como técnicas de pesquisa, vale-se de pesquisa bibliográfica, exceto no final do capítulo segundo, quando se utilizou uma técnica de pesquisa empírica descritiva em Direito baseada em estudo de casos (*small-n*), com o objetivo de analisar os projetos de lei apresentados para modificação das inelegibilidades eleitorais, identificando aqueles que buscam inviabilizar os avanços trazidos pela Lei da Ficha Limpa.

Ao final se produziu um texto dissertativo estruturado em quatro capítulos, cada qual com propósitos bem definidos, que, articulados, conduzem à conclusão ao final apresentada.

No primeiro capítulo, intitulado *Democracia, Cidadania e Direitos Políticos na Contemporaneidade*, precisou-se lançar as bases adotadas para os conceitos que seriam adotados no curso da dissertação, especificamente direitos políticos, cidadania e democracia. Aproveitou-se para fazer a distinção entre direitos políticos na antiguidade e aqueles surgidos a partir da democracia representativa americana, e para narrar, em linhas gerais, a difusão desta ordem de direitos nas declarações mundo afora em sequência à Revolução Francesa, até o aprofundamento da democracia como um direito humano no curso do século XX.

No segundo capítulo (*Direito e Política no Brasil: da Compra de Votos à “Ficha Limpa”*), procurou-se traçar um panorama aproximado do trajeto dos direitos políticos no Brasil, desde o período colonial até o advento das causas de inelegibilidade criadas pela Lei da Ficha Limpa, passando pela revalorização constitucional desses direitos em 1988. Também nesse capítulo se realizou pesquisa empírica em direito para tratar dos projetos de lei que intentam alterar a LC n. 135 em trâmite no Congresso Nacional, a fim de demonstrar empiricamente os riscos de retrocesso em matéria de direitos políticos.

O capítulo terceiro (*A Proibição do Retrocesso como Princípio Jurídico*) apresenta a proibição do retrocesso como princípio jurídico defensivo do patamar de proteção atingido por direitos em determinada sociedade, apto a sustentar a inconstitucionalidade de leis infraconstitucionais que venham a restringir seu núcleo essencial. Para tanto, optou-se pela Filosofia dos Valores, a partir da releitura de Humberto Ávila para a teoria dos princípios de Ronald Dworkin e Robert Alexy. Em seguida, descreveu-se as experiências internacionais em doutrina e jurisprudência sobre vedação do retrocesso.

Por fim, no capítulo quarto (*Retrocesso Político e Ficha Limpa*) se procurou discorrer

sobre o tratamento da proibição do retrocesso na doutrina nacional, os fundamentos e condições para sua aplicação no país, a refutação das principais objeções ao seu acatamento, as experiências jurisprudenciais em matéria de direitos sociais, ambientais e políticos, arrematando, por fim, com a aplicação da proibição do retrocesso a alguns projetos de lei que intentam modificar a Lei da Ficha Limpa.

1 DEMOCRACIA, CIDADANIA E DIREITOS HUMANOS POLÍTICOS NA CONTEMPORANEIDADE

Neste capítulo inicial, precisar-se-ão as acepções adotadas no curso da dissertação a respeito de direitos políticos, cidadania e democracia, fazendo a distinção fundamental entre os direitos políticos na antiguidade e aqueles surgidos a partir da democracia representativa americana, passando pela difusão desta ordem de direitos nas declarações mundo afora em sequência à Revolução Francesa, até o aprofundamento da democracia como um direito humano no curso do século XX.

A concepção de direitos políticos, adotada ao longo do presente texto, pressupõe a delimitação precisa da acepção concedida à cidadania e à democracia. Isso porque, para a grande maioria da doutrina jurídica nacional, repetida à exaustão em manuais e acriticamente encampada por muitos aplicadores do direito, a cidadania se circunscreveria ao *status* jurídico-constitucional identificável com os direitos políticos. Não obstante, embora pareça evidente que o desfrute de direitos políticos por determinadas pessoas integre o conceito de cidadania, esta não se resume àqueles. Fruto de igual simplificação, o conceito de democracia, embora muitas vezes tomado como senso comum, contém questões de relevo para as considerações feitas ao longo do texto.

Quanto à cidadania, o conceito aqui adotado correlaciona-se à compreensão mais ampla e sociológica do fenômeno. T. H. Marshal, no ensaio *Cidadania e Classe Social*, publicado em 1950, propugna uma divisão da cidadania em três partes, determináveis por fatores históricos: a) o componente civil, identificável com os direitos de liberdade individual (tais com a liberdade de expressão, de pensamento e religião, direito à propriedade e ao acesso à justiça); b) o componente político, identificável com o direito de participar no exercício do poder político como membro de um corpo investido de autoridade política ou como eleitor de seus membros; e c) o componente social, identificável com aqueles direitos prestacionais do estado (tais como seguridade social e educação) (p. 22-23) ⁴.

⁴ Não obstante dívida a cidadania em três partes, como *status* que se concede aos membros de pleno direito de uma comunidade, T. H. Marshal assinala inexistir um princípio universal que determine quais são os direitos e obrigações inseridos em cada uma das partes (p. 37). Desse modo, embora aqui se diga que a cidadania é composta dos elementos civil, político e social, não inviabiliza a validade do conceito a circunstância de, por exemplo, os direitos de liberdade serem mais restritos em certos países em comparação com outros, ou mesmo que em certos estados os direitos políticos sejam mais restritos na universalidade do sufrágio. Em tais Estados não se fala que inexistem cidadania, mas apenas que a cidadania é menos intensa – mesmo porque seria utópico pensar em determinada sociedade cujos integrantes possuam todos os direitos civis, políticos e sociais a todo o tempo. No mundo real, toda cidadania é excludente.

O componente político do conceito de cidadania é frequente e erroneamente confundido pelos juristas como a própria cidadania, de modo que os direitos políticos⁵ são normalmente tratados como a prerrogativa de participar, ativa (*ius suffragii*) e passivamente (*ius honorum*), direta e indiretamente do governo, da organização e do funcionamento do Estado (Gomes, p. 04). Por sua imediata identificação com a capacidade eleitoral ativa e passiva, normalmente tais direitos são confinados ao gueto teórico do sempre oscilante Direito Eleitoral, frequentemente apartados de seu fundamento constitucional e alheios à sua importância para os Direitos Humanos.

Ocorre que os direitos políticos não estão enclausurados às tradicionais categorias do *ius suffragii* e do *ius honorum*, uma vez que são modernamente entendidos como direitos de participação na formação da vontade do poder e na sua gestão (Ramos, 2014, p. 66). Justamente, os direitos de participação não se restringem aos direitos de representação, posto existirem também direitos políticos relativos às democracias semidiretas, às democracias partidárias, à fiscalização do cidadão sobre os atos dos representantes e à própria democracia como direito político.

Assim, para efeito das ponderações apresentadas na presente dissertação, entende-se por direitos políticos: a) *os direitos políticos de democracia representativa*, consistentes no direito de votar em representantes (*ius suffragii*) e no direito de ser votado para representar o povo em um órgão político (*ius honorum*); b) *os direitos políticos de democracia semidireta*, consistentes no direito de votar em plebiscitos e referendos, bem como no direito de propor projetos de lei por intermédio da iniciativa popular; c) *os direitos políticos de democracia partidária*, que consubstanciam o estatuto jurídico para criação, organização e participação em partidos políticos; d) *os direitos políticos de fiscalização*, relacionados a previsão de meios efetivos para os representados fiscalizarem a atuação dos representantes, tais como a ação popular, o direito de petição e o *recall*; e e) *o direito político de democracia*, no qual o regime político democrático desponta como um direitos humano em si mesmo.

Essa conceituação de direitos políticos remete imediatamente à pergunta a respeito de em qual democracia eles estariam inseridos. Assim, também se faz oportuna a tomada de posição a respeito do conceito de democracia e da teoria democrática contemporânea com a qual se trabalhará.

⁵ Os direitos políticos são por vezes chamados “direitos cívicos”. Todavia, este termo remete ao conceito de direitos de cidadania, dos quais, como visto, os direitos políticos são apenas um dos componentes. Assim, não parece correto denominar os direitos políticos de direitos cívicos, pois existe uma série de outros direitos que também integram o conceito de cidadania – a rigor, pelo conceito de cidadania de T. H. Marshal aqui adotado, são igualmente cívicos, por exemplo, os direitos à liberdade de pensamento e o direito à saúde.

Adota-se aqui a definição procedural mínima de democracia, desenvolvida por Scott Mainwaring, Daniel Brinks e Aníbal Pérez-Liñán no artigo “*Classificando regimes políticos na América Latina, 1945-1999*”, publicado em 2001, no qual os autores formulam contundente crítica à teoria submínima⁶ ou competitiva de democracia, desenvolvida, principalmente, por Joseph Schumpeter (1961) e Robert Dahl (1971).

A teoria de Schumpeter identificava a democracia com o método eleitoral, ou seja, com o modo de escolha dos governantes. Existindo eleições periódicas, livres e justas, tem-se uma democracia. Se não há, tem-se um regime não-democrático (Albuquerque, 2009, p. 134).

Já na definição procedural mínima, adotada neste trabalho, Mainwaring, Brinks e Pérez-Liñán sustentam que o conceito de democracia compreende quatro propriedades: a) a existência de eleições competitivas, livres e justas para o Legislativo e o Executivo (aspecto no qual se resumia a teoria de Schumpeter); b) uma cidadania adulta e abrangente; c) a proteção das liberdades civis e dos direitos políticos; e d) que os governantes eleitos de fato governem, implicando no controle civil sobre os militares (Albuquerque, 2009, p. 140).

Agregar ao conceito de democracia preocupações com a cidadania e com os direitos políticos, para além do mero processo eleitoral em si, fizeram com que a definição procedural mínima de Mainwaring, Brinks e Pérez-Liñán fosse adotada na presente dissertação. A concepção submínima parece se comprometer demais com o positivismo, ao privilegiar as regras do procedimento eleitoral, de forma que, em um estudo que adota a filosofia dos princípios e seu amplo ataque ao positivismo, como exposto no capítulo terceiro, haveria patente contradição teórica em se privilegiar o conceito submínimo de democracia. Por outro lado, a concepção mínima de democracia, ao admitir preocupações com a cidadania e com os direitos políticos, mostra-se mais adequada ao manejo, em seu interior teórico, do princípio da proibição do retrocesso.

Assim, para a presente dissertação, direitos políticos – de democracia representativa, de democracia semidireta, de democracia partidária, de fiscalização e de democracia – formam o componente político do conceito de cidadania proposto por T. H. Marshal e são adequados à teoria procedural mínima de Mainwaring, Brinks e Pérez-Liñán.

⁶A bem da verdade, a maioria dos autores sobre teorias democráticas contemporâneas trata a teoria de Schumpeter como “teoria mínima”. Todavia, Mainwaring et alii fazem uma vigorosa crítica a essa noção de democracia como método eleitoral, denominando-a, a partir de seu artigo de 2001, de teoria “submínima” e reivindicando a designação de teoria “mínima” para as suas concepções (Albuquerque, 2009, p. 133). Aqui, para efeito de precisão conceitual, por se adotar a teoria de Mainwaring, passa-se a denominá-la de “teoria mínima”, reservando-se o termo “teoria submínima” para a teoria de Schumpeter.

Realizada a precisão conceitual de direitos políticos, cidadania e democracia, exsurge a necessidade de ser apartar essa compreensão daqueles institutos normalmente associados com experiências democráticas nas sociedades antigas.

1.1 DIREITOS POLÍTICOS ANTIGOS E CONTEMPORÂNEOS

Remontar às origens e retrazar o percurso pelo qual passaram os direitos políticos no Ocidente até a formatação que possuem hoje, significa realizar uma tomada de posição inicial no sentido de reconhecer que esses direitos políticos hodiernos se configuram como direitos subjetivos identificáveis somente em relação às democracias representativas, nada possuindo em comum – senão longínqua inspiração – com o modelo de democracia da antiguidade.

Os ditos cidadãos das nações livres da antiguidade não exerceram direitos políticos como os cidadãos ocidentais do mundo atual. Os seus modelos de liberdade e de regime político eram substancialmente diversos da democracia representativa que abriga hoje os direitos políticos. Parece ser radical, portanto, a distinção entre os direitos políticos da antiguidade, verificados em mui específicas cidades-estado antigas, e os direitos políticos da modernidade, inspirados em ideais iluministas e empiricamente implementados no momento em que a democracia representativa surgiu nos Estados Unidos da América, posteriormente exportados aos demais países no segundo momento da Revolução Francesa.

Os direitos políticos da contemporaneidade possuem relação simbiótica com o sistema representativo de governo, que tem na representação política o conjunto de relações estabelecidas entre os cidadãos e os governantes eleitos. Os primeiros são, nas democracias, os sujeitos detentores de soberania política e a utilizam para autorizar outros, os governantes, a agirem em seu nome e no nome de seus melhores interesses. Segundo Robert Dahl, foi a invenção da representação que permitiu a vigência da democracia nas sociedades contemporâneas (PNUD, p. 18).

Eleições livres, direitos do cidadão, representantes temporários, todos esses conceitos nunca estiveram presentes ao mesmo tempo em um estado antigo como na moderna democracia representativa. Mesmo a existência de instituições livres e o exercício de parcela do poder estatal por assembleias de oligarcas masculinos que se autodenominavam cidadãos, não se mostra um precedente da moderna democracia. Sabe-se que durante a vida política ateniense, por mais de dois séculos (501-338 a.C.), o poder dos governantes foi estritamente limitado, não

apenas pela soberania das leis, mas também pelo complexo jogo de instituições, como as assembleias populares. Todavia, mesmo na mais livre das cidades antigas, inexistiu o conjunto de características das modernas democracias; episodicamente, algum desses elementos até se verificaram em cidades-estado antigas, mas não todos ao mesmo tempo de modo a se enxergar ali um antecedente histórico factível.

No clássico discurso *Da liberdade dos antigos comparada à dos modernos*, proferido na Athénée Royal de Paris em 1819, Benjamin Constant defendeu que o sistema representativo é uma descoberta dos modernos e a condição da espécie humana na antiguidade não permitia que uma instituição desta natureza ali se instalasse. Os povos antigos não podiam nem sentir a necessidade nem apreciar as vantagens desse sistema, pois a sua organização social os levava a desejar uma liberdade bem diferente da que este sistema nos assegura atualmente (p. 02).

Norberto Bobbio, em *Três Ensaios sobre a Democracia*, traçou duas diferenças essenciais entre a democracia dos antigos e democracia dos modernos. No que ele designou por diferença analítica, lembrou que os antigos entendiam por democracia a democracia direta, enquanto que o termo para os modernos significava a democracia representativa. Efetivamente, na moderna democracia representativa, os cidadãos não decidem sobre os assuntos de governo, eles elegem quem vai decidir. Valendo-se da lição de Hans Kelsen, Bobbio sustenta que o elemento essencial da democracia real é o método de seleção dos representantes, ou seja, o procedimento eleitoral (1991, p. 40) – aliando-se àquela teoria procedural submínima de Schumpeter. Na democracia representativa não existe espaço institucional para a deliberação direta do povo sobre todos os assuntos do governo. O homem moderno não tem tempo, nem interesse em se envolver nos mínimos assuntos do funcionamento da máquina burocrática. Para tanto, ele é convocado periodicamente para escolher, através de votação, um corpo de representantes temporários para administrar o estado (Poder Executivo), elaborar as leis (Poder Legislativo) e, em alguns países, exercer as funções judiciárias (Poder Judiciário) e as de persecução penal (Ministério Público).

Para os antigos, a concepção de democracia era completamente distinta. Nela, o povo era convocado para diretamente decidir sobre os assuntos do governo. Este era o significado literal da palavra: o poder do *demos*, não o poder dos representantes do *demos*, como acontece hoje. Para eles a democracia não se resolvia nos procedimentos eleitorais e o *ius suffragii* não era o direito de eleger um representante, mas o direito de votar nas deliberações da assembleia (Bobbio, 1991, p. 40-42).

Benjamin Constant lembra que, para os antigos, ela consistia em exercer coletiva, mas diretamente, várias partes da soberania inteira; em deliberar na praça pública sobre a guerra e a

paz; em concluir com os estrangeiros tratados de aliança; em votar as leis; em pronunciar julgamentos; em examinar as contas, os atos, a gestão dos magistrados; em fazê-los comparecer diante do povo; em acusá-los de delitos; e em condená-los ou absolvê-los (p. 02-03). Naquelas civilizações, a eleição de representantes era considerada a exceção, uma correção útil e necessária do poder direto do povo, não uma alternativa autêntica à participação direta, como ocorre hoje nas modernas democracias (Bobbio, 1991, p. 43). Inverteram-se as prioridades, hoje a eleição de representantes é a regra geral e somente excepcionalmente o povo decide diretamente através de bem controlados mecanismos de democracia semidireta, tais como referendo e plebiscito.

A segunda diferença essencial entre as democracias antiga e moderna para Norberto Bobbio constitui em uma diferença axiológica, na qual a forma de governo mais corrupta do modelo aristotélico, tornou-se um regime político de conotação fortemente positiva (1991, p. 43). Aristóteles, em seu livro *Política*, elencava as formas de governo, dividindo-as em puras e corruptas. Assim, a monarquia era forma pura que se degenerava na tirania; a aristocracia, na oligarquia; e a *politéia* (assemelhada a um governo constitucional), quando corrompida, seria a democracia. Esse governo popular corrupto, denominado democracia, seria capaz de causar grande desagregação social pois era o governo dos pobres, dos ineptos, dos ignorantes, todos facilmente sujeitos a demagogos e corruptores. Nesse aspecto, tanto Aristóteles quanto Platão concordaram que a democracia não era melhor que a tirania. Mesmo os filósofos da ilustração europeia, tradicionalmente relacionados como inspirações teóricas para as revoluções burguesas do fim do século XVIII, não anteviram a democracia representativa como uma alternativa viável. Por um lado, Rousseau propugnava um governo cuja estrutura mais se assemelhava à democracia direta dos antigos; por outro, Montesquieu tratava a democracia e a oligarquia como formas da república, estando esta em contraposição à monarquia e ao despotismo em sua classificação das formas de governo⁷.

Essa concepção negativa, todavia, não sobreviveu à moderna democracia representativa, inaugurada nos Estados Unidos da América com sua revolução de independência. A partir daquele momento histórico, o conceito de democracia assumiu uma conotação fortemente positiva e, como graceja Bobbio, se levarmos em conta o modo como os

⁷ Ainda que, na teoria de Montesquieu sobre as formas de governo, a democracia não possuísse uma conotação negativa, chegando a ser colocada até como forma virtuosa de governo, ela era tratada sempre como a democracia antiga. “A república tratada em *O Espírito das Leis* pertence ao passado, cujos modelos são Esparta, Atenas e, sobretudo, Roma. Montesquieu não pensa realmente na república como forma de governo de seu tempo. (...) Não acredita na democracia como governo possível nem no presente nem no futuro; para ele essa virtuosa forma de governar-se pertence ao tempo passado” (Sorto, 2004, p. 81-83).

regimes definem a si mesmos, talvez não exista mais nenhum regime autoproclamado não-democrático em parte alguma do mundo (1991, p. 43).

Se com relação à diferença analítica entre as democracias as circunstâncias históricas fizeram o trabalho de a evidenciar; com relação a esta segunda diferença axiológica, Norberto Bobbio propõe a explicação através de uma mudança de valores (1991, p. 45). Para que se pudesse fazer um julgamento positivo sobre a democracia seria necessário afastar em definitivo a referência ao corpo coletivo como o *demos*, que pudesse ser interpretado de modo pejorativo, no sentido de massa, vulgo ou plebe. Afastada a referência ao *demos*, a concepção individualista da modernidade transformou a base fundamental da democracia daquele vetusto governo das massas ignorantes, no governo de indivíduos iguais, todos igualmente dignos de governar:

É desnecessário comentar que esta ideia de igualdade natural, a isogonia, constitui o fundamento da democracia moderna, a base ideal do governo democrático, fundado na concepção arraigadíssima (embora continuamente contestada) de uma natureza humana que faz os homens iguais em sua origem. Seu enraizamento posterior no pensamento político do Ocidente se deve à ideia cristã de irmandade dos homens, enquanto filhos do Deus único; a ideia que, secularizada pela doutrina da natureza comum dos homens, tornou-se um dos três princípios da Revolução Francesa. Não foi por acidente que essas ideias encontraram sua expressão racional ou racionalizada na doutrina do direito natural, cujos reflexos tiveram início tomando como ponto de partida o indivíduo singular como pessoa moral, dotada de direitos que lhe pertencem por natureza, e assim são inalienáveis e invioláveis.
(Bobbio, 1991, p. 47)

Essa mudança axiológica sobre o conceito de democracia coincidiu com a consolidação jurídica da ideologia do individualismo. O velho modelo holístico, em que a sociedade como um todo era o valor supremo, deu lugar definitivamente a um modelo individualista, em que o indivíduo se converte no valor supremo da sociedade. Dessa mudança de paradigma, o conjunto de valores e ideias que tem curso em um dado meio social, converte-se na ideologia moderna do individualismo (Dumont, p. 37). Na teoria política moderna desde Maquiavel, os direitos do homem individual estão em primeiro lugar a determinar a natureza das instituições públicas (Dumont, p. 74). O modelo holístico possibilitou a existência de uma democracia direta, mas o máximo que a ideologia moderna do individualismo permite é a existência de uma democracia representativa.

Quando se afirmou de início que os direitos políticos modernos pouco se identificam com aqueles antigamente considerados, adiantou-se essa mudança fundamental de paradigma axiológico. O corrupto governo dos inaptos se transfigurou na modernidade em um governo baseado no direito natural da igualdade fundamental entre todos os homens. A democracia

representativa – e o direitos políticos modernos a ela imbrincados – adquiriu inédito fundamento jurídico, um fundamento de direitos humanos.

Assim, as referências à democracia moderna como um governo do povo (pelo povo e para o povo) não passa de poesia repetida demagogicamente. O povo, coletivamente considerado, não pode ser o fundamento do governo democrático. Como arremata Bobbio (1991, p. 49), na democracia moderna o soberano não é o povo, mas sim todos os cidadãos. “Povo” é uma abstração, cômoda, mas falaciosa. Os indivíduos, com seus defeitos e interesses, são uma realidade. Não é sem razão que constituem fundamentos das democracias modernas as declarações dos direitos do homem e do cidadão, desconhecidas das antigas democracias.

Por tais motivos, as raízes dos direitos políticos atuais serão buscadas e analisadas dentro do sistema institucional que a criou, qual seja, a democracia representativa. Com isso se procura afastar desde já o estudo pormenorizado das instituições do mundo antigo, exceto quando elas foram necessárias à compreensão do modelo moderno. Isto porque, ainda citando Benjamin Constant (p. 12), devemos desconfiar dessa admiração irrefletida por certas reminiscências antigas; se vivemos nos tempos modernos, devemos querer a liberdade que convém aos tempos modernos.

1.2 A TEORIZAÇÃO DO FEDERALISMO AMERICANO

O que se denomina por direitos políticos modernos surgiu com a organização de instituições democráticas pelos revolucionários norte-americanos. Até aquele momento histórico, a democracia que se tinha notícia era a assembleia popular da Grécia antiga. Mesmo que a ideia de representação tenha sempre existido em qualquer sociedade, a inovação americana foi fazer a representação temporária e eleita a regra geral para os poderes Legislativo e Executivo, além de estabelecer precisos limites legais aos representantes no exercício do governo.

O significado político de representação consiste no vínculo estabelecido entre a sociedade e o poder, sintonizando a ação dos governantes e a aspiração dos governados (Voegelin, p. 07). Em outras palavras, os governos são tidos como representativos se eles fizerem o que é melhor para o povo, isto é, se agem no melhor interesse de, pelo menos, uma maioria dos cidadãos (PNUD, p. 17, nota 1). Nesse sentido, a inovação da moderna democracia americana foi transformar em regra a possibilidade da sociedade periodicamente aferir essa

sintonia entre a ação dos representantes e a aspiração dos eleitores, julgando se aqueles merecem continuar a representar as aspirações do corpo político. Nesse sentido, o modelo teórico americano foi completamente revolucionário e moldou a história dos direitos políticos a partir de então⁸.

A partir do século XVII, com o sepultamento do modelo medieval de sociedade e economia, verificou-se uma verdadeira "crise da consciência europeia", caracterizada pelo profundo questionamento das certezas tradicionais. Foi esse período que fez surgir, sobretudo na Inglaterra, um sentimento de liberdade alimentado pela memória de resistência à tirania que remetia à assinatura da Magna Carta de 1215. Nesse contexto foram produzidos dois instrumentos legais que serviram para aprofundar as conquistas inglesas: a Lei de Habeas Corpus (1679) e a Declaração de Direitos (*Bill of Rights*, 1689) – esta previa, inclusive expressamente, que a eleição dos membros do Parlamento deveria ser livre. Nesse período histórico, a instituição política chave para a limitação do poder monárquico e para a garantia dos direitos civis e políticos foi o Parlamento. A partir do *Bill of Rights*, a ideia de um governo representativo, ainda que não extensível a todo o povo, pois restrito às camadas superiores, começa a se firmar como uma garantia institucional indispensável das liberdades civis e dos direitos políticos (Comparato, p. 60).

Não obstante os inegáveis avanços verificados em terras inglesas desde o séc. XVII, os direitos políticos, tal como entendidos hoje, são herdeiros diretos das declarações de direitos do fim do séc. XVIII: Declaração de Direitos do Bom Povo da Virgínia (1776), Declaração de Independência dos Estados Unidos (1776) e Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789). Nelas, estabeleceu-se a distinção entre a liberdade pública, com o sentido político de autogoverno, e as liberdades privadas, como instrumentos de defesa do cidadão contra as interferências governamentais (Comparato, p. 76-77). Já no séc. XX, a Declaração Universal dos Direitos do Homem e o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos traçaram a feição mais atual desses direitos de representação e, ao assim fazerem, terminaram por afirmar a democracia como um direito humano (Comparato, p. 334), conforme tracejado feito ao longo do presente capítulo.

A declaração solene no final do século XVIII de que todos os seres humanos são essencialmente iguais, em dignidade e direitos, provocou uma mudança radical nos

⁸ Desde que foi “inventada”, a representação tem sido objeto de inúmeras controvérsias e acirrados debates, além de ser recorrentemente “reinventada”, com vistas ao aprofundamento e ao aperfeiçoamento das ordens políticas contemporâneas. Nas democracias representativas a sempre recorrente discussão sobre reforma política remete imediatamente, ainda que não exclusivamente, ao tema da reforma da representação (PNUD, p. 18).

fundamentos da legitimidade política. A Declaração de Direitos do Bom Povo da Virgínia (1776, art. 6º), enunciando "direitos que eram a base e fundamento do governo", estabelece que "todo poder é inerente ao povo e, conseqüentemente, dele procede". Em seguida, continua: "os magistrados são seus mandatários e seus servidores e, em qualquer momento, perante ele [o povo] responsáveis" (II). Em decorrência desse postulado, anuncia:

O governo é instituído, ou deveria sê-lo, para proveito comum, proteção e segurança do povo, nação ou comunidade; que de todas as formas e modos de governo esta é a melhor, a mais capaz de produzir maior felicidade e segurança, e a que está mais eficazmente assegurada contra o perigo de um mau governo; e que se um governo se mostra inadequado ou é contrário a tais princípios, a maioria da comunidade tem o direito indiscutível, inalienável e irrevogável de reformá-lo, alterá-lo ou aboli-lo da maneira considerada mais condizente com o bem público (III).

Após prever a transitoriedade dos cargos de magistrado, legislador e juiz (IV), a declaração da Virgínia prevê:

Os poderes legislativo, executivo e judiciário do Estado devem estar separados e que os membros dos dois primeiros poderes devem estar conscientes dos encargos impostos ao povo, deles participar e abster-se de impor-lhes medidas opressoras; que, em períodos determinados devem voltar à sua condição particular, ao corpo social de onde procedem, e suas vagas se preencham mediante eleições periódicas, certas e regulares, nas quais possam voltar a se eleger todos ou parte dos antigos membros (dos mencionados poderes), segundo disponham as leis (V).

A seguir, a declaração consignou que as eleições dos representantes do povo deveriam ser livres e que "todos os homens que deem provas suficientes de interesse permanente pela comunidade, e de vinculação com esta, tenham o direito de sufrágio" (VI).

No mesmo ano, a Declaração de Independência dos Estados Unidos (1776), que Fábio Konder Comparato considera "o ato inaugural da democracia moderna" (p. 111), já na sua parte introdutória, demonstra a característica fundamental do governo instituído: a submissão dos poderes governamentais ao consentimento popular (*government by consent*). Literalmente, consta do documento o seguinte:

Consideramos estas verdades como evidentes por si mesmas, que todos os homens são criados iguais, dotados pelo Criador de certos direitos inalienáveis, que entre estes estão a vida, a liberdade e a procura da felicidade. Que a fim de assegurar esses direitos, governos são instituídos entre os homens, derivando seus justos poderes do consentimento dos governados; que, sempre que qualquer forma de governo se torne destrutiva de tais fins, cabe ao povo o direito de alterá-la ou aboli-la e instituir novo governo, baseando-o em tais princípios e organizando-lhe os poderes pela forma que lhe pareça mais conveniente para realizar-lhe a segurança e a felicidade.

O modelo de *government by consent*, por sua influência ideológica e pela força político-econômica da nação norte-americana, tornar-se-ia em poucas décadas prevalecente no Ocidente e em boa parte do Oriente. Para Comparato, a característica mais notável da Declaração de Independência reside no fato de ser ela o primeiro documento a afirmar os princípios democráticos na história política moderna, pois doravante os juízes supremos dos atos políticos deixavam de ser os monarcas ou os chefes religiosos e passavam a ser todos os homens, indiscriminadamente⁹. A ideia de uma declaração à humanidade está intimamente ligada ao princípio de nova legitimidade política: a soberania popular (p. 117-118).

A primeira teorização sobre os governos populares modernos se deu em uma série de ensaios publicados na imprensa de Nova York, entre 27 de outubro de 1787 e 04 de abril de 1788 (Weffort, p. 247). Escritos por Alexander Hamilton, James Madison e John Jay, indistintamente sob o pseudônimo de *Publius*, os 84 artigos publicados foram posteriormente reunidos sob o título *O Federalista*.

Após a declaração de independência, as colônias americanas se agruparam em uma confederação e, em 1781, os treze Estados celebraram um tratado de união perpétua conhecido como Artigos da Confederação. Passados alguns anos, o modelo confederativo apresentou diversos problemas, especialmente decorrentes da inexistência de um poder central que fizesse valer suas decisões aos estados confederados. A fim de rever os Artigos da Constituição, o Congresso recomendou a convocação, na Filadélfia, em maio de 1787, de uma Convenção Federal, sob a presidência de George Washington. A convenção, uma vez instaurada, não se limitou, todavia, a rever os termos da confederação, ela foi além de sua delegação e elaborou um texto constitucional que propôs a instituição de um novo tipo de Estado e de governo, em substituição ao texto da frágil confederação vigente na época (Sorto, 1996, p. 136).

O novo texto constitucional foi aprovado pelo Congresso e passou a depender da ratificação de ao menos nove dos treze estados para entrar em vigor. A disputa pela ratificação

⁹ À bem da verdade, a declaração de independência americana fazia uma seletiva exclusão de determinadas categorias de pessoas da representação política. Nela não se incluíam os escravos, as mulheres e os índios americanos (Zinn, p. 72/74), todas pessoas indesejáveis à nova ordem que se iniciava. Embora demandas por um governo mais representativo nas colônias inglesas da América estivesse na pauta das reivindicações dos movimentos populares que culminaram com a revolução americana, Howard Zinn enxerga a declaração de independência como uma forma encontrada pelas elites coloniais americanas para unir os pobres e insurgentes de todo tipo contra um inimigo comum, a Inglaterra (p. 62 e 72). Contudo, fazendo uma análise mais ampla desse documento político, entende-se que os fatores reais de poder que, na época, originaram o documento não parecem ter importância maior do que o rompimento que a declaração produziu na história das instituições políticas do mundo ocidental. Basta lembrar que mesmo os escravos, as mulheres e os índios foram incorporados à democracia americana nos anos que se seguiram por meio das mesmas instituições que inicialmente os excluiu. A lição dessa passagem parece apontar para o fato de que as instituições democráticas não nascem prontas e acabadas, elas nascem das circunstâncias do momento político. No entanto, elas se desenvolvem à luz dos novos valores que aquela sociedade passa a abrigar com o tempo.

se fez em três grupos: aquele que eram favoráveis à ratificação, denominados federalistas; os contrários à ratificação, denominados antifederalistas (cujos argumentos foram expostos nas Cartas do Agricultor Federal ao Republicano, sob a direção de Richard Henry Lee); e aqueles que não eram contrários à ratificação, mas não concordavam inteiramente com o texto adotado, especialmente por ele não contemplar uma declaração de direitos, como Benjamim Franklin e Thomas Jefferson (Sorto, 1996, p. 137-139).

Os textos de *O Federalista* expuseram, em jornal de grande circulação e para debate público, a teoria política que fundamentou o novo texto constitucional proposto, com objetivo de contribuir para a sua ratificação pelos estados federados. A inquietude daqueles pensadores foi exposta na indagação sobre se os homens seriam capazes de “dar a si mesmos um bom governo por própria reflexão e escolha, ou se a Providência os condenou a receberem eternamente a sua Constituição política, da força ou do acaso” (Hamilton, p. 13). Isso porque, naquele período histórico, a concepção dominante sobre a democracia ainda se encontrava permeada por aqueles preconceitos derivados da antiguidade. O pensamento político da época desconfiava da possibilidade prática de se implementar um governo popular inédito nos estados modernos, como se propunha a nova constituição americana.

O desafio teórico enfrentado por *O Federalista* foi o de desmentir os dogmas arraigados de longa tradição naquele pensamento político, como se essa tradição fosse a única pedra de toque da verdade. Tratava-se de demonstrar que o espírito comercial da época não impedia a constituição de governos populares e, tampouco, estes dependiam exclusivamente da virtude do povo ou precisavam permanecer confinados a pequenos territórios. Estes postulados são literalmente invertidos: aumentar o território e o número de interesses seriam benéficos à sorte desta forma de governo. Pela primeira vez na história da teoria política, a teorização sobre os governos populares deixava de se mirar nos exemplos da antiguidade, iniciando-se, assim, sua teorização eminentemente moderna (Weffort, p. 247).

Em sua argumentação, os autores de *O Federalista* sublinhavam na confederação de estados a inexistência de um poder central com condição de fazer cumprir as normas por ele emitidas. O novo modelo federal previa a existência de um governo central denominado União, que se relacionava com os estados federados e também direta e ineditamente com os cidadãos, ao contrário do modelo confederativo. No bojo das discussões sobre esse inédito modelo de estado federal é que os autores de *O Federalista* teorizaram sobre a democracia representativa e os direitos políticos modernos.

O tom realista – quando não pessimista – dos autores sobre o comportamento dos homens na condução do governo direciona ao tema principal dos ensaios: a necessidade de se

estabelecer controles bem definidos sobre os detentores do poder, gênese da conhecida teoria dos freios e contrapesos (*theory of checks and balances*). Assim, as estruturas internas do governo foram pensadas de tal forma que funcionassem como uma defesa contra a tendência natural dos homens em tornar o poder arbitrário e tirânico (Weffort, p. 249).

Efetivamente, a linha adotada pelos federalistas possuía um caráter pragmático e imediatista. Questões meramente teóricas, como a origem do governo ou da sociedade civil, não foram discutidas. Eles partiram, realmente, do fato concreto de haver uma sociedade já instituída, que precisava ser aperfeiçoada e solidificada, mediante a criação de um bom governo. E qual seria esse bom governo, caberia indagar. Seria o melhor possível, diria Madison, dada a natureza do homem (Sorto, 1996, p. 142). Em famosa passagem de *O Federalista*, consta:

Se os homens fossem anjos, não haveria necessidade de governo; e se anjos governassem os homens, não haveria necessidade de meio algum externo ou interno para regular a marcha do governo: mas, quando o governo é feito por homens e administrado por homens, o primeiro problema é pôr o governo em estado de poder dirigir o procedimento dos governados e o segundo obrigá-lo a cumprir as suas obrigações. A dependência em que o governo se acha do povo é certamente o seu primeiro regulador; mas a insuficiência desse meio está demonstrada pela experiência. (Hamilton, p. 318)

Os artigos n. 09 e n. 10, escritos por James Madison sob o título *Utilidade da União como salvaguarda contra as facções e as insurreições*, representa o ponto alto da teorização sobre a incipiente democracia representativa. Até aquele momento histórico, as discussões em torno dos diversos grupos de interesses que habitavam o interior de um sistema democrático (lembre-se que o paradigma vigente ainda era a democracia antiga), resumia-se a dizer que a sorte dos governos populares residiria na eliminação dessas facções¹⁰.

A contribuição de Madison foi justamente enxergar a existência de facções e grupos de interesses diversos dentro do governo democrático livre como algo legítimo e intrínseco à própria natureza humana¹¹, não sendo crível a superveniência de um governo onde todos quisessem as mesmas coisas ao mesmo tempo.

¹⁰ O autor chama de facção “uma reunião de cidadãos, quer formem a maioria ou a minoria do todo, uma vez que sejam unidos e dirigidos pelo impulso de uma paixão ou interesse contrário aos direitos dos outros cidadãos, ou ao interesse constante e geral da sociedade” (Hamilton, p. 60).

¹¹ “A natureza humana encerra germens escondidos de facções; e nós os vemos desenvolver-se com diferentes graus de atividade, segundo as diferentes combinações das sociedades humanas. O zelo por opiniões diferentes em objetos de religião, de governo, de especulação ou de prática - a afeição a chefes cuja ambição disputa a preeminência ou o poder, ou a outras pessoas cuja fortuna interessa às paixões humanas, têm formado continuamente partidos entre os homens; têm excitado neles animosidades recíprocas; têm-nos disposto a atormentar-se e a perseguir-se uns aos outros, em vez de trabalharem de mãos dadas na sua prosperidade comum” (Hamilton, p. 61).

Perfilhando-se a um pensamento liberal e extremamente realista, Madison sustenta que, se a existência de facções é inevitável, o problema passa a ser o de impedir que um dos diferentes interesses ou opiniões presentes na sociedade venha a controlar o poder com vistas à promoção única e exclusiva de seus objetivos. O princípio da decisão por maioria, regra fundamental dos governos populares desde a antiguidade, passa a representar uma ameaça aos direitos das facções minoritárias, pois também à maioria se aplicaria a tendência natural ao abuso do poder quando não lhe são estabelecidos freios (Weffort, p. 253). Eis o paradoxo da teoria da democracia então vigente: o maior risco de que ela degenere em tirania reside justamente no poder conferido à maioria, a cognominada “tirania da maioria”.

Para correção de tais efeitos maléficos, Madison indicou uma solução republicana que respeitava a teoria democrática e não subvertia a lógica do governo popular. O que ele propõe, em verdade, é uma nova espécie de governo popular, chamada por ele de “república representativa” (Hamilton, p. 64), desconhecida na antiguidade e ausente da teoria política até nas obras de Rousseau e Montesquieu. A solução de Madison para o problema da “tirania da maioria” perpassaria por duas medidas.

De um lado, a criação do instituto da representação, como eficaz “filtro” que possibilitaria entregar o leme do estado a homens imunes ao partidarismo, aptos a optarem pelos verdadeiros interesses do povo. Esses representantes, distribuídos em duas casas legislativas (a Câmara e o Senado), estariam mais imunizados à influência das facções do que a massa do povo e suas paixões, em suas votações sob assembleia. No entanto, na linha do pensamento realista de Madison, a representatividade embora pudesse amenizar os efeitos das facções, nada impediria que representantes dessas mesmas facções conseguissem obter (por intriga, por corrupção ou outros meios) votos do povo para lhe atraiçoar os interesses em seguida (Hamilton, p. 64). Para esse tipo de cooptação do representante é que justamente foi pensado o sistema de controles recíprocos das funções do estado (*theory of checks and balances*) e a temporariedade dos mandatos.

A segunda medida proposta por Madison, com o objetivo de atenuar o poder dos grupos de pressão dentro do governo, foi aumentar a área e o número de cidadãos sob a jurisdição de um único governo. Sob um território mais extenso e com um número maior de cidadãos, cresceria o número de interesses em conflito de tal sorte que, ou não existiria um interesse que reúna a maioria dos cidadãos, ou, na pior das hipóteses, seria difícil que a facção se organizasse para agir. Ou seja, a partir da multiplicação de facções se chega à sua neutralização recíproca, tornando impossível o controle exclusivo do poder por apenas uma delas. Mais uma vez, dando mostra de seu grande senso que realismo, Madison diria que o

preço que se pode pagar por essa solução poderia ser a paralisia do governo, com o choque de vários interesses a bloquear qualquer iniciativa das partes. A solução para o mal das facções poderia acarretar um mal maior: o não-governo (Weffort, p. 254).

Após se deterem sobre assuntos mais gerais, os autores de *O Federalista* passaram, a partir do capítulo 52, a tratar sobre os institutos que modernamente mais se identificam com o conceito de direitos políticos, quais sejam: o direto de voto e as condições de elegibilidade dos candidatos.

Aqueles primeiros teóricos da moderna democracia consideravam fundamental ao “governo republicano” proposto a fixação do direito ao voto no texto da Constituição Federal, retirando dos estados a possibilidade de dele disporem (Hamilton, p. 323). Quanto às condições de elegibilidade dos representantes do povo, pensou-se em um modelo baseado em requisitos objetivos mínimos¹², que significassem uma “porta aberta ao merecimento de todos os gêneros, quer ele se encontre em naturais ou adotivos, em ricos ou em pobres, em velhos ou em moços, em protestantes ou em católicos” (Hamilton, p. 324).

A quantidade de representantes diretamente proporcional à população de cada estado¹³, se deputados, ou em número fixo, se senadores; e a duração dos mandatos desses representantes legislativos e dos chefes do Poder Executivo são discutidas em passagens que indicam o avanço daquele pensamento teórico aplicado a um governo popular. Nota-se que a justificativa encontrada pelos federalistas para a temporariedade dos mandatos, como contínua prestação de contas dos atos de governo e relegitimação dos mandatos, permanece ainda hoje como sustentáculo da eleição periódica¹⁴.

Os autores já haviam antevisto naquela época que a vantagem mais importante do sistema criado pela Constituição Americana sobre as outras repúblicas é ter por base o princípio representativo (Hamilton, p. 383). Para eles, essa representação do povo se dava em termos do

¹² “Um representante dos Estados Unidos não pode ter menos de 25 anos de idade, nem menos de 7 de cidadão e é, além disso, necessário que na época da sua eleição seja habitante do Estado que deve representar, e que, durante o tempo das suas funções, não exerce emprego conferido pelos Estados Unidos” (Hamilton, p. 323).

¹³ “É um dos princípios fundamentais da nova Constituição que o Governo Federal deve regular pela população de cada Estado o número de representantes que ele deve mandar e que esses representantes devem ser eleitos pelos cidadãos a quem as leis particulares de cada Estado tiverem conferido esse direito” (Hamilton, p. 336). Com esta última ressalva, os teóricos do federalismo contornaram a espinhosa situação dos escravos nos estados do sul, que, por não serem cidadãos de acordo com as leis daquelas localidades, não poderiam eleger representantes para o Congresso Nacional. A questão somente seria resolvida muitas décadas depois com o fim da Guerra Civil americana.

¹⁴ “A câmara dos deputados está constituída de tal maneira que a dependência em que os seus membros estão do povo deve andar-lhe sempre diante dos olhos. Antes do hábito do poder ter tido tempo para apagar os sentimentos que a maneira por que foram elevados lhes inspirou, já eles devem prever o momento em que o seu poder vai cessar - em que o uso que dele tiverem feito vai ser examinado -, em que hão de tomar a descer ao ponto de onde partiram, para nele ficarem para sempre, se não tiverem merecido a honra da reeleição pela sua fidelidade no desempenho de suas funções” (Hamilton, p. 350-351).

mandato de direito privado¹⁵.

A originalidade e o pragmatismo do pensamento político dos autores de *O Federalista* marcou o início das considerações teóricas sobre a democracia representativa recém-inaugurada e foi fundamental para a ratificação da constituição americana pelos estados federados. Se é certo que a ratificação do texto constitucional se deu por maioria, na época em que o primeiro dos artigos de *O Federalista* veio a lume nenhum dos Estados confederados ainda o havia ratificado.

Como salienta Fredys Orlando Sorto, em *O Federalista e a Constituição dos Estados Unidos*, a constituição americana não foi fruto de celeridade, de pressões, de lágrimas ou de uma revolução. Ela provém da maturidade de certos homens que compreenderam a natureza humana; provém de negociações, de acordos, de concessões mútuas, da moderação e do pragmatismo (Sorto, 1996, p. 142). Alexander Hamilton (1757-1804) tronou-se Secretário do Tesouro dos Estados Unidos durante o governo de George Washington; James Madison (1751-1836) foi reconhecido o “pai da constituição”, membros da Câmara dos Deputados (1789-1797), Secretário de Estado no governo Jefferson (1801-1809) e eleito duas vezes presidente dos EUA (1809-1817); e John Jay (1745-1829) foi o primeiro presidente da Suprema Corte americana (1789-1795) e governador de Nova York por dois mandatos (1795-1801).

Há, contudo, quem enxergue na constituição americana e nos artigos escritos para defender a sua ratificação apenas a retórica que consolidou e legitimou juridicamente uma perversa situação fática anterior à revolução: a posição inferior dos negros e índios, a invisibilidade da mulher na política e a supremacia do rico e poderoso homem branco detentor de terras. Para Howard Zinn, em seu *A People's History of the United States*, o governo instituído pós-revolução não era neutro e todas as vantagens democráticas acima referidas foram inseridas na constituição para atender, na verdade, uma série de interesses econômicos da rica e poderosa classe dominante. Em sua visão, quando interesses econômicos são vistos por trás dos artigos da constituição, então o documento se transforma não em um trabalho de homens sábios tentando estabelecer uma decente e ordeira sociedade, mas o trabalho de certos grupos tentando manter seus privilégios enquanto dá ao povo apenas direitos e liberdades suficientes para que este os dê suporte popular (p. 89-97).

¹⁵ “Todo ato de uma autoridade delegada contrário aos termos da comissão é nulo. Esse princípio é indubitável; e, portanto, todo o ato do corpo legislativo, contrário à Constituição, não pode ter validade. Negar isso seria o mesmo que dizer que o delegado é superior ao constituinte, o criado ao amo, os representantes do povo ao povo que representam; ou que aqueles que obram em virtude de poderes delegados, tanta autoridade têm para o que esses poderes autorizam, como para o que eles proíbem” (Hamilton, p. 459).

Não obstante as críticas do autor à Constituição americana e aos direitos políticos por ela previstos, parece que a premissa de se assumir que o governo deva ser neutro e não atender a nenhum interesse quando da fundação de uma nova ordem constitucional, ignora todos os fatores reais de poder por trás do texto de cada documento jurídico ou políticos que a história já produziu. De fato, a constituição americana não foi diferente de outros documentos de sua natureza que vieram antes ou depois, ela criou institutos jurídicos que atendiam a interesses políticos e econômicos das pessoas que capitanearam a mudança de paradigma. Até aí não há nenhuma novidade e tal constatação não deslegitima as instituições inauguradas pela Constituição americana.

Não se nega que o texto excluiu politicamente negros, índios e mulheres, nem a isso se procura justificar – até porque a história não precisa de justificativas –, mas, como já se disse em relação à declaração de independência acima, aqui também os fatores reais de poder que, na época, originaram a constituição não parecem ter importância maior do que o rompimento que o documento produziu na história das instituições políticas do mundo ocidental. Basta lembrar que mesmo os escravos, as mulheres e os índios foram incorporados à democracia americana nos anos que se seguiram por meio das mesmas instituições que inicialmente os excluiu.

A lição que se extrai dessa crítica à constituição americana parece estar na constatação desapassionada de que as instituições democráticas não nascem prontas e acabadas, elas nascem das circunstâncias do momento político, com todos os seus vícios e virtudes. No entanto, essas mesmas instituições democráticas podem se desenvolver à luz de novos valores que aquela sociedade passe a privilegiar com o tempo, sem necessidade de abandono do regime representativo que as originou – e aqui talvez resida a sua grandeza.

Aliás, os estudos sobre os movimentos parlamentares no interior dos órgãos legislativos, sobretudo no Congresso americano, nos quais predominam comportamentos adotados não por forças históricas impessoais, mas sim por um cálculo estratégico de cada um dos atores, estão na base de todas as teorias neo-institucionalistas da escolha racional (Hall, p. 206).

1.3 INTERNACIONALIZAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS POLÍTICOS

Conquanto seja contemporânea a compreensão dos Direitos Humanos como uma unidade indivisível, interdependente e inter-relacionada, na qual os valores de igualdade e liberdade se conjugam e se completam (Piovesan, p. 69), não se pode negar o caráter progressivo com que tais direitos foram surgindo e se sedimentando no seio das sociedades.

Com relação aos direitos políticos modernos, seu marco divisório reside no processo de consolidação da democracia representativa nos Estados Unidos da América, tal como exposto acima. Na sequência histórica de sua evolução, o marco seguinte foi a Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789.

Ela proclama que "toda a soberania reside essencialmente na Nação. Nenhuma corporação, nenhum indivíduo pode exercer autoridade que aquela não emane expressamente" (art. 3º). E mais:

Art. 6º - A Lei é a expressão da vontade geral. Todos os cidadãos têm o direito de concorrer, pessoalmente ou através dos seus representantes, para a sua formação. Ela deve ser a mesma para todos, quer se destine a proteger quer a punir. Todos os cidadãos são iguais a seus olhos, são igualmente admissíveis a todas as dignidades, lugares e empregos públicos, segundo a sua capacidade, e sem outra distinção que não seja a das suas virtudes e dos seus talentos.

Nota-se que a acepção de liberdade política para os revolucionários franceses era mais ligada à libertação da "tirania monárquica" do que a efetiva instauração de um regime plúrimo de liberdades individuais (Comparato, p. 150). Ao buscar outro fundamento para a soberania, em substituição do monarca, os revolucionários franceses não elegeram o "povo" (soberania popular) justamente porque este termo envolveria todos os integrantes do Terceiro Estado – além da burguesia, os trabalhadores, os camponeses e a massa de não proprietários. Se a burguesia estava na vanguarda da revolução, não lhe convinha atribuir a todo "povo" o fundamento da soberania. Assim, contornando o problema conceitual, mas de importância fundamental para o Estado francês recentemente refundado, os revolucionários fizeram constar na declaração que *"toda a soberania reside essencialmente na Nação"*, entidade ainda mais abstrata que o conceito de "povo" e voltada a servir ideologicamente aos propósitos da burguesia, pois "obtinha com isso a classe burguesa, logo no início do movimento

revolucionário, o exercício efetivo e exclusivo do poder político em nome de todos os cidadãos" (Comparato, p. 157)¹⁶.

O caráter geral e abstrato da declaração francesa, voltado a todos os homens, ainda que não franceses, distinguem-na das suas predecessoras americanas, que estavam mais interessadas em firmar sua independência e estabelecer seu próprio regime político do que levar a ideia de liberdade a outros povos (Comparato, p. 145). No entanto, analisando esse período crucial para a ciência política, é certo que nenhum desses movimentos em direção à democracia foi pensado para a defesa do pobre contra a minoria rica. Ao contrário, a democracia foi o meio encontrado pela burguesia para extinguir os antigos privilégios do clero e da nobreza e tornar o governo responsável perante a classe burguesa. Como assevera Comparato, a democracia moderna, reinventada quase ao mesmo tempo na América do Norte e na França, foi a defesa possível dos proprietários ricos contra um regime de privilégios estamentais e de governo irresponsável (p. 63-64).

Essas declarações de direitos do final do século XVIII, tiveram o mérito ainda de fazer uma salutar divisão didática entre as liberdades públicas, com o sentido de autogoverno, e as liberdades privadas, como instrumento de defesa do cidadão contra as interferências governamentais. No entanto, a experiência veio demonstrar a íntima relação entre essas duas dimensões da liberdade: a liberdade política sem as liberdades individuais não passa de engodo demagógico de Estados autoritários ou totalitários; e as liberdades individuais, sem a efetiva participação política do povo no governo, mal escondem a dominação oligárquica dos mais ricos (Comparato, p. 77).

Essa visão de democracia como movimento burguês somente veio a mudar após a II Guerra Mundial e a adoção pela Assembleia das Nações Unidas da *Declaração Universal dos Direitos Humanos*, em 10 de dezembro de 1948. Efetivamente, as graves e inéditas violências contra os direitos humanos¹⁷ levaram a ONU a encarregar a Comissão de Direitos Humanos da elaboração, primeiramente, de uma declaração de direitos humanos; em seguida, de pactos vinculantes para os estados; e, por fim, da institucionalização de mecanismos internacionais de proteção dos direitos humanos. A Declaração Universal de 1948 correspondeu ao primeiro

¹⁶ Na rápida sucessão de diplomas legislativos que se seguiu aos anos da Revolução Francesa, a Declaração de Direitos da Constituição de 1793 (Ano I), ao instituir a República, atribuiu ao povo a soberania do Estado (art. 25 e 26) e aboliu as diferenças de votos entre os cidadãos (art. 29). Todavia, esta Constituição não chegou a ser aplicada, pois foi imediatamente substituída pelo governo provisório, marcado pelo radicalismo do "Terror".

¹⁷ Violações inclusive contra os direitos de natureza política, posto que os Estados totalitários – notadamente a Alemanha nazista, a Itália fascista e a Rússia soviética – excepcionaram a democracia e manipularam os direitos de voto como eficientes instrumentos para consecução de seus projetos de poder.

passo; os tratados de 1966, ao segundo; e o aprimoramento da proteção internacional a estes direitos é um processo em construção até os dias de hoje.

Ainda que formalmente a Declaração não seja um tratado internacional – ela foi adotada na forma da Resolução n. 217 A (III) –, parece inegável que se trata da forma mais bem-acabada, até aquele momento histórico, de um processo ético de reconhecimento universal de certos valores básicos à convivência dos povos e direitos inalienáveis dos cidadãos de qualquer estado. Em verdade, a autoridade moral da Declaração advém de ser pioneira no que se refere à instituição do catálogo de direitos universais, de ser representativa da condição humana e de ser, quem sabe, a única possível neste mundo tão complexo, tão cheio de contrastes e relativismos (Sorto, p. 32).

Especificamente sobre os direitos humanos de natureza política, a Declaração da ONU de 1948 proclama que:

Art. XXI - Toda pessoa tem o direito de tomar parte no governo de seu país, diretamente ou por intermédio de representantes livremente escolhidos" e que "a vontade do povo será a base da autoridade do governo; esta vontade será expressa em eleições periódicas e legítimas, por sufrágio universal, por voto secreto ou processo equivalente que assegure a liberdade de voto.

A Declaração terminou por inspirar diversos diplomas legislativos que vieram a concretizar o direito de todos a eleições livres e corretas (*free and fair elections*). Essas regras, os *international electoral standards*, tem como destinatárias naturais as democracias emergentes. Um dos pontos essenciais de todo e qualquer instrumento internacional que se refira aos mencionados *standards* diz respeito à necessidade do estabelecimento de padrões de confiabilidade, imparcialidade política, correção e eficácia administrativa da *authority* na administração e condução do processo eleitoral e dos procedimentos correlatos de fiscalização, votação, apuração e proclamação dos resultados. Essas estruturas organizacionais e administrativas básicas, as quais se incumbem das importantes tarefas que englobam toda a condução do processo eleitoral – e em última análise atuam como garantes do devido processo legal eleitoral – são conhecidas como *electoral management bodies* (ESMPU, p. 134).

Ademais, na Declaração se afirma a democracia como o único regime político compatível com o pleno respeito aos direitos humanos (Art. XXI e XXIX, 2), motivo pelo qual, para Fábio Konder Comparato, o regime democrático não é, pois, uma opção política entre outras, mas a única solução legítima para a organização do Estado (p. 246).

Na fase de aprofundamento do reconhecimento dos direitos políticos em âmbito internacional, a ONU adotou em 31 de março de 1953 a Convenção sobre os Direitos Políticos

da Mulher¹⁸ que, na esteira da Declaração de 1948, prevê que elas "terão, em igualdade de condições com os homens, o direito de voto em todas as eleições, sem nenhuma restrição" (art. 1º) e "serão, em condições de igualdade com os homens, elegíveis para todos os organismos públicos de eleição, constituídos em virtude da legislação nacional, sem nenhuma restrição" (art. 2º).

Em cumprimento à segunda etapa do processo de institucionalização dos direitos humanos, a Assembleia Geral da ONU adotou, em 16 de dezembro de 1966, o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos e o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais¹⁹.

No primeiro desses tratados, especialmente importante para esse estudo dissertativo, os direitos políticos vêm lapidarmente insculpidos no art. 25, ao se dispor que "todo cidadão terá o direito e a possibilidade, sem qualquer das formas de discriminação mencionadas no artigo 2º e sem restrições infundadas: a) de participar da condução dos assuntos públicos, diretamente ou por meio de representantes livremente escolhidos". Em seguida, o Pacto assegura os agora tradicionais direitos "de votar e de ser eleito em eleições periódicas, autênticas, realizadas por sufrágio universal e igualitário e por voto secreto, que garantam a manifestação da vontade dos eleitores".

A particularidade destes textos convencionais internacionais é que eles não estabelecem direitos políticos baseados em único conceito válido de democracia ou prescrevem um particular tipo de sistema eleitoral. Os tratados entendem que o sistema político de cada Estado é produto de diversos fatores históricos, culturais e religiosos e o art. 25 estabelece, sim, um consenso mínimo que obriga todos os estados a permitir que seus cidadãos tomem parte, direta ou indiretamente, na condução dos assuntos públicos, sem definir cada modelo que o sistema político deva adotar (Kälin, p. 480).

Especificamente sobre esse artigo 25 do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, Fábio Konder Comparato chama atenção para o fato de ele compreender os principais direitos humanos referentes à participação do cidadão no governo de seu país e a afirmação do direito à democracia como direito humano. Segundo o autor, porém, faltou precisar que o titular desse direito não é cada cidadão isoladamente considerado, como se se tratasse de um direito individual, mas o povo, em sua realidade orgânica. Com efeito, cada cidadão tem, por exemplo, o direito individual ao voto nas eleições políticas, mas o direito à democracia é de natureza

¹⁸ Aprovada no Brasil pelo Decreto Legislativo n.º 123/55, ratificada em 13/08/1963 e em vigor a partir de 11/11/1964.

¹⁹ Ambos ratificados pelo Brasil por meio do Decreto Legislativo n. 226/92 e promulgados pelo Decreto n. 592/92.

coletiva e tem por titular o próprio povo. É de se assinalar, no artigo, a afirmação de que todos têm direito de participar diretamente da condução dos assuntos políticos, constante da alínea *a*, como complemento indispensável ao mecanismo eleitoral-representativo, na democracia hodierna (p. 334). Essa ressalva feita por Comparato agrega ao conceito de direitos políticos todas as conotações reconhecidas a eles no presente texto dissertativo, na esteira da conceituação que abriu o presente capítulo.

Atualmente, as considerações sobre os direitos políticos no âmbito do direito internacional encontram-se pautadas pela discussão sobre esse direito humano da coletividade à democracia. Vale dizer, a democracia sendo reconhecida, ela mesma, como uma nova dimensão dos direitos humanos, fruto do fim da Guerra Fria e da confrontação ideológica, da onda de democratização – a chamada expansão democrática de “terceira onda” de Samuel P. Huntington – e a queda dos regimes totalitários e autoritários em muitas partes do mundo.

A Conferência Mundial de Viena sobre Direitos Humanos, realizada em 1993, inseriu em sua declaração final que democracia, desenvolvimento e respeito aos direitos humanos e liberdades fundamentais são interdependentes e se fortalecem mutuamente. Janusz Symonides sustenta não haver dúvidas de que somente a democracia pode garantir os direitos humanos na realidade, por se tratar do sistema político que melhor permite o livre exercício dos direitos individuais. Entretanto, o autor chama a atenção para a existência de outro lado da relação entre esses fenômenos: a democracia também não se firma sem o respeito pelos direitos humanos. Vale dizer, os direitos humanos constituem parte intrínseca da democracia porque a garantia de liberdades básicas é condição essencial para que a voz do povo seja efetiva nos assuntos públicos e para que seja garantido o controle popular sobre o governo. Portanto, os direitos civis e políticos são parte integrante da democracia, estando os direitos econômicos e sociais em relação de dependência recíproca com ela. Como estabelece a Declaração Universal sobre Democracia, adotada pela União Interparlamentar, no Cairo, em 16 de dezembro de 1997, a democracia é um ideal e também um objetivo, reconhecido universalmente, configurando-se, pois, como um direito básico de cidadania (Symonides, p. 25-26).

A interdependência entre o respeito aos direitos humanos, a democracia participativa e a paz tornaram-se ainda mais evidente nos anos 90 do século passado, como resultado da proliferação de conflitos internos. As maciças e flagrantes violações de direitos humanos, as manifestações de discriminação contra minorias e outros grupos vulneráveis, as manifestações de racismo, de xenofobia e de nacionalismo étnico estão, hoje, entre as principais fontes de conflitos que assolam a comunidade internacional.

Os processos de manutenção e reconstrução da paz e os acordos assinados nos conflitos internos preveem ações e medidas para proteger e fortalecer os direitos humanos, realizar eleições livres e constituir instituições democráticas que, juntas, são acertadamente vistas como uma importante garantia da paz. Por isso mesmo, a assistência eleitoral para as novas democracias ou democracias restauradas tornou-se parte imprescindível das atividades atuais das Nações Unidas (Symonides, p. 27)²⁰.

Com essas considerações, procurou-se abrir essa dissertação com capítulo que precisasse os conceitos de direitos políticos, cidadania e democracia. Ademais, procurou-se aclarar que os modelos democráticos com os quais se trabalharia não seriam aqueles da antiguidade, mas tão somente as instituições advindas do processo irreversível de aprofundamento da representação inaugurado, nos moldes atuais, pelos movimentos revolucionários americano e francês do final do séc. XVII.

Com a sinalização da evolução desses direitos políticos ao longo do séc. XX até o estágio atual, em que se reconhece nos fóruns internacionais o direito político de democracia como um direito humano em si mesmo, pretende-se no capítulo seguinte dissertar como esta sorte de direitos alegadamente evoluíram no Brasil até o advento da Lei Complementar n. 135/2010 – Lei da “Ficha Limpa”.

²⁰ As atividades das Nações Unidas para apoiar a democracia e a governança são realizadas através do Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD), do Fundo de Democracia das Nações Unidas, do Departamento de Operações de Paz da ONU, do Departamento de Assuntos Políticos e do Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos etc., e incluem: ajuda aos parlamentos para melhorar controles e balanços, que permitem a prosperidade da democracia; ajuda ao fortalecimento da imparcialidade e da efetividade do mecanismo dos direitos humanos e dos sistemas judiciais; ajuda ao desenvolvimento de legislações e capacidades da mídia, para assegurar a liberdade de expressão e o acesso à informação; fornecimento de apoio eleitoral e suporte em longo prazo a órgãos da administração eleitoral; promoção da participação das mulheres nas vidas política e pública. A ONU fornece várias formas de assistência eleitoral para mais de cem países, incluindo serviços de consultoria, logística, treinamento, educação cívica, aplicações de informática e observações de curto prazo.

2 DIREITO E POLÍTICA NO BRASIL: DA COMPRA DE VOTOS À “FICHA LIMPA”

Neste segundo capítulo, procura-se traçar um panorama aproximado do trajeto dos direitos políticos no Brasil, desde o período colonial até o advento das causas de inelegibilidade criadas pela chamada Lei da Ficha Limpa, passando pela revalorização constitucional desses direitos em 1988. Também nesse capítulo se introduzirá tópico apartado para descrever os projetos de lei que intentam alterar a LC n. 135 em trâmite no Congresso Nacional, a fim de demonstrar empiricamente os riscos de retrocesso em matéria de direitos políticos.

Diferentemente do panorama internacional, que não aceita a promessa de concretização futura de direitos políticos (Ramos, 2002, p. 257), a história de sua realização no Brasil é aquela do painel desenhado com tintas do mandonismo político e econômico, tons de alheamento do cidadão das decisões fundamentais hauridas das instâncias eletivas de poder e indisfarçável falseamento da representação política. Tradicionalmente, por força de uma série de questões estruturais – entre as quais a quase inexistente tradição em participação cidadã –, a política e os parlamentos do Brasil serviram de refúgio para todo tipo de criminoso, desde que este fosse rico o suficiente para obter um mandato no Legislativo ou no Executivo (Assunção, p. 13).

Após a Independência, quando a ex-colônia precisou constituir um governo próprio com representantes eleitos pelos considerados cidadãos, inaugurou-se o pernicioso descompasso entre os direitos políticos positivados em diplomas legislativos – com exemplos até bastante liberais para a época (v. g., a Constituição de 1824 e o Código Eleitoral de 1932) – e a realidade social de violência e inveteradas fraudes eleitorais que corrompiam completamente o resultado dos pleitos (Leal, p. 207-214).

O sistema coronelista, tal como identificado por Victor Nunes Leal em *Coronelismo, Enxada e Voto*, foi preponderante na formação dos municípios brasileiros e, até meados do século passado, exerceu grande influência nas eleições realizadas no país, como todas as suas características: mandonismo, filhotismo e falseamento do voto (p. 44). Tratava-se de sistema eleitoral baseado em uma estrutura de poder coronelista, que não aceitava a expressão livre do pensamento eleitoral por parte de um eleitorado preponderantemente rural e dependente da onipresente figura do coronel. Era a “política dos coronéis” nos municípios complementando a “política dos governadores” nos estados²¹.

²¹Por “política dos governadores” se entende a aliança feita entre o Presidente da República e os Governadores dos estados da federação, idealizada e posta em prática no mandato de Campos Sales (1898 a 1902) e que

O estudo sobre a representatividade nos municípios do Brasil inicia-se com a eleição das Câmaras Municipais do período colonial, ainda sob os auspícios das Ordenações Filipinas (Leal, p. 113/114) e passa às inveteradas fraudes eleitorais da Primeira República, com a disseminação das fraudes de tipo “bico de pena” e “degola” ou “depuração”. Nesses períodos os votos depositados na urna tinham pouca significação, fato este exemplificado pela afirmação que certo político teria expressado a seu correligionário: “Menino, tu não serás reconhecido por três razões. A terceira é que não foste eleito” (Leal, p. 214). Naquela época, a votação era o que menos interessava, pois, o importante mesmo era possuir o controle dos cofres públicos e da força policial, de forma a estar sempre em melhores condições de premiar aliados e perseguir adversários (Leal, p. 215).

Após a revolução 03 de outubro de 1930, houve significativo avanço legislativo no período ainda democrático da Era Vargas. O Código Eleitoral de 1932 (Decreto n. 21.076, de 24 de fevereiro de 1932) foi promulgado por um governo que se enxergava revolucionário para combater um dos alegados motivos principais do movimento: as fraudes eleitorais da Primeira República. No plano legislativo foi inegável o avanço do Código Eleitoral, que instituiu o voto feminino, baixou para dezoito anos a idade para ser eleitor e deu efetiva segurança ao sigilo do sufrágio – talvez pela primeira vez em nossa história eleitoral. Em nome da moralização dos pleitos, o principal avanço do Código foi confiar à Justiça Eleitoral o papel de *authority* no alistamento, apuração dos votos e proclamação dos eleitos. Até os dias hodiernos, trata-se de *electoral management body* que dispõe de inegável confiabilidade, imparcialidade política e eficácia administrativa.

Ainda que a legislação tenha se mostrado inovadora, tal medida isoladamente, como a experiência democrática ensina, não modifica práticas eleitorais arraigadas. Desse modo, o Código de 1932, apesar de seus elogios, não colocou fim aos processos ilícitos de falseamento da representação popular. A coação direta sobre o eleitor no dia do pleito ou no ato de votar foi substituída por uma coação difusa mais efetiva, que precede as eleições nos interiores do país. Essa coação difusa significava um ambiente de insegurança adrede criado para os eleitores de

perdurou durante toda a República Velha. Ela consistia em um sistema político não oficial, baseado na troca de favores entre o presidente da República e os governadores dos estados, cabendo ao presidente não interferir nas questões estaduais e, em troca, os governadores davam apoio político ao executivo federal. Neste acordo político, os governadores de estados não faziam oposição ao governo federal e ainda instruíam os congressistas de sua base a votarem favoravelmente aos projetos do executivo. Nas eleições, os governadores usavam todos os recursos (legais e ilegais) para eleger deputados e senadores que iriam dar apoio e sustentação política ao presidente da República. Ligados a grandes proprietários rurais (coronéis), os governadores usavam o “voto de cabresto”, fraudes eleitorais e compra de votos para conseguir eleger seus representantes nas eleições. Ao presidente da República cabia o papel de não interferir na vida política dos estados, fazendo vistas grossas à corrupção, ilegalidades de todo tipo e má administração dos governos estaduais. Consultado em <http://www.historiadobrasil.net/brasil_republicano/politica_governadores.htm> [acesso em 20/02/2016].

oposição, reforçado por atos de violência preparatória, atual ou iminente, manifestada com pertinácia em pequenas ou grande faixas, dias, semanas e até meses a fio. Para esse tipo de coação não havia remédio no Código Eleitoral (Leal, p. 218).

Com o golpe getulhista de 1937 e a suspensão de todas as eleições, o estudo sobre os direitos políticos no Brasil entram em compasso de espera. Somente lei de 28 de maio de 1945 voltou a regulamentar o processo eleitoral no país (Decreto-Lei n. 7.586) e restabeleceu a Justiça Eleitoral. Em 02 de dezembro daquele ano, houve eleições diretas para presidente da República e membros do Congresso Nacional.

Victor Nunes Leal escreve em *Coronelismo, Enxada e Voto* que a corrupção eleitoral é um dos mais notórios e enraizados flagelos do regime representativo no Brasil. No período colonial a representação era dominada incontestavelmente pela nobreza rural sobre a massa informe dos escravos e agregados. Na Segunda República e nas eleições que se seguiram ao colapso do Estado Novo, o panorama eleitoral foi incomparavelmente melhor do ponto de vista da correção e liberdade, mas em muitos lugares não ficou estreme da coação e da fraude. Entretanto,

a mácula da corrupção, verberada sem exceção pelos estudiosos das nossas instituições, atravessa toda a história do Império e da Primeira República, com o relevo de uma cordilheira. E as interrupções nessa cadeia de fraudes e violências ou tiveram mera repercussão local, ou foram de brevíssima duração.
(Leal, p. 222/223).

A breve experiência democrática vivenciada pelo país entre o fim do Estado Novo e o Golpe Militar de 1964 foi importante para colocar em prática o arcabouço legislativo existente em eleições gerais para os principais cargos do país. Nesse período, ainda foi criada a folha individual de votação (Lei nº 2.550/55), que fixou o eleitor numa seção eleitoral e auxiliou no combate às fraudes vinculadas ao uso de título falso e duplicidade de votos, e a cédula única de votação (Lei nº 2.582/55). Data deste período a única experiência parlamentarista no país: em setembro de 1961, o Congresso aprovou a Emenda nº 4; a reforma foi submetida à consulta popular em janeiro de 1963 e, com 76,97% dos votos, os eleitores decidiram pelo retorno do sistema presidencialista.

Com o enfraquecimento do controle civil democrático sobre os militares (Oliveira, 2010, p. 101), entre 1964 e 1985, o Brasil viveu sob uma ditadura militar que, tal como fizera Vargas, manietou grande parte dos direitos políticos dos cidadãos. Nesse período foram instituídas eleições indiretas para presidente da República, governadores e prefeitos; foram extintos os partidos políticos existentes e criados dois simulacros partidários com o objetivo de

dar ares de democracia ao regime (Aliança Renovadora Nacional, ARENA, e Movimento Democrático Brasileiro, MDB). Ironicamente, durante o regime de exceção, as eleições proporcionais não foram suspensas, podendo o povo escolher deputados federais, deputados estaduais e vereadores, desde que se candidatassem pelos partidos oficiais.

À medida que o sistema de poder militar perdia legitimidade e começava a dar mostras de cansaço, alguns direitos políticos foram reconquistados pelo povo: a Lei n. 6.767/79, extinguiu os partidos oficiais e restabeleceu o pluripartidarismo; a Emenda Constitucional n. 15/80 permitiu o voto direto nas eleições para governador e senador; e, nos estertores do regime, a Emenda nº 25/85 restabeleceu a eleição direta para presidente. No mesmo ano, foi promulgada a Lei n. 7.444, disciplinando a implantação do processo eletrônico de dados no alistamento eleitoral e na revisão do eleitorado; medida que possibilitou, ainda em 1986, o recadastramento de todo o eleitorado através de inscrição nacional única e já com o atual modelo de título eleitoral.

Se os direitos políticos têm como instituições principais os partidos políticos e um parlamento livre e representativo, que conferem legitimidade à organização política da sociedade (Carvalho, p. 10), as considerações feitas acima indicam que a realização de tais direitos entre nós é recente e incompleta, um caminho ainda meio pavimentado, de árida discussão e difícil consenso. Somente após duas décadas de ditadura militar e da promulgação da constituição mais liberal e democrática que o país já teve, os direitos políticos adquiriram uma amplitude nunca antes atingida no Brasil (Carvalho, p. 199).

Hoje a democracia no Brasil pode dar a impressão de consolidada, pois há mais de duas décadas do processo de redemocratização não existe um temor factível de retrocesso autoritário²². Todavia, não haver espaço histórico momentâneo para uma ditadura miliar ou civil não implica necessariamente em dizer que todos os direitos políticos conquistados até então estão à salvo de qualquer supressão. Mesmo em uma democracia suprime-se direitos políticos. Afirma-se isto baseado em todos os projetos de lei que visam restringir as causas de inelegibilidade incorporadas à LC n. 64/90 pela Lei da Ficha Limpa, catalogados em tópico abaixo.

²²A despeito da retórica adotada pelo governo da Presidente Dilma Rousseff em 2016, tachando o processo de *impeachment* a que está sendo submetida de “golpe”, a análise desapassionada dos fatos indica que o processo de impedimento está sendo conduzido por órgãos constitucionalmente legitimadas, sob rito estabelecido pelo Supremo Tribunal Federal, e representam, ao contrário de um golpe (que pressupõe o rompimento com a legalidade institucional), o pleno funcionamento das instituições democráticas. Como é evidente em ciência política e em direito, não há golpe se não há rompimento da legalidade, de modo que a mera discordância de determinada facção política quanto ao mérito ou ao resultado do processo de impedimento não o converte, obviamente, em subversão da legalidade, que exprime o cerne do conceito técnico da manobra ilegal denominada golpe.

A redemocratização não significou, como se sabe, a sanção de todos os males de nossa cambiante democracia. Na verdade, a onda de democratização iniciada no Brasil, como de resto em toda a América Latina, veio acompanhada de avanços e retrocessos. Isso se deveu, em certa medida, ao modo incompleto através do qual ocorreram os processos de liberalização e transição das mesmas. A baixa qualidade da democracia brasileira, reflexo da latino-americana, e a sua não consolidação se devem, em parte, a um processo de redemocratização inconcluso, que privilegiou o aspecto eleitoral (concepção procedural submínima de democracia) em detrimento do aspecto liberal deste regime de governo (concepção procedural mínima de democracia). Negligenciou-se, portanto, aspectos de uma democracia plena ou liberal, tais como o bom funcionamento das instituições democráticas e do Estado de direito, a significativa participação dos cidadãos nas deliberações da comunidade política e o elevado nível de cultura política requerido por uma democracia sólida (Albuquerque, 2012, p. 58-59).

2.1 DIREITOS POLÍTICOS NA CONSTITUIÇÃO DE 1988 E O PROBLEMA DA CONFORMAÇÃO LEGISLATIVA

Os direitos políticos de democracia representativa, de democracia semidireta, de democracia partidária, alguns direitos políticos de fiscalização e o direito político de democracia, segundo classificação adotada no capítulo anterior, foram consideravelmente ampliados na ordem constitucional estabelecida pela Carta de 1988, estando todos indubitavelmente definidos como fundamentais.

Efetivamente, os direitos políticos de democracia representativa e de democracia semidireta estão inseridos no Cap. IV (Dos Direitos Políticos) do Título II (Dos Direitos e Garantias Fundamentais); os direitos políticos de democracia partidária estão no Cap. V (Dos Partidos Políticos) do mesmo Título II; os direitos políticos de fiscalização, tais como ação popular e direito de petição, são garantias fundamentais inscritas, respectivamente, nos incisos LXXIII e XXXIV, alínea a, do art. 5º, do Cap. I (Dos direitos e Deveres Individuais e Coletivos), ainda no Título II; por fim, o direito político de democracia foi eleito como princípio fundamental, figurando no *caput* do art. 1º, quando se estabelece a República Federativa do Brasil como um Estado Democrático de Direito.

Não obstante a conclusão sobre a fundamentalidade de tais direitos esteja correta ante o seu posicionamento topográfico (todos se encontram nos Títulos I e II da CF), uma análise

mais acurada indica que o seu papel destacado remete, igualmente, aos fundamentos da República Federativa do Brasil, especificamente quanto à *cidadania* e ao *pluralismo político* (art. 1º, incisos II e V), reforçados pela proclamação do *Princípio Democrático* (“todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente”, art. 1º, parágrafo único). Assim entendidos, todos os direitos políticos previstos ao longo da Constituição da República são, em verdade, a explicitação em nível constitucional do que consiste aquele *Princípio Democrático* entre nós. Não por outro motivo, o art. 14 inicia enunciando que “a soberania popular será exercida...”, disciplinando, em seguida, a maioria dos direitos políticos acima referidos.

Por decisão constituinte, referidas normas consubstanciam as diretrizes do modelo de exercício da soberania popular, elegendo-o, a um só tempo, como fundamento da República recém-inaugurada e direito subjetivo dos cidadãos. Como forma de proteção da essência desse modelo de representatividade, a Constituição inadmitte propostas de emenda tendente a abolir o voto direto, secreto, universal e periódico, ou outros direitos e garantias individuais (art. 60. § 4º, II e IV).

A contemporânea teoria dos direitos fundamentais sustenta que também as normas definidoras de direitos políticos são dotadas de aplicação imediata, na fórmula do mandado de otimização do art. 5º, § 1º, CF (“As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”). Todavia, isso não significa que tenham todas as normas de direitos fundamentais a mesma eficácia jurídica, decorrência da multifuncionalidade e heterogeneidade de posições jurídicas que encerram (Sarlet, p. 313). De fato, algumas normas de direitos políticos apresentam baixa densidade normativa (Mendes, p. 287) e necessitam de conformação legislativa para sua perfeita aplicação.

Em exemplo, tome-se a norma do art. 14, § 9º:

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

No julgamento da ADPF n. 144/2008 o Supremo Tribunal Federal decidiu pela necessidade de conformação legislativa para a fixação de “outros casos de inelegibilidade” com base na norma constitucional aludida.

Não obstante alguns direitos políticos necessitem de interposição legislativa, isso não lhes retira a fundamentalidade, nem os enquadra como normas meramente programáticas.

Nesse sentido, o escólio de Luísa Cristina Pinto e Neto, referindo-se aos direitos sociais, mas cujas considerações se aplicam aos direitos políticos:

Mesmo quando previstos por normas carecidas de densificação legislativa – preceptivas não exequíveis por si mesmas –, são direitos oponíveis ao Estado e não meros programas. O primeiro dever exigível do Estado é o exercício do poder legislativo, que, por não se tratar de um dever geral de legislar, mas de imposição legislativa concreta, não está à disposição do Estado; a margem de liberdade não se refere a legislar ou não, a concretizar os direitos ou não, mas tão somente pode se referir ao *como* e ao *quando*, assim mesmo com fortes limitações. (...) percebe-se, assim, que as normas consagradoras de direitos sociais são normas preceptivas, geralmente não exequíveis plenamente por si mesmas, porque precisam de atividade legislativa para sua densificação, mas que já trazem elementos que permitem uma primeira identificação do conteúdo do direito, que, desse modo, não é criação da norma infraconstitucional, além de já carregarem notas de evidente eficácia imediata. A indeterminação de que podem padecer as normas que consagram direitos sociais não é uma indeterminação absoluta. O conteúdo do direito, ainda que carente de densificação legislativa, conta com um mínimo de determinabilidade; é possível, diante da disposição constitucional, definir um mínimo de significado que conduza a uma norma de direitos social, ainda que muito se possa discutir sobre o objeto e conteúdo do direito. A indeterminabilidade que, em geral, não se desfaz por meio da interpretação da disposição do direito social não se refere prioritariamente ao conteúdo do direito – ao qual é possível fazer pelo menos uma primeira aproximação com base na Constituição –, mas ao objeto da referida relação triádica, ou seja, ao dever concreto – de condutas positivas – que daí advém para o Estado, uma vez que a prestação devida ao indivíduo pode realizar-se de diversas maneiras e sua eleição cabe primordialmente ao Poder Legislativo (Pág. 73-74)

Ao tempo em que inexistia no direito brasileiro base constitucional para se negar fundamentalidade a qualquer direito de liberdade, social ou político, também não se nega a existência de eventuais diferenças no seu regime jurídico, especificamente quanto a necessidade de interposição legislativa para efetivação de alguns desses direitos. De fato, certos direitos políticos são consagrados em normas com grau de indeterminabilidade maior do que o encontrável, por exemplo, em clássicos direitos de liberdade. Tome-se, por exemplo, o citado art. 14, § 9º, direito político que exige explicitamente lei complementar para determinação dos casos de inelegibilidade, e o direito de liberdade de pensamento previsto no art. 5º, inciso IV, que não depende de qualquer legislação posterior para sua completa fruição.

A estrutura mais aberta das normas consubstanciadoras de alguns direitos políticos implica na necessidade de interposição legislativa para a efetivação desses direitos, o que se combina com o objeto prestacional em causa, que exige organização estatal e previsão de procedimentos para sua realização. Ingo Wolfgang Sarlet fala em baixa densidade normativa, mas, ainda assim, tais normas sempre geram um mínimo de efeito jurídico (Netto, p. 48-49).

Desta forma, os direitos políticos podem ser divididos, quanto à necessidade de interposição legislativa, (a) naqueles que prescindem de atuação legislativa e (b) naqueles que necessitam de conformação legislativa para produção de sua máxima eficácia.

Tentando-se uma enumeração provisória, são normas sobre direitos políticos que prescindem de atuação legislativa:

- Art. 14, § 1º - O alistamento eleitoral e o voto são: I - obrigatórios para os maiores de dezoito anos; II - facultativos para: a) os analfabetos; b) os maiores de setenta anos; c) os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos.
- Art. 14, § 2º - Não podem alistar-se como eleitores os estrangeiros e, durante o período do serviço militar obrigatório, os conscritos;
- Art. 14, § 5º O Presidente da República, os Governadores de Estado e do Distrito Federal, os Prefeitos e quem os houver sucedido, ou substituído no curso dos mandatos poderão ser reeleitos para um único período subsequente;
- Art. 14, § 6º - Para concorrerem a outros cargos, o Presidente da República, os Governadores de Estado e do Distrito Federal e os Prefeitos devem renunciar aos respectivos mandatos até seis meses antes do pleito.
- Art. 14, § 7º - São inelegíveis, no território de jurisdição do titular, o cônjuge e os parentes consanguíneos ou afins, até o segundo grau ou por adoção, do Presidente da República, de Governador de Estado ou Território, do Distrito Federal, de Prefeito ou de quem os haja substituído dentro dos seis meses anteriores ao pleito, salvo se já titular de mandato eletivo e candidato à reeleição.
- Art. 14, § 8º - O militar alistável é elegível, atendidas as seguintes condições: I - se contar menos de dez anos de serviço, deverá afastar-se da atividade; II - se contar mais de dez anos de serviço, será agregado pela autoridade superior e, se eleito, passará automaticamente, no ato da diplomação, para a inatividade.
- Art. 16. A lei que alterar o processo eleitoral entrará em vigor na data de sua publicação, não se aplicando à eleição que ocorra até um ano da data de sua vigência;
- O direito político de fiscalização consubstanciado no direito de petição, previsto no inciso XXXIV, alínea a, do art. 5º, CF;
- O direito político de democracia previsto no *caput* do art. 1º, CF, onde a República Federativa do Brasil é definida como um Estado Democrático de Direito.

Por outro lado, são normas sobre direitos políticos que necessitam de atuação legislativa para produção de sua máxima eficácia:

- Art. 14. A soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos, e, nos termos da lei, mediante: I – plebiscito; II – referendo; III - iniciativa popular. Tal norma foi conformada pela Lei n. 9.709/98.
- Art. 14, § 3º - São condições de elegibilidade, na forma da lei: I - a nacionalidade brasileira; II - o pleno exercício dos direitos políticos; III - o alistamento eleitoral; IV - o domicílio eleitoral na circunscrição; V - a filiação partidária; VI - a idade mínima de: a) trinta e cinco anos para Presidente e Vice-Presidente da República e Senador; b) trinta anos para Governador e Vice-Governador de Estado e do Distrito Federal; c) vinte e um anos para Deputado Federal, Deputado Estadual ou Distrital, Prefeito, Vice-Prefeito e juiz de paz; d) dezoito anos para Vereador. As condições de elegibilidade foram conformadas, especificamente quanto ao alistamento eleitoral e o domicílio eleitoral, pelo Código Eleitoral (Lei n. 4.737/65);
- Art. 14, § 4º - São inelegíveis os inalistáveis e os analfabetos. Aqui, quanto aos inalistáveis, eles estão disciplinados no Código Eleitoral (Lei n. 4.737/65);
- Art. 14, § 9º - Lei complementar estabelecerá outros casos de inelegibilidade e os prazos de sua cessação, a fim de proteger a probidade administrativa, a moralidade

para exercício de mandato considerada vida pregressa do candidato, e a normalidade e legitimidade das eleições contra a influência do poder econômico ou o abuso do exercício de função, cargo ou emprego na administração direta ou indireta. A norma constitucional sobre inelegibilidades foi conformada pela Lei Complementar n. 64/90, posteriormente alterada pela LC n. 135/10 (“Lei de Ficha Limpa”).

- Art. 14, § 10 - O mandato eletivo poderá ser impugnado ante a Justiça Eleitoral no prazo de quinze dias contados da diplomação, instruída a ação com provas de abuso do poder econômico, corrupção ou fraude. § 11 - A ação de impugnação de mandato tramitará em segredo de justiça, respondendo o autor, na forma da lei, se temerária ou de manifesta má-fé. No caso da ação de impugnação de mandato eletivo, a norma constitucional ainda carece de conformação legislativa e o Tribunal Superior Eleitoral fixou entendimento de que até lá será observado o procedimento previsto na LC n. 64/10 para o registro de candidaturas, com a aplicação subsidiária, conforme o caso, das disposições do Código de Processo Civil;

- Art. 15. É vedada a cassação de direitos políticos, cuja perda ou suspensão só se dará nos casos de: I - cancelamento da naturalização por sentença transitada em julgado; II - incapacidade civil absoluta; III - condenação criminal transitada em julgado, enquanto durarem seus efeitos; IV - recusa de cumprir obrigação a todos imposta ou prestação alternativa, nos termos do art. 5º, VIII; V - improbidade administrativa, nos termos do art. 37, § 4º. Como se vê, a norma remete a diversas situações de suspensão de direitos políticos conformadas na legislação administrativa (cancelamento da naturalização, Leis n. 818/49 e n. 6.815/80; recusa de cumprir obrigação alternativa, Lei n. 8.239/91; e improbidade administrativa, Lei n. 8.429/92), civil (incapacidade absoluta, Código Civil) e penal (condenação com trânsito em julgado, Código Penal).

- Art. 17. É livre a criação, fusão, incorporação e extinção de partidos políticos, resguardados a soberania nacional, o regime democrático, o pluripartidarismo, os direitos fundamentais da pessoa humana e observados os seguintes preceitos: I - caráter nacional; II - proibição de recebimento de recursos financeiros de entidade ou governo estrangeiros ou de subordinação a estes; III - prestação de contas à Justiça Eleitoral; IV - funcionamento parlamentar de acordo com a lei. § 1º É assegurada aos partidos políticos autonomia para definir sua estrutura interna, organização e funcionamento e para adotar os critérios de escolha e o regime de suas coligações eleitorais, sem obrigatoriedade de vinculação entre as candidaturas em âmbito nacional, estadual, distrital ou municipal, devendo seus estatutos estabelecer normas de disciplina e fidelidade partidária; § 2º - Os partidos políticos, após adquirirem personalidade jurídica, na forma da lei civil, registrarão seus estatutos no Tribunal Superior Eleitoral. § 3º - Os partidos políticos têm direito a recursos do fundo partidário e acesso gratuito ao rádio e à televisão, na forma da lei. § 4º - É vedada a utilização pelos partidos políticos de organização paramilitar. Tais direitos políticos de democracia partidária foram conformados através da Lei n. 9.096/95.

- o direito político de fiscalização por meio de ação popular, previsto no inciso LXXIII do art. 5º, CF, conformado pela Lei n. 4.717/65.

Essa divisão é meramente exemplificativa e tem por objetivo aclarar a afirmação anteriormente feita de que a maioria das normas constitucionais consagradoras de direitos políticos necessita de interposição legislativa para sua máxima eficácia, aí residindo, em grande medida, a tormentosa problemática do retrocesso em matéria de direitos políticos, a ser tratada no capítulo quatro.

2.2 DIREITO POLÍTICO A ELEIÇÕES LIMPAS, CAUSAS DE INELEGIBILIDADE E LEI DA FICHA LIMPA

O citado art. 14, § 9º, da Constituição Federal consubstancia o direito político a pleitos permeados pela normalidade e legitimidade, vale dizer, os cidadãos possuem o direito subjetivo a eleições limpas. O dispositivo esclarece que se consideram normais e legítimas (portanto, limpas) as eleições que não sejam determinadas pela influência do poder econômico dos candidatos (ou de seus financiadores) ou por abusos por eles praticados (ou praticados em seu nome) no exercício de função, cargo ou emprego público.

O dispositivo vai além e tutela também a probidade administrativa, no caso de administradores ruinosos que se candidatam após cometerem atos de improbidade administrativa, e a moralidade para o exercício de mandato político, considerando a vida pregressa do candidato.

Para todos esses casos perniciosos ao direito político a eleições limpas, a solução dada pelo constituinte foi estabelecer casos de inelegibilidade, ou seja, requisitos negativos para que os candidatos possam registrar suas candidaturas.

As causas de inelegibilidade sempre tiveram a função de impedir a candidatura de pessoas que não preenchiam os parâmetros mínimos esperados pela sociedade para o exercício de um cargo público. A redação do art. 14, § 9º, da CF/88 não foi sequer inédita na história constitucional brasileira. Norma semelhante já existia no art. 151 da Constituição de 1967, modificada pela Emenda de 1969, com conformação legislativa providenciada pela LC n. 05/70. Na vigente ordem constitucional, pouco mais de um ano após a promulgação da carta, o Congresso Nacional aprovou a Lei Complementar n. 64, em 18 de maio de 1990, a chamada *Lei das Inelegibilidade*.

Todavia, mesmo com todas as causas de inelegibilidade previstas na LC n. 64/90, a persistente candidatura de alguns políticos tornou a indignação popular insustentável e, nas eleições de 2006, o debate sobre a candidatura dos fichas-sujas se iniciou. O primeiro caso ocorreu perante o Tribunal Regional Eleitoral do Rio de Janeiro, ao indeferir o registro de candidatura do então Deputado Federal Eurico Ângelo de Oliveira Miranda, cartola futebolístico do Clube de Regatas Vasco da Gama, sob o argumento de que ele era réu em ações cíveis e criminais, situação tida por incompatível com o art. 14, § 9º, da CF (Silva Júnior, p. V). Na ocasião o TRE/RJ acatou a tese sustentada pelo Ministério Público Eleitoral de que a rejeição de fichas-sujas no processo eleitoral seria extraída diretamente da constituição

(ESMPU, p. 110). A decisão terminou sendo reformada pelo Tribunal Superior Eleitoral no Recurso Ordinário n. 1.069, de 20 de setembro de 2006, ao argumento de que a LC n. 64 não previa essa espécie de inelegibilidade.

Nas eleições seguinte, em 2008, o tema foi apreciado pelo Supremo Tribunal Federal na ADPF n. 144, promovida pela Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB). O STF entendeu que a condenação criminal e por improbidade administrativa não impediriam o registro da candidatura dos condenados, se não houvesse trânsito em julgado.

Esta decisão do STF foi o estopim para que, em abril de 2008, o Movimento de Combate à Corrupção Eleitoral – MCCE, rede de articulação da qual participavam quarenta e seis organizações não governamentais²³, lançasse a campanha “Ficha Limpa” e iniciasse a coleta de assinaturas para um projeto de iniciativa popular que mudasse parte da inelegibilidade das LC n. 64/90²⁴. O movimento se espelhava naquele ocorrido uma década antes, quando,

²³A lista completa das entidades pode ser consultada no sítio: <http://www.mcce.org.br/entidadesmcce/>

²⁴“Iniciativa popular designa, em termos genéricos, diferentes maneiras de participação popular no exercício dos poderes Legislativo e Executivo – incluindo o plebiscito, referendo, conselhos gestores, orçamento participativo, conselhos – em termos estritos, ou iniciativa popular legislativa, o poder de acesso de um grupo de cidadãos na elaboração de um Projeto de Lei, cumprido certos pressupostos legais, a ser submetido à apreciação do Poder Legislativo” (PNUD, p. 94). Previsto na CF/88 no art. 14, inciso III, e no art. 61, § 2º (“A iniciativa popular pode ser exercida pela apresentação à Câmara dos Deputados de projeto de lei subscrito por, no mínimo, um por cento do eleitorado nacional, distribuído pelo menos por cinco Estados, com não menos de três décimos por cento dos eleitores de cada um deles”), no âmbito federal, e arts. 27 e 29, no âmbito estadual e municipal, respectivamente; a iniciativa popular legislativa foi disciplinada mais de uma década depois na Lei n. 9.709/98, sucintamente: Art. 13. A iniciativa popular consiste na apresentação de projeto de lei à Câmara dos Deputados, subscrito por, no mínimo, um por cento do eleitorado nacional, distribuído pelo menos por cinco Estados, com não menos de três décimos por cento dos eleitores de cada um deles. § 1º O projeto de lei de iniciativa popular deverá circunscrever-se a um só assunto. § 2º O projeto de lei de iniciativa popular não poderá ser rejeitado por vício de forma, cabendo à Câmara dos Deputados, por seu órgão competente, providenciar a correção de eventuais impropriedades de técnica legislativa ou de redação. Art. 14. A Câmara dos Deputados, verificando o cumprimento das exigências estabelecidas no art. 13 e respectivos parágrafos, dará seguimento à iniciativa popular, consoante as normas do Regimento Interno”. Por sua vez, o Regimento Interno da Câmara dos Deputados (Resolução n. 17/89) trata da matéria no art. 252: “Art. 252. A iniciativa popular pode ser exercida pela apresentação à Câmara dos Deputados de projeto de lei subscrito por, no mínimo, um centésimo do eleitorado nacional, distribuído pelo menos por cinco Estados, com não menos de três milésimos dos eleitores de cada um deles, obedecidas as seguintes condições: I - a assinatura de cada eleitor deverá ser acompanhada de seu nome completo e legível, endereço e dados identificadores de seu título eleitoral; II - as listas de assinatura serão organizadas por Município e por Estado, Território e Distrito Federal, em formulário padronizado pela Mesa da Câmara; III - será lícito a entidade da sociedade civil patrocinar a apresentação de projeto de lei de iniciativa popular, responsabilizando-se inclusive pela coleta das assinaturas; IV - o projeto será instruído com documento hábil da Justiça Eleitoral quanto ao contingente de eleitores alistados em cada Unidade da Federação, aceitando-se, para esse fim, os dados referentes ao ano anterior, se não disponíveis outros mais recentes; V - o projeto será protocolizado perante a Secretaria-Geral da Mesa, que verificará se foram cumpridas as exigências constitucionais para sua apresentação; VI - o projeto de lei de iniciativa popular terá a mesma tramitação dos demais, integrando a numeração geral das proposições; VII - nas Comissões ou em Plenário, transformado em Comissão Geral, poderá usar da palavra para discutir o projeto de lei, pelo prazo de vinte minutos, o primeiro signatário, ou quem este tiver indicado quando da apresentação do projeto; VIII - cada projeto de lei deverá circunscrever-se a um único assunto, podendo, caso contrário, ser desdobrado pela Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania em proposições autônomas, para tramitação em separado; (Inciso com redação adaptada à Resolução nº 20, de 2004) IX - não se rejeitará, liminarmente, projeto de lei de iniciativa popular por vícios de linguagem, lapsos ou imperfeições de técnica legislativa, incumbindo à Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania escoimá-lo dos vícios formais

entre 1996 e 1999²⁵, a Conferência Nacional dos Bispos do Brasil – CNBB lançou a campanha “Combatendo a Corrupção Eleitoral” e coletou um milhão e trinta e nove mil assinaturas de apoio a projeto de iniciativa popular que resultou na Lei n. 9.840, de 28 de setembro de 1999²⁶.

A Campanha da “Ficha Limpa” coletou assinaturas entre abril de 2008 a setembro do ano seguinte. Em 29 de setembro de 2009, o projeto de lei de iniciativa popular foi entregue ao Presidente da Câmara dos Deputados, Michael Temer, contando, então, com 1,3 milhão de assinaturas, correspondente a 1% do eleitorado nacional daquela época. A coleta de assinaturas continuou e, até que o projeto chegasse ao Senado, foram entregues mais 600 mil assinaturas. Ante a dificuldade de se contar cada uma das assinaturas (o que levaria meses e prejudicaria a intenção original de que a lei valesse para as eleições de 2010), o projeto de lei foi encampado por 33 deputados federais e tomou o número de PLN n. 518/09.

Como era esperado, o projeto de lei possuía enorme rejeição dos parlamentares. Em levantamento da Transparência Brasil, aquela legislatura tinha 41% dos deputados com problemas na Justiça e os tribunais de contas (Assunção, p. 28). Tanto que somente no início de 2010 o PLP 518 teve relator designado, o Deputado Índio da Costa (DEM-RJ), posteriormente substituído de fato pelo Deputado José Eduardo Martins Cardozo (PT-SP), na Comissão de Constituição e Justiça.

Na CCJ da Câmara o projeto sofreu algumas mudanças em relação ao texto original. O MCCE elaborou projeto em que a inelegibilidade decorrida de condenação em primeiro grau pela Justiça, mas, em face da real possibilidade de o projeto ser rejeitado no plenário da Casa com essa redação, o movimento concordou com as alterações para contemplar a inelegibilidade a partir da decisão de órgão judiciário colegiado. Outra mudança efetuada na CCJ foi a

para sua regular tramitação; *(Inciso com redação adaptada à Resolução nº 20, de 2004)* X - a Mesa designará Deputado para exercer, em relação ao projeto de lei de iniciativa popular, os poderes ou atribuições conferidos por este Regimento ao Autor de proposição, devendo a escolha recair sobre quem tenha sido, com a sua anuência, previamente indicado com essa finalidade pelo primeiro signatário do projeto”.

²⁵Em 1996, o tema da Campanha da Fraternidade foi “Fraternidade e Política”. Em fevereiro de 1997 a Comissão Brasileira de Justiça e Paz, órgão da Conferência Nacional dos Bispos do Brasil – CNBB, decidiu continuar a campanha da fraternidade do ano anterior. Em 27 de abril de 1998, o grupo de trabalho coordenado pelo ex-Procurador-Geral da República, Aristides Junqueira, apresentou o projeto de lei na assembleia geral da CNBB e se iniciou a coleta de assinaturas. O projeto de lei de iniciativa popular, com todas as assinaturas necessárias, foi apresentado à Câmara dos Deputados em 10 de agosto de 1999.

²⁶A lei altera dispositivos da Lei nº 9.504/97 (Lei das Eleições) e do Código Eleitoral, com o objetivo de tornar mais eficientes os mecanismos legais de punição à captação ilícita de sufrágios. Foi introduzido na Lei de Eleições o art. 41-A que diz: “constitui captação de sufrágio (...) o candidato doar, oferecer, prometer, ou entregar, ao eleitor, com o fim de obter-lhe o voto, bem ou vantagem pessoal de qualquer natureza, inclusive emprego ou função pública, desde o registro da candidatura até o dia da eleição, inclusive, sob pena de multa de mil a cinquenta mil UFIR, e cassação do registro ou do diploma, observado o procedimento previsto no art. 22 da Lei Complementar n. 64/90”.

introdução do chamado “efeito suspensivo”, que permite ao candidato recorrer à instância superior pedindo suspensão da inelegibilidade, e a ressalva de que apenas ações movidas pelo Ministério Público seriam consideradas na aplicação da lei, ao argumento de que assim se evitaria que políticos fossem alvos de processos por adversários interessados em lhes retirar das eleições. Para facilitar a aprovação da matéria, também se concordou em deixar explicitado no texto que ações penais privadas ou ações penais públicas relativas a crimes culposos ou de menor potencial ofensivo não seriam capazes de originar inelegibilidade. Evitava-se, assim, que questões de menor relevância ou motivadas por interesses particulares (como os crimes contra a honra) pudessem implicar em limitação à elegibilidade (Reis, p. 25).

Houve muita resistência à aprovação da lei, especialmente dos deputados Eduardo Cunha (PMDB-RJ) e Sandro Mabel (PMDB-PR), e da bancada do Partido Progressista, mas o fator eleições (em um ano em que elas ocorreriam e havia o receio de se passar por ficha-suja diante dos eleitores) começou a pesar principalmente a partir do começo de abril de 2010. Embora parlamentares de quase todos os partidos se declarassem nos bastidores contrários à Ficha Limpa, somente integrantes da base do governo se posicionaram explicitamente contra a proposta. Pressionados pela oposição e pela opinião pública, em um ano de eleições presidenciais, mesmo os líderes governistas decidiram mudar de posição (Assunção, p. 33-38)²⁷.

Durante toda a tramitação legislativa do projeto, houve uma bem articulada utilização de instrumentos de mídia digital, conclamando a população a cobrar de seus representantes a aprovação da Ficha Limpa. Ao longo dos meses em que o projeto entrava e saía de comissões, indo para votações e sendo adiado, as pessoas acompanhavam cada passo do processo e em todo momento participavam ativamente das campanhas para evitar qualquer retrocesso ou atraso. A pressão popular crescente ao longo de oito meses foi, aos poucos, acabando com qualquer oposição ao projeto de lei. Todo político sensato percebeu que desafiar publicamente a Ficha Limpa seria totalmente destrutivo para sua imagem. O custo político de se rejeitar o projeto era alto demais (Reis, p. 324-326).

Em 05 de maio de 2010, o PLP n. 518/09 foi aprovado pelo plenário da Câmara dos Deputados por 388 votos a favor e 01 contra – de forma pitoresca, o único voto contra o projeto foi de deputado que depois afirmou haver se enganado na hora de votar. Nos dias que se

²⁷Também o Presidente do Tribunal Superior Eleitoral, Ministro Ricardo Lewandowski, afirmou ser contrário ao não deferimento do registro dos fichas-sujas. Posteriormente, Sua Excelência se declarou favorável ao projeto de lei (Assunção, p. 34).

seguiram, até 11 de maio, o plenário votou e rejeitou, um a um, os destaques apresentados ao projeto.

No Senado Federal, o relator do projeto foi o senador Demóstenes Torres (DEM-GO) e, mais uma vez, os parlamentares governistas tentaram frear o trâmite legislativo, especialmente a partir da atuação do senador Romero Jucá (PMDE-AM), sob o argumento peculiar de que a Ficha Limpa “não é um projeto de governo, mas da sociedade”, portanto não haveria de ter prioridade diante do pré-sal, este sim um projeto do governo (Assunção, p. 39). Apesar de tudo, o projeto foi aprovado unanimemente por 76 senadores em 19 de maio de 2010, com apenas uma modificação redacional no projeto advindo da Câmara. Em 04 de junho de 2010, o Presidente da República, Luiz Inácio Lula da Silva, sancionou sem vetos o projeto de lei, agora transformado em Lei Complementar n. 135.

De todas as conquistas recentes da cidadania política, nenhuma supera em importância a edição da Lei Complementar n. 135/10 – *Lei da Ficha Limpa*. As novas restrições à capacidade eleitoral passiva, na forma de inelegibilidades, refletiram o anseio do povo brasileiro, consubstanciado em 1,5 milhão de assinaturas, por um processo eleitoral em que a probidade administrativa, a moralidade advinda da vida pregressa dos candidatos e a normalidade e legitimidade das eleições se sobrepusessem ao abuso do poder econômico e político – marca negra dos pleitos nacionais.

Se inegavelmente a Ficha Limpa representou os anseios do eleitorado, ela também mereceu saudação daqueles políticos sérios, que não pretendem enriquecer indevidamente com o mandato, pois a lei permite separar o joio do trigo e mostrar quem são os candidatos que, por fim, devem merecer o voto e o apoio da população e aqueles que, ao contrário, devem ser banidos da vida pública (Assunção, p. 18). Ainda que a inelegibilidade cominada para tais políticos somente atinja o patamar de oito anos, sabe-se que a volatilidade do capital político implica em prejuízos quase irreversíveis para aqueles que, durante quase uma década, não puderem concorrer em um escrutínio público eleitoral.

Mesmo que os políticos corruptos não sejam a maioria nos parlamentos, sabe-se que a sua sombra deletéria e enorme influência *interna corporis*, além do notável poder financeiro ilícito, traz inúmeros problemas à coletividade, principalmente aos políticos sérios, complicando a vida de quem deseja exercer o mandato de forma digna. A longo prazo, é natural que Lei da Ficha Limpa permita a paulatina melhora da imagem política como atividade essencial à vida da população e dos políticos, dignificando-a enfim (Assunção, p. 18).

2.3 OBSTÁCULOS À FICHA LIMPA

A partir da sanção presidencial, a Lei da Ficha Limpa enfrentou obstáculos de três ordens: a) as discussões judiciais no TSE e no STF a respeito de sua aplicabilidade e constitucionalidade; b) a criação de mecanismos de coleta de informações por parte do Ministério Público Eleitoral sobre os candidatos inelegíveis, espalhadas por diversas bases de dados nacionais e locais, como o objetivo de lhe municiar de argumentos para as impugnações no exíguo prazo concedido pela lei eleitoral; e c) os projetos de lei complementar e de emendas à constituição apresentados para abrandar os supostos rigores da lei – estes tratados na presente pesquisa sob o ângulo do princípio da proibição do retrocesso político.

Os obstáculos apresentados nos itens *a* e *b* serão tratados no presente tópico, ao tempo em que o catálogo dos projetos de lei referidos no item *c* será apresentado através de pesquisa em dados empíricos no tópico seguinte.

Sobre o item *a*, as discussões judiciais se iniciaram dois dias após publicada a LC n. 135, quando o Tribunal Superior Eleitoral decidiu, por seis votos a um, que ela valeria para as eleições de 2010, pois “as inovações trazidas não alteram em nada o processo eleitoral”. Em 17 de junho, o mesmo TSE decidiu que a lei se aplicava aos condenados antes da sua sanção e não somente para os que forem apenados depois.

A matéria chegou ao STF através de diversos recursos extraordinários (v.g., n. 63147, n. 631102 e n. 633703). Na data dos julgamentos, quando se apurou o placar de 5 X 5 sobre a aplicação da lei às eleições de 2010, calhou de a corte suprema contar com apenas dez ministros, com uma vaga à espera de nomeação do Presidente da República. Por tal circunstância, o deslinde da questão foi remetido a março de 2011, após a nomeação do Ministro Luiz Fux, que proferiria o voto de desempate. Ao final, por 6 X 5, o STF julgou o RE n. 633.703 e, aplicando o art. 16 da CF, negou validade a LC n. 135 para as eleições de 2010. Como a decisão somente se deu em 2011, ela provocou uma grande alteração dos quadros legislativos estaduais e federais (Silva Júnior, p. VII).

Note-se que a decisão da Corte Suprema apenas tratou do prazo de um ano entre a mudança da lei eleitoral e o pleito, previsto no art. 16 da CF. Os demais questionamentos levantados contra a Lei da Ficha Limpa foram enfrentados somente em 16 de fevereiro de 2012, quando o STF julgou as Ações Declaratórias de Constitucionalidade n. 29, proposta pelo Partido Popular Socialista (PPS), e n. 30, proposta pela OAB, e a Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4578, apresentada pela Confederação Nacional dos Profissionais Liberais (CNPL). Sob a

relatoria do Ministro Luiz Fux, o Pleno do Supremo Tribunal Federal julgou a constitucionalidade da Lei Complementar n. 135/10, em decisão assim ementada:

ACÇÕES DECLARATÓRIAS DE CONSTITUCIONALIDADE E ACÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE EM JULGAMENTO CONJUNTO. LEI COMPLEMENTAR Nº 135/10. HIPÓTESES DE INELEGIBILIDADE. ART. 14, § 9º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. MORALIDADE PARA O EXERCÍCIO DE MANDATOS ELETIVOS. INEXISTÊNCIA DE AFRONTA À IRRETROATIVIDADE DAS LEIS: AGRAVAMENTO DO REGIME JURÍDICO ELEITORAL. ILEGITIMIDADE DA EXPECTATIVA DO INDIVÍDUO ENQUADRADO NAS HIPÓTESES LEGAIS DE INELEGIBILIDADE. PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA (ART. 5º, LVII, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL): EXEGESE ANÁLOGA À REDUÇÃO TELEOLÓGICA, PARA LIMITAR SUA APLICABILIDADE AOS EFEITOS DA CONDENAÇÃO PENAL. ATENDIMENTO DOS PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E DA PROPORCIONALIDADE. OBSERVÂNCIA DO PRINCÍPIO DEMOCRÁTICO: FIDELIDADE POLÍTICA AOS CIDADÃOS. VIDA PREGRESSA: CONCEITO JURÍDICO INDETERMINADO. PRESTÍGIO DA SOLUÇÃO LEGISLATIVA NO PREENCHIMENTO DO CONCEITO. CONSTITUCIONALIDADE DA LEI. AFASTAMENTO DE SUA INCIDÊNCIA PARA AS ELEIÇÕES JÁ OCORRIDAS EM 2010 E AS ANTERIORES, BEM COMO E PARA OS MANDATOS EM CURSO. 1. A elegibilidade é a adequação do indivíduo ao regime jurídico - constitucional e legal complementar - do processo eleitoral, razão pela qual a aplicação da Lei Complementar nº 135/10 com a consideração de fatos anteriores não pode ser capitulada na retroatividade vedada pelo art. 5º, XXXVI, da Constituição, mercê de incabível a invocação de direito adquirido ou de autoridade da coisa julgada (que opera sob o pálio da cláusula *rebus sic stantibus*) anteriormente ao pleito em oposição ao diploma legal retromencionado; subjaz a mera adequação ao sistema normativo pretérito (expectativa de direito). 2. A razoabilidade da expectativa de um indivíduo de concorrer a cargo público eletivo, à luz da exigência constitucional de moralidade para o exercício do mandato (art. 14, § 9º), resta afastada em face da condenação prolatada em segunda instância ou por um colegiado no exercício da competência de foro por prerrogativa de função, da rejeição de contas públicas, da perda de cargo público ou do impedimento do exercício de profissão por violação de dever ético-profissional. 3. A presunção de inocência consagrada no art. 5º, LVII, da Constituição Federal deve ser reconhecida como uma regra e interpretada com o recurso da metodologia análoga a uma redução teleológica, que reaproxime o enunciado normativo da sua própria literalidade, de modo a reconduzi-la aos efeitos próprios da condenação criminal (que podem incluir a perda ou a suspensão de direitos políticos, mas não a inelegibilidade), sob pena de frustrar o propósito moralizante do art. 14, § 9º, da Constituição Federal. 4. Não é violado pela Lei Complementar nº 135/10 o princípio constitucional da vedação de retrocesso, posto não vislumbrado o pressuposto de sua aplicabilidade concernente na existência de consenso básico, que tenha inserido na consciência jurídica geral a extensão da presunção de inocência para o âmbito eleitoral. 5. O direito político passivo (*ius honorum*) é possível de ser restringido pela lei, nas hipóteses que, *in casu*, não podem ser consideradas arbitrárias, porquanto se adequam à exigência constitucional da razoabilidade, revelando elevadíssima carga de reprovabilidade social, sob os enfoques da violação à moralidade ou denotativos de improbidade, de abuso de poder econômico ou de poder político. 6. O princípio da proporcionalidade resta prestigiado pela Lei Complementar nº 135/10, na medida em que: (i) atende aos fins moralizadores a que se destina; (ii) estabelece requisitos qualificados de inelegibilidade e (iii) impõe sacrifício à liberdade individual de candidatar-se a cargo público eletivo que não supera os benefícios socialmente desejados em termos de moralidade e probidade para o exercício de referido munus público. 7. O exercício do *ius honorum* (direito de concorrer a cargos eletivos), em um juízo de ponderação no caso das inelegibilidades previstas na Lei Complementar nº 135/10, opõe-se à própria democracia, que pressupõe a fidelidade

política da atuação dos representantes populares. 8. A Lei Complementar nº 135/10 também não fere o núcleo essencial dos direitos políticos, na medida em que estabelece restrições temporárias aos direitos políticos passivos, sem prejuízo das situações políticas ativas. 9. O cognominado desacordo moral razoável impõe o prestígio da manifestação legítima do legislador democraticamente eleito acerca do conceito jurídico indeterminado de vida pregressa, constante do art. 14, § 9.º, da Constituição Federal. 10. O abuso de direito à renúncia é gerador de inelegibilidade dos detentores de mandato eletivo que renunciarem aos seus cargos, posto hipótese em perfeita compatibilidade com a repressão, constante do ordenamento jurídico brasileiro (v.g., o art. 55, § 4º, da Constituição Federal e o art. 187 do Código Civil), ao exercício de direito em manifesta transposição dos limites da boa-fé. 11. A inelegibilidade tem as suas causas previstas nos §§ 4º a 9º do art. 14 da Carta Magna de 1988, que se traduzem em condições objetivas cuja verificação impede o indivíduo de concorrer a cargos eletivos ou, acaso eleito, de os exercer, e não se confunde com a suspensão ou perda dos direitos políticos, cujas hipóteses são previstas no art. 15 da Constituição da República, e que importa restrição não apenas ao direito de concorrer a cargos eletivos (*ius honorum*), mas também ao direito de voto (*ius suffragii*). Por essa razão, não há inconstitucionalidade na cumulação entre a inelegibilidade e a suspensão de direitos políticos. 12. A extensão da inelegibilidade por oito anos após o cumprimento da pena, admissível à luz da disciplina legal anterior, viola a proporcionalidade numa sistemática em que a interdição política se põe já antes do trânsito em julgado, cumprindo, mediante interpretação conforme a Constituição, deduzir do prazo posterior ao cumprimento da pena o período de inelegibilidade decorrido entre a condenação e o trânsito em julgado. 13. Ação direta de inconstitucionalidade cujo pedido se julga improcedente. Ações declaratórias de constitucionalidade cujos pedidos se julgam procedentes, mediante a declaração de constitucionalidade das hipóteses de inelegibilidade instituídas pelas alíneas "c", "d", "f", "g", "h", "j", "m", "n", "o", "p" e "q" do art. 1º, inciso I, da Lei Complementar nº 64/90, introduzidas pela Lei Complementar nº 135/10, vencido o Relator em parte mínima, naquilo em que, em interpretação conforme a Constituição, admitia a subtração, do prazo de 8 (oito) anos de inelegibilidade posteriores ao cumprimento da pena, do prazo de inelegibilidade decorrido entre a condenação e o seu trânsito em julgado. 14. Inaplicabilidade das hipóteses de inelegibilidade às eleições de 2010 e anteriores, bem como para os mandatos em curso, à luz do disposto no art. 16 da Constituição. Precedente: RE 633.703, Rel. Min. GILMAR MENDES (repercussão geral).

Em voto “permeado pela ideologia de higidez da Lei da Ficha Limpa”, o Ministro Fux rebateu, um a um, os argumentos levantados contra a lei. O primeiro deles dizia respeito a suposta violação princípio da irretroatividade das leis pela aplicação da LC n. 135 a fatos anteriores a sua edição. O Ministro asseverou não parecer correto nem razoável se afirmar que um indivíduo tenha o direito adquirido de candidatar-se. Para ele, a elegibilidade é a adequação do indivíduo ao regime jurídico – constitucional e legal complementar – do processo eleitoral, consubstanciada no não preenchimento de requisitos “negativos” (as inelegibilidades). O indivíduo que tenciona concorrer a cargo eletivo deve aderir ao estatuto jurídico eleitoral e a sua adequação a esse estatuto não ingressa no respectivo patrimônio jurídico, antes se traduzindo numa relação *ex lege* dinâmica.

No voto condutor, Sua Excelência destacou a notória crise do sistema representativo brasileiro e o anseio da população pela moralização do exercício dos mandatos eletivos no país, resultado de uma desilusão com a política majoritária. Para o cidadão, consignou o Ministro,

seria certo que a probidade é condição inafastável para a boa administração pública e, mais do que isso, que a corrupção e a desonestidade são as maiores travas ao desenvolvimento do país. A este tempo deve corresponder a leitura da Constituição e, em particular, a exegese da presunção de inocência, ao menos no âmbito eleitoral, concluindo que 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.

Especificamente em referência ao Princípio da Proibição do Retrocesso, o voto vencedor nos julgamentos consignou ser de imaginar que, diante da perspectiva de restrição, pela LC n. 135, do alcance da presunção de inocência à matéria criminal, seja eventualmente invocado o princípio da vedação do retrocesso, segundo o qual seria inconstitucional a redução arbitrária do grau de concretização legislativa de um direito fundamental – *in casu*, o direito político de índole passiva (direito de ser votado). No entanto, decidiu o STF que não haveria violação ao mencionado princípio por duas razões.

A primeira delas seria a inexistência do pressuposto indispensável à incidência do princípio da vedação de retrocesso. Citando a doutrina portuguesa sobre a matéria, consignou-se que é condição para a ocorrência do retrocesso que, anteriormente, a exegese da própria norma constitucional se tenha expandido, de modo a que essa compreensão mais ampla tenha alcançado consenso básico profundo e, dessa forma, tenha radicado na consciência jurídica geral. Necessária, portanto, a “sedimentação na consciência social ou no sentimento jurídico coletivo”, nas palavras de Jorge Miranda. No caso da Ficha Limpa, não haveria como sustentar que a extensão da presunção de inocência para além da esfera criminal tenha atingido o grau de consenso básico a demonstrar sua radicação na consciência jurídica geral. Antes o contrário: a aplicação da presunção constitucional de inocência no âmbito eleitoral não obteve suficiente sedimentação no sentimento jurídico coletivo a ponto de permitir a afirmação de que a sua restrição legal em sede eleitoral atentaria contra a vedação de retrocesso.

A segunda razão, por seu turno, seria a inexistência de arbitrariedade na restrição legislativa. Como é cediço, as restrições legais aos direitos fundamentais sujeitam-se aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade e, em especial, àquilo que, em sede doutrinária denomina-se de limites dos limites (*Schranken-Schranken*), que dizem com a preservação do núcleo essencial do direito. Também nesse caso não se verificou qualquer afronta pelos dispositivos trazidos pela Lei da Ficha Limpa.

Ao final, o STF julgou que a Lei da Ficha Limpa não continha dispositivos que implicariam em um retrocesso em matéria de direitos fundamentais e, assim, foram julgadas improcedentes as ações diretas de inconstitucionalidade e procedente a ação declaratória de

constitucionalidade da Lei Complementar n. 135/10.

Decidido o obstáculo da constitucionalidade de LC n. 135 (item *a*), a responsabilidade da plena implementação de suas causas de inelegibilidade perpassava a atribuição do Ministério Público Eleitoral de reunir os dados sobre candidatos inelegíveis em uma base informática que pudesse ser acessada a contento no exíguo período para impugnação das candidaturas previsto na lei eleitoral – cinco dias a partir do pedido de registro de candidatura. Esse foi o obstáculo de implementação referido no item *b*, acima.

No ano de 2014, quando pela primeira vez a Lei da Ficha Limpa estava sendo aplicada às eleições nacionais, a Procuradoria-Geral da República, no desempenho das suas funções de Procuradoria-Geral Eleitoral, desenvolveu uma plataforma de cruzamento de dados que aponta potenciais candidatos inelegíveis (módulo ficha suja), dentro do Sistema de Investigação de Contas Eleitorais – *SisConta Eleitoral*.

Funcionando como um radar eleitoral, foi estabelecido um cronograma para que cerca de seis mil órgãos públicos (municipais, estaduais e federais) transmitam ao sistema os dados que pudesse indicar inelegibilidades de candidatos (ANPR, p. 11). A partir daí o *SisConta Eleitoral* pode ser consultado por todos os promotores e procuradores eleitorais, como forma de acesso a uma base de dados confiável sobre inelegibilidades, visando instruir eventuais ações de impugnação de candidaturas, dando efetividade às normas da Lei da Ficha Limpa.

Como se adiantou acima, tratados dos obstáculos descritos nos itens *a* e *b*, no tópico a seguir serão tratados os obstáculos à Ficha Limpa representados por propostas legislativas que visam modificar suas disposições.

2.4 PROJETOS DE LEI PARA REFORMA DA LEI DA FICHA LIMPA

A Lei da Ficha Limpa passa atualmente por discussões parlamentares com o objetivo deliberado de reduzir o suposto rigor de suas causas de inelegibilidade, conforme o obstáculo *c* referido acima. Propõe-se a estudar essas iniciativas parlamentares à luz do princípio da proibição do retrocesso, como tratado no capítulo quatro. Antes, no entanto, necessário se fez realizar um levantamento empírico sobre tais projetos de lei, o que foi sistematizado no presente tópico.

Efetivamente, aqui se realizou breve pesquisa empírica descritiva em Direito, buscando, em estudo de casos (*small-n*), analisar os projetos apresentados ao Congresso

Nacional, tanto na Câmara dos Deputados quanto no Senado Federal, que intentem modificar as inelegibilidades eleitorais, identificando aqueles que buscam inviabilizar os avanços trazidos pela Lei da Ficha Limpa.

Para tanto, parte-se dos dados representados por todos os projetos que visem a modificar o regime das inelegibilidades, tomando-se por base aqueles apresentados após a edição de Lei da Ficha Limpa, em 04 de julho de 2010, até fevereiro de 2016 (variável 01), para em seguida se debruçar sobre os dados representados por aqueles projetos que, intentando modificar as causas de inelegibilidade, implicam em anulação dos efeitos práticos da lei (variável 02). Em ambos os casos, as espécies normativas analisadas serão as Propostas de Emenda à Constituição, aptas a modificarem as inelegibilidades com esteio constitucional, e os Projetos de Lei Complementar, aptos à modificação do regime infraconstitucional (LC n. 64/90 e LC n. 135/10). Da análise desses dados, busca-se testar a hipótese de que há projetos apresentados ao Congresso Nacional que procuram inviabilizar as conquistas sociais advindas da Lei Complementar n. 135/10.

2.4.1 Das Proposições No Senado Federal

No Senado Federal foram apresentados, entre 02 de julho de 2010 e fevereiro de 2016, cinco Propostas de Emenda à Constituição versando sobre inelegibilidades (PEC's 45/2015, 94/2015, 51/2014, 26/2013 e 39/2011), conforme dados constantes da tabela A do anexo I.

Analisando o teor de cada uma das propostas, verifica-se que a PEC n. 26/2013 possui efeitos imediatos sobre as causas de inelegibilidades previstas na *Lei da Ficha Limpa*, ao prever a não aplicação da LC n. 135 àquelas causas de inelegibilidade ocorridas anteriormente a 04 de julho de 2010. A proposta, curiosamente, vai de encontro do decidido pelo STF no julgamento conjunto das ADC n. 29 e n. 30 e da ADIN n. 4.578, acima já referido, conforme consta expressamente da justificativa da proposição feita pelo Senador Aloysio Nunes Ferreira²⁸.

²⁸“Mantém a possibilidade de o Congresso Nacional, mediante lei complementar, estabelecer novos casos de inelegibilidade que sejam necessários à preservação da moralidade pública e à proteção da probidade administrativa, além da normalidade e legitimidade do pleito. Todavia, afasta a possibilidade de a nova norma incidir sobre fatos anteriores a sua vigência, como salvaguarda da própria democracia, impedindo que uma episódica maioria do Congresso Nacional crie casos de inelegibilidade para afastar prováveis candidaturas de adversários políticos. Não se pode negar que a possibilidade de fatos anteriores à lei serem considerados na aplicação da nova norma, tal como decidiu o Supremo Tribunal Federal [no julgamento conjunto das ADC n. 29 e n. 30 e da ADIN n. 4.578], pode ser fator de grave perturbação à normalidade e legitimidade democrática. Trata-se de uma porta aberta para o casuísmo político, tão em voga em tempos passados, que cumpre ser

Os demais projetos de Emenda à Constituição catalogados, ou criam novas causas de inelegibilidades em nível constitucional (para parentes dos conselheiros dos Tribunais de Contas, p. ex.), ou procuram estabelecer um efeito suspensivo automático para a ação de impugnação de mandato eletivo (que também poderia ser analisada em termos de proibição do retrocesso, mas refoge à proposta do presente estudo de se concentrar nas causas de inelegibilidade).

Ao lado das propostas de emenda à constituição, verifica-se que na Câmara Alta foram apresentados, no mesmo período de 02 de julho de 2010 a fevereiro de 2016, os seguintes Projetos de Lei Complementar versando sobre inelegibilidades: PLS n. 476/2015, PLS n. 334/2014, PLS n. 193, PLS n. 277 e PLS n. 366, todos esquematizados na tabela B do anexo I.

Ao buscar incorporar à LC n. 64 novas causas de inelegibilidade os PLS's n. 193 e 476 não afrontam a Lei da Ficha Limpa, assim como os PLS's n. 366 e 334, que apenas procuram modificar o regime das inelegibilidades dos servidores públicos, prevendo para eles um afastamento não remunerado, e dos dirigentes sindicais, aumentando seu prazo de desincompatibilização para dois anos. Igualmente, o PLS n. 277 intenta ampliar a causa de inelegibilidade do julgamento colegiado pelo Poder Judiciário, trazida pela Ficha Limpa, para os julgamentos proferidos pelo Tribunal do Júri²⁹.

urgentemente fechada, impedindo um ressurgimento de prática altamente prejudicial à normalidade democrática”.

²⁹Sobre este PLS n. 277, o senador Pedro Taques assim o justifica: “A despeito de ser um grande marco democrático, a Lei Complementar n. 135/2010, conhecida como Lei da Ficha Limpa, trouxe grandes avanços para a garantia da lisura e probidade dos legitimados a concorrer no pleito eleitoral. Entretanto, entendo que o Congresso Nacional pode outorgar contribuições pontuais para a sua melhora e efetividade, sempre buscando contemplar o objetivo de sua elaboração. Nesse sentido, note-se que no item 9 da alínea “e” do inciso I do art. 1º da LC 64/1990 (com alterações da LC 135/2010), consta enunciado advertindo que são inelegíveis para qualquer cargo “os que forem condenados, em decisão transitada em julgado ou proferida por órgão judicial colegiado, desde a condenação até o transcurso do prazo de 8 (oito) anos após o cumprimento da pena, pelos crimes contra a vida”. Esse dispositivo, nas eleições de 2010, já causou dúvidas quanto a extensão do conceito de órgão judicial colegiado às decisões emanadas pelo Tribunal do Júri, como se percebe do Recurso Ordinário n. 1697-95.2010.611.0000, tramitado no Tribunal Superior Eleitoral. Naquela ocasião, a controvérsia meritória não foi apreciada pelo Tribunal em virtude do entendimento do Supremo Tribunal Federal, no Recurso Extraordinário n. 633.703/MG, de que a LC n. 135/2010 não seria aplicável às eleições de 2010. Parece-me, todavia, que essa dúvida não pode ser propagada no âmbito judicial, cabendo ao Congresso Nacional amortizá-la. Os procedimentos do Tribunal do Júri são mais morosos do que os procedimentos criminais ordinários, com dupla fase de persecução penal: o sumário da culpa (*judicium accusationis*) e o julgamento do mérito (*judicium causae*). (...). Ao final, a decisão proveniente do Conselho de Sentença é vinculante ao juiz-presidente, e, por isso, com as possibilidades de reforma mitigadas pela legislação infraconstitucional. (...) Trata-se, portanto, de um procedimento enriquecido, onde, mais do que a ampla defesa, é possibilitada ao acusado a denominada “plenitude de defesa”, instituto maior, previsto no art. 5º, XXXVIII, “a”, da CF/88. Esse dispositivo constitucional, aliás, ainda prevê os princípios do sigilo das votações, soberania dos veredictos e competência para julgamento dos crimes dolosos contra a vida. Isso, somado ao objetivo fundamental da LC 135/2010 de expurgar do processo eleitoral candidatos com vida pregressa desaconselhável, nos possibilita a conclusão de ser imprescindível a inclusão das decisões do Tribunal do Júri, mesmo que não transitada em julgado, como vetor de inelegibilidade”.

Em um balanço parcial sobre os dados coletados, verifica-se que, entre todas as proposições legislativas apresentadas ao Senado, consubstanciadas em cinco emendas à CF e cinco projetos de LC, somente a PEC n. 26 possui efeitos deletérios sobre eficácia da Lei da Ficha Limpa, ao vedar sua aplicação às causas de inelegibilidade ocorridas anteriormente a 04 de julho de 2010.

2.4.2 Das Proposições Na Câmara Dos Deputados

Na Câmara dos Deputados foram apresentados, entre 02 de julho de 2010 e fevereiro de 2016, as seguintes Propostas de Emenda à Constituição: n. 500/2010, n. 10/2011, n. 129/2011 e n. 300/2013, todas esquematizadas na Tabela C do Anexo I.

Da leitura das ementas das proposições legislativas, ver-se que, embora tratem sobre inelegibilidades, nenhuma dessas Propostas de Emenda à Constituição buscam modificar causas de inelegibilidade trazidas ou inovadas pela Lei da Ficha Limpa. Dar-se justamente o contrário, pois elas acrescentam novas inelegibilidades à CF (PEC 10, 129 e 300) ou modificam o regime lá vigente desde a promulgação do texto (PEC 500).

Em número significativamente maior, verifica-se que na Câmara Baixa foram apresentados, no mesmo período, trinta e seis Projetos de Lei Complementar³⁰ versando sobre inelegibilidades, conforme esquematização constante da Tabela D do Anexo I.

A análise desses dados indica que a maioria dos projetos apresentados buscam ampliar ou criar novas causas de inelegibilidades ao lado daquelas previstas na LC n. 64/90, modificada pela LC n. 135/10. Com essa constatação não se entra aqui no mérito dos referidos projetos, sua viabilidade ou a conveniência de sua aprovação; o parâmetro adotado é somente a comparação sobre a redução da eficácia das causas de inelegibilidades já existentes.

A par disso, existe proposição importante no deliberado sentido de fortalecer aquele patamar de proteção dos direitos políticos alcançado com a Lei da Ficha Limpa como, por exemplo, o PLP n. 419, de 03 de setembro de 2014. Nele, busca-se tornar inelegível, além dos condenados por decisão transitada em julgado ou decisão proferida por órgão judicial

³⁰São os seguintes PLP's: n. 590/2010, n. 10/2011, n. 14/2011, n. 33/2011, n. 56/2011, n. 134/2012, n. 142/2012, n. 177/2012, n. 202/2012, n. 220/2012, n. 248/2013, n. 273/2013, n. 282/2013, n. 298/2013, n. 352/2013, n. 353/2013, n. 391/2014, n. 419/2014, n. 425/2014, n. 432/2014, n. 452/2014, n. 453/2014, n. 03/2015, n. 20/2015, n. 40/2015, n. 43/2015, n. 81/2015, n. 100/2015, n. 102/2015, n. 151/2015, n. 175/2015, n. 189/2015, n. 194/2015, n. 195/2015, n. 206/2015 e n. 222/2016.

colegiado, todos aqueles que forem condenados em mais de duas ações por ato doloso de improbidade administrativa, que importe lesão ao erário ou enriquecimento ilícito, pelo prazo de oito anos após o cumprimento da pena³¹.

Igualmente, o PLP n. 425/2014, de autoria do Deputado Tiririca, objetiva alterar a lei das inelegibilidades para impedir a substituição de candidatos declarados inelegíveis por seu cônjuge ou parente. Em justificativa, Sua Excelência consigna que, embora sejam muitos os avanços republicanos advindos da LC n. 135, “a prática tem-se mostrado um pouco diferente do espírito insculpido na lei complementar retrocitada, ao vermos 'candidatos ficha suja', banidos das eleições por infringência a dispositivos legais impeditivos de sua candidatura, indicarem cônjuge e parentes em seu lugar, para disputar o cargo ao qual restou impedido”. No mesmos sentido o PLP n. 43/2015 do deputado Celso Maldaner.

Também importante é o projeto de lei complementar n. 102/2015 apresentado pela deputada Brunny, que altera a LC n. 64, em dispositivo inserido pela LC n 135, para constar que a inelegibilidade decorre também da condenação por improbidade administrativa na modalidade culposa, e não somente dolosa como atualmente consta do texto.

Por outro lado, os mesmos dados coletados também indicam a existência de diversos projetos de lei complementar com o deliberado objetivo de reduzir a eficácia dos dispositivos trazidos pela Lei da Ficha Limpa. Nessa classe de proposições estão os PLP's n. 273/2013, 14/2011, n. 452/2014, n. 453/2014, n. 03/2015, n. 20/2015 e n. 81/2015.

³¹Em sua justificação, o Deputado José Airton assevera: “Em um episódio ímpar de mobilização social, cidadania e de iniciativa popular de leis, a Lei da Ficha Limpa foi, em 2010, aprovada pelo Congresso Nacional e aplicada pela primeira vez nas eleições municipais de 2012. Também pela primeira vez, está sendo aplicada nas eleições gerais de 2014. Embora seja ainda curta a vida da Lei da Ficha Limpa, julgamos ser tempo suficiente para que se promovam ajustes às cláusulas de inelegibilidade. Nesse contexto, estamos propondo sejam declarados inelegíveis, além daqueles já enquadrados na hipótese vigente decorrente de condenação por improbidade administrativa (alínea I), também os condenados em mais de duas ações, ainda que na primeira instância. A nosso ver, tão ou mais grave do que a condenação em segunda instância é a condenação em três ações de improbidade, mesmo que em primeira instância. Importa destacar que um dos pontos juridicamente mais relevantes que resultaram da aprovação da Lei da Ficha Limpa foi a quebra do paradigma da exigência do trânsito em julgado de decisões para a declaração de inelegibilidade. Nesse sentido, vale lembrar que o Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento sobre a constitucionalidade da Lei da Ficha Limpa [julgamento conjunto das ADC n. 29 e n. 30 e da ADIN n. 4.578], discorreu sobre a natureza jurídica do instituto da inelegibilidade, e o definiu como a “adequação do indivíduo ao regime jurídico-constitucional e legal do processo eleitoral”. Assim, restou rejeitada a ideia de que a inelegibilidade configuraria uma sanção e confirmou - se a tese de que se trata de um critério que o indivíduo deve atender a cada eleição, conforme o histórico de seu patrimônio jurídico. Além disso, a presente proposta promove pequena, mas relevante alteração redacional. Trata-se da substituição da conjunção “e” pela conjunção “ou” que conecta as expressões “lesão ao erário” e “enriquecimento ilícito”, haja vista que as duas situações podem ocorrer de forma independente, como afirma o eminente doutrinador José Jairo Gomes: “A conjuntiva e no texto da alínea ‘I’ deve ser entendida como disjuntiva (ou), pois é possível cogitar de lesão ao patrimônio público por ato doloso do agente sem que haja enriquecimento ilícito. Cuida-se de falsa conjuntiva”.

O primeiro deles (PLP n. 273/2013) pretende alterar a alínea l, inciso I, do art. 1º, da LC nº 64/90 (incluída pela LC n. 135) para “explicitar” que a inelegibilidade eleitoral decorrente de ato doloso de improbidade administrativa exigiria, *cumulativamente*, a lesão ao patrimônio público (art. 10, LIA) e o enriquecimento ilícito *do agente* (art. 9º, LIA).

Com a eventual aprovação do PLP 273/2013, para incidir a causa de inelegibilidade seria necessária uma *cumulação* dos seguintes requisitos: a) condenação por órgão judicial colegiado ou trânsito em julgado; b) condenação que, no dispositivo sentencial, decrete a suspensão dos direitos políticos (como sanção por improbidade administrativa); c) condenação que reconheça a prática de ato que importe em prejuízo doloso ao erário; d) condenação que reconheça a prática de ato que importe em enriquecimento ilícito; e) condenação que reconheça que esse enriquecimento ilícito seja do próprio agente (e não de terceiro). Ora, a prova desses requisitos, de modo cumulativo, para quem trabalha com a matéria relativa à improbidade administrativa, mostra-se extremamente difícil e tornaria essa hipótese de inelegibilidade de rara incidência no Direito Eleitoral³². A um só tempo, esvaziar-se-ia a causa de inelegibilidade incluída pela Lei da Ficha Limpa, frustrar-se-ia o mandamento constitucional do art. 14, § 9º e implicaria em retrocesso inconstitucional de direitos políticos.

Por seu turno, o PLP 14/2011 buscava dar nova redação à alínea g, inciso I, do art. 1º da LC nº 64 (modificada pela LC n. 135), dispondo sobre a exclusividade de decisão judicial de órgão colegiado para tornar inelegível o candidato acusado de improbidade administrativa, excluindo a possibilidade de inelegibilidade em caso de condenação pelas Casas Legislativas (Câmaras de Vereadores, Assembleias Legislativas e Congresso Nacional) ou Tribunais de Contas³³. Projeto de idêntico teor foi reapresentado pelo mesmo deputado Sílvio Costa em 2015 (PLP n. 20/2015). Em ambos os casos, a proposição foi inexplicavelmente retirada de tramitação pelo próprio autor.

O PLP n. 452/2014, de autoria do deputado Sandro Mabel, procura alterar o art. 1º, inciso I, alínea e, da LC n. 64 (alterado pela LC n. 135), que atualmente comina inelegibilidade aos “que forem condenados, em decisão transitada em julgado ou proferida por órgão judicial colegiado, desde a condenação até o transcurso do prazo de oito anos após o cumprimento da pena”, pelos crimes lá enumerados. O PLP tenta criar uma “detração” do prazo de

³² Voto em separado do Deputado Vieira Cunha ao PLP n. 273/2013 na CCJ.

³³ Convém transcrever a sucinta e curiosa justificativa do projeto: “A atual Lei da Ficha Limpa diz que se um ex-prefeito tiver suas contas rejeitadas pela Câmara de Vereadores, estará inelegível. Acontece que nos 5,5 mil municípios do País, a maioria das Câmaras tem vocação governista. Isto significa que, quando um cidadão deixa de ser prefeito, no outro dia a maioria da Câmara já passa a ser sua adversária, conseqüentemente ele sempre terá dificuldades de aprovar suas contas. Também é verdade que, enquanto o prefeito estiver no poder, ele terá dificuldades de aprovar suas contas na Câmara Municipal” (sic).

inelegibilidade entre o período da condenação em segundo grau e o trânsito em julgado, diminuindo, em consequência, o prazo de inelegibilidade de oito anos³⁴. O efeito da nova legislação é claramente deletério ao intuito da Ficha Limpa.

Igualmente nefasto, o PLP n. 453/2014, do mesmo deputado Sandro Mabel, que busca alterar a LC n° 64 para uniformizar o período de inelegibilidade a que ficam sujeitos aqueles cuja contagem do prazo de dava a partir data da eleição. Pela alteração proposta, a inelegibilidade contaria a partir de 30 de setembro do ano da eleição. A fixação de data anterior a eleição para que comece a correr a inelegibilidade pode produzir, tal como destacado nas justificativas do projeto, a redução da sanção eleitoral, beneficiando situações de candidatos que na redação atual permaneceriam inelegíveis.

A situação do PLP n. 03/2015 é curiosa pois, embora crie causa de inelegibilidade aos parentes daquele condenado criminalmente, a redação do dispositivo reduz a quantidade de crimes prevista no art. 1, I, e, da LC n. 64 (expandido pela LC n. 135). Assim, o projeto implica retrocesso porque, caso aprovado, reduziria os casos de inelegibilidade previstos na Ficha Limpa.

Por fim, o PLP n. 81/2015, apresentado pelo deputado Cabo Sabino, procura alterar a inelegibilidade do art. 1º, I, o, da LC n. 64 (incluído pela LC n. 135) apenas aos casos de demissão do serviço público por improbidade administrativa. Atualmente o dispositivo comina a sanção eleitoral por oito anos para aqueles que forem demitidos do serviço público, independente do motivo.

Em um balanço parcial sobre os dados coletados, parece ser manifesto que a apresentação dos projetos de lei complementar n. 273/2013, 14/2011, n. 452/2014, n. 453/2014, n. 03/2015, n. 20/2015 e n. 81/2015, tiveram por objetivo manietar os efeitos práticos de causas de inelegibilidade decorrentes da condenação de candidato, reduzindo desproporcionalmente o âmbito de proteção alcançado com a *Lei da Ficha Limpa* no conjunto da LC n. 64.

³⁴Na justificativa, o deputado do Sandro Mabel escreve que “embora seja ainda curta a vida da Lei da Ficha Limpa, julgamos haver já tempo suficiente para que se promovam ajustes às cláusulas de inelegibilidade, uma vez que a celeridade do trâmite, se por um lado propiciou a satisfação popular, por outro também impediu que fossem enxergados alguns defeitos graves do projeto original”.

2.4.3 Dos Resultados Da Pesquisa Empírica

Como se asseverou inicialmente, na presente pesquisa empírica descritiva, buscou-se realizar estudo de casos (*small-n*) ao analisar as proposições legislativas apresentadas ao Congresso Nacional para modificação do regime das inelegibilidades (variável 01) e, em um segundo momento, aqueles projetos que, tentando modificar as inelegibilidades, implicassem em anulação dos efeitos práticos da lei (variável 02). Com isso, colocou-se à prova a hipótese de que há projetos apresentados ao Congresso Nacional para inviabilizar as conquistas sociais advindas da Lei Complementar n. 135/10.

A análise dos dados empírico expostos nos tópicos anteriores demonstrou que, dentre as 50 proposições legislativas analisadas (variável 01)³⁵, apenas 08 delas³⁶ (variável 02), no percentual de 16%, possuem efeitos deletérios sobre as inelegibilidades trazidas pela *Lei da Ficha Limpa*.

Na linha do que sustentado na presente dissertação e aprofundado no capítulo quatro, em face das proposições legislativas que representam esse percentual de 16% é que se faz crucial a ponderação teórica sobre inconstitucionalidade por aplicação do princípio da proibição do retrocesso em matéria de direitos políticos. Antes, todavia, necessário se faz apresentar o arcabouço teórico que sustenta a concepção principiológica do Direito e seu papel na história do pensamento jurídico, de modo que é este o assunto do próximo capítulo.

³⁵Quais sejam: 05 propostas de emenda à constituição no Senado Federal, 05 projetos de LC no Senado, 04 propostas de emenda à constituição na Câmara dos Deputados e 36 projetos de LC na Câmara, todos detalhadamente expostos nas tabelas A a D do Anexo I.

³⁶Vale dizer: a PEC 26/2013 do Senado Federal e os PLP's n. 273/2013, 14/2011, n. 452/2014, n. 453/2014, n. 03/2015, n. 20/2015 e n. 81/2015 da Câmara dos Deputados.

3 A PROIBIÇÃO DO RETROCESSO COMO PRINCÍPIO JURÍDICO

A análise procedida no primeiro capítulo sobre a origem e acepção dos direitos políticos na modernidade, atrelada à concepção mínima de democracia, intentou possibilitar a compreensão sobre a dimensão que esses direitos políticos atingiram no Brasil. De modo que, no segundo capítulo, procedeu-se à análise sobre a efetividade desta sorte de direitos fundamentais no que toca à necessidade de conformação legislativa para obtenção do grau máximo de eficácia.

Ainda no capítulo anterior se viu que a maioria dos direitos políticos expostos na Constituição da República de 1988 necessitavam de normas infraconstitucionais para atingirem sua máxima efetividade, surgindo daí a tormentosa problemática da conformação legislativa. Como exemplo de estudo, tomou-se a Lei Complementar n. 64/90, alterada pela LC n. 135/2010 (Lei da Ficha Limpa), como conformativa do direito político a eleições limpas previsto no art. 14, § 9º, CF.

Esses passos foram importantes na medida em que, normalmente, o movimento legislativo de retrocesso se dá justamente nas normas conformativas de direitos políticos constitucionais, como, aliás, demonstrou-se com dados empíricos no capítulo anterior sobre os projetos de lei que tentam restringir os efeitos da Lei da Ficha Limpa.

Assim, o presente capítulo apresenta a Proibição do Retrocesso como princípio jurídico defensivo do patamar de proteção atingido por direitos em determinada sociedade, apto a sustentar a inconstitucionalidade de leis infraconstitucionais que venham a restringir seu núcleo essencial.

Para tanto, a discussão do capítulo parte da compreensão de princípios jurídicos dentro da opção teórica feita em favor da Filosofia dos Valores, a partir da releitura de Humberto Ávila para a teoria dos princípios de Ronald Dworkin e Robert Alexy. Em seguida, passar-se-á a analisar em que medida se reconhece um princípio constitucional implícito de vedação do retrocesso, recorrendo-se às experiências internacionais em doutrina e jurisprudência.

3.1 RONALD DWORKIN E A REVALORIZAÇÃO DOS PRINCÍPIOS JURÍDICOS

Os princípios jurídicos e sua aplicação jurisdicional foi tema tratado com pouco entusiasmo pelos chamados clássicos da Teoria Geral do Direito, ainda que os “princípios gerais do Direito” fossem velhos conhecidos dos juristas³⁷.

Nos trabalhos de dogmática jurídica e nas decisões jurisprudenciais, a referência aos princípios chega mesmo a ser lugar comum, mesmo antes da obra de Dworkin, como dá conta os escritos de Del Vecchio (1958), Esser (1956) e Bobbio (1966) (Atienza, 2009). Ausente, realmente, ela está na *Teoria Pura do Direito* de Hans Kelsen de 1934. De fato, no sistema científico construído por Kelsen, que procurava objetividade e exatidão, não havia abertura para categorias axiológicas como os princípios jurídicos; para a “pureza” de sua teoria, a única espécie normativa reconhecia era a regra de direito positivo.

No início de sua obra, Kelsen explica que a Teoria Pura do Direito era uma teoria do Direito positivo – do Direito positivo em geral, não de uma ordem jurídica especial. Como teoria, ela queria única e exclusivamente conhecer o seu próprio objeto e procurava responder à questão “o que é e como é o Direito?”. Para Kelsen, não importava saber como deveria ser o Direito ou como deveria ele ser feito, pois sua teoria seria ciência jurídica e não política do Direito. Assim, a Teoria Pura se propunha a garantir um conhecimento apenas dirigido ao Direito e excluir deste conhecimento tudo quanto não pertencesse ao seu objeto, tudo quanto não se pudesse, rigorosamente, determinar como Direito. Ela pretendia libertar a ciência jurídica de todos os elementos que lhe são estranhos (1999, p. 01).

Com tais propósitos bem definidos, a Teoria Pura do Direito não se detinha em conhecer elementos diferentes do *dever ser* posto e legislado – ou seja, tratava-se de conhecimento jurídico dirigido a normas jurídicas que conferiam a determinados fatos o caráter de atos jurídicos ou antijurídicos (Kelsen, 1999, p. 04) – não havendo abertura para soluções jurídicas além das normas positivadas.

³⁷O Código Civil austríaco de 1811 já falava sobre os princípios gerais do Direito e muitos outros textos legislativos continuaram falando deles desde então, tais como o Código Civil italiano de 1865, o espanhol de 1889 e o art. 38 do Estatuto do Tribunal Internacional de Justiça de Haia (Atienza, 2009). No Brasil, desde 1942, a Lei de Introdução ao Código Civil (atual Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro) já previa que, em caso de omissão da lei, o juiz decidiria de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de Direito (art. 4º). Sobre as diversas acepções de princípio adotadas pelos juristas, especialmente no que pertine à discussão sobre se os “princípios gerais do Direito” seriam princípios jurídicos tal como aceitos pela Filosofia dos Valores, ver o artigo *Sobre Princípios e Regras*, de Manuel Atienza e Juan Ruiz Manero (Atienza, 2009).

O tema dos princípios foi resgatado e revalorizado com vigor teórico a partir de 1966, através de artigos escritos por Ronald Myles Dworkin, posteriormente compilados no livro *Levando os Direitos a Sério* (*Taking Rights Seriously*) de 1977. Naqueles estudos, Dworkin esboçava um modelo que denominou *teoria liberal do direito*, em contraposição à teoria dominante do direito na época, esta permeada por positivismo jurídico, que enxergava o direito apenas como um sistema de regras adotadas por instituições sociais específicas (tal como a Teoria Pura de Kelsen), e por utilitarismo, que enxergava tão só no “bem-estar geral” o objetivo único do direito³⁸ (2002, p. VII-VIII). Nessa oposição entre um modelo teórico que se admite permeado de normas jurídicas não positivadas, como os princípios, e a concepção de Direito dominante na sua época³⁹ é que reside, em grande medida, a inovação da obra de Dworkin.

Dworkin sustentou que uma teoria do direito deveria ser ao mesmo tempo normativa e conceitual. Na sua parte normativa, ela deveria contemplar a teoria da legislação, da decisão judicial e da observância da lei⁴⁰. Na parte conceitual, por sua vez, surgiria a indagação a respeito de se os princípios mais fundamentais da Constituição, que definem o modo de fazer leis e quem é competente para fazê-las, podem ser considerados como partes integrantes do direito. Essa questão remete a problemas de legitimidade e jurisdição, pois se os princípios políticos inscritos na Constituição fizerem parte do direito, a prerrogativa dos juízes para decidir o que determina a Constituição fica confirmada. Ademais, se esses princípios fazem parte do direito, apesar de não serem produtos de decisão social ou política deliberada, então o fato de

³⁸Na acepção que combate, Dworkin escreve que “O utilitarismo econômico fixa o objetivo do bem-estar médio ou geral como padrão de justiça para a legislação, mas define o bem-estar geral como uma função de bem-estar de indivíduos distintos e se opõe firmemente à ideia de que, enquanto entidade separada, uma comunidade tem algum interesse ou prerrogativa independente” (p. XII). A crítica de Dworkin reside justamente na percepção de que o utilitarismo econômico é injusto nas suas consequências, porque perpetua a pobreza como um instrumento para a eficiência, e deficiente na sua teoria da natureza humana, porque concebe os indivíduos como átomos auto-interessados da sociedade, em vez de seres inerentemente sociais, cujo sentido de comunidade é uma parte essencial de seu próprio sentido de identidade (p. XIII).

³⁹Efetivamente, a crítica de Dworkin se volta à teoria do positivismo em prestígio nos meados dos anos 1960, representada principalmente por Herbert L. A. Hart, cuja obra *O Conceito de Direito*, publicada em 1961, possui, na segunda edição de 1994, um pós-escrito que procura responder cada uma das críticas de Dworkin ao positivismo (Hart, p. 299). O pós-escrito é fundamental para a compreensão de ambas as teorias e em que medida elas diametralmente divergem.

⁴⁰Em suas palavras: “a teoria da legislação deve conter uma teoria da legitimidade que descreva as circunstâncias nas quais um indivíduo ou um grupo particular está autorizado a fazer leis, e uma teoria da justiça legislativa, que descreve o tipo de leis que estão autorizados ou obrigados a fazer. Do mesmo modo, a teoria da decisão judicial deve ser complexa: devem conter uma teoria da controvérsia, que estabeleça os padrões que os juízes devem utilizar para decidir os casos jurídicos difíceis, e uma teoria da jurisdição, que explique por que e quando os juízes – e não outros grupos ou instituições – devem tomar as decisões exigidas pela teoria da controvérsia. A teoria da observância da lei deve distinguir dois papéis. Deve conter uma teoria dos respeitos à lei, que discuta a natureza e os limites do dever do cidadão de obedecer à lei, tal como esta se apresenta nas diferentes formas do Estado e em diferentes circunstâncias, bom como uma teoria da execução da lei que identifique os objetivos da aplicação e da punição e descreva como os representantes públicos devem reagir às diferentes categorias de crime e infrações” (Dworkin, 2002, p. IX).

que, neste caso, o direito possa ser natural é um argumento em favor das restrições que a Constituição impõe ao poder da maioria (2002, p. X). Todas essas questões de restrição ao princípio da maioria democrática através da aplicação judicial de um princípio (no caso, a proibição do retrocesso) será retomada em tópico abaixo.

Nesse ataque geral ao positivismo (*general attack on positivism*), Ronald Dworkin defende que o modelo de direito de sua época, representado preponderantemente por positivismo e utilitarismo, era falho porque rejeitava a ideia de que os indivíduos podem ter direitos contra o Estado, anteriores aos direitos criados através de legislação explícita. Em outras palavras, rejeitavam a ideia de que indivíduos possam ter, em um processo judicial, outros direitos além daqueles expressamente determinados pela coleção de regras explícitas, ou seja, o direito positivado (2002, p. XIII-XIV). Nesse ponto, revela-se a clara influência de concepções jusnaturalistas de direito no modelo dworkiniano, precisamente na agregação dos princípios ao sistema judicial de decisão. Para ele, tais direitos individuais anteriores ao Direito posto são justamente trunfos do cidadão contra o Estado⁴¹.

Ao contrário do modelo vigente, segundo a teoria liberal do direito proposta por Dworkin, o indivíduo pode ter reconhecido em seu favor direitos não expressamente previstos na legislação e a decisão judicial poderia se basear em argumentos de princípios não expressamente positivados. Os princípios (*principles*) significariam um padrão que deve ser observado, não porque vá promover ou assegurar o bem-estar geral como entendiam os utilitaristas, “mas porque é uma exigência de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão da moralidade” (Dworkin, 2002, p. 36).

Até aquele momento o Direito se identificava unicamente com as regras jurídicas (positivismo) e buscava tão somente um mal definido “bem-estar geral” sob o ponto de vista utilitarista. A partir das considerações de Ronald Dworkin, o Direito passou cada vez mais a ser visto como um conjunto de regras e princípios jurídicos que buscava realizar uma dimensão de justiça. Essa preocupação com direitos não positivados representou uma nova guinada do pensamento teórico do Direito em retorno ao jusnaturalismo.

Naquele momento da produção teórica da *Filosofia dos Valores*, Ronald Dworkin sustentou, em passagem amiúde repetida, que a diferença entre os princípios jurídicos e as regras jurídicas é de natureza lógica, posto que estes últimos seriam aplicáveis à maneira do tudo-ou-nada (*all-or-nothing*): “dados os fatos que uma regra estipula, então ou a regra é válida,

⁴¹A concepção de um direito natural que represente a defesa do homem contra o Estado está na raiz do pensamento jusnaturalista desde a antiguidade, cujo estudo aprofundado foi feito, dentre muitos outros autores, por Costas Douzinas em seu livro *O Fim dos Direitos Humanos*.

e nesse caso a resposta que ela fornece deve ser aceita, ou não é válida, e nesse caso em nada contribui para a decisão” (2002, p. 39). Os princípios, ao contrário, não apresentam consequências jurídicas que se seguem automaticamente quando as condições são dadas, eles inclinam a decisão em uma direção (embora de maneira não conclusiva) e sobrevivem intactos quando não prevalecem (2002, p. 57).

Os princípios possuiriam uma dimensão que as regras não detinham, a dimensão do peso (*dimension of weight*) ou importância. Em virtude dessa dimensão, quando os princípios se inter cruzam, aquele que vai resolver o conflito tem de levar em conta a força relativa de cada um deles (2002, p. 42). Não se trata, pois, de considerações sobre a validade ou não dos princípios, como ocorre nas regras, mas essencialmente em se perquirir qual dos princípios em conflito possui maior importância para o ordenamento jurídico e melhor resolve o caso em questão.

Ronald Dworkin procura combater a representação simplista de direito como mero sistema de regras que o positivismo oferecia, oferecendo um modelo de Direito com regras e princípios que julga mais fiel à complexidade e sofisticação das práticas sociais (2002, p. 72). É justamente esse modelo de regras e princípios que se adota na presente dissertação, ao tratar, logo adiante, do princípio da proibição do retrocesso.

A teoria dos princípios inaugurada com Dworkin encontrou ampla repercussão na literatura filosófico-jurídica de todo o Ocidente. No mundo anglo-saxão, destacam-se os trabalhos de Joseph Raz, Neil MacCormick e Robert Hart, além da longa literatura americana pós-dworkiniana. Na Espanha, escreveram sobre o tema Manuel Atienza, Luís Prieto, Juan Ruiz Manero, Afonso García Figueroa e muitos outros. Na Itália, Anna Pintore, Mário Jori, Letizia Gianformaggio, Riccardo Guastini etc.

Na impossibilidade de se analisar todos os pormenores das teorias em cada um desses autores, convém dar destaque, pela influência que exerceu em muitos países e inclusive no Brasil perante o Supremo Tribunal Federal, ao movimento teórico a favor dos princípios na Alemanha e à contribuição fundamental de Robert Alexy, conforme tópico a seguir.

3.2 PRINCÍPIOS NA TEORIA CONSTITUCIONAL ALEMÃ: ROBERT ALEXY

A teoria do direito de Ronaldo Dworkin para conceituação dos princípios e revelação de seu método de aplicação jurisdicional foi objeto de grande aceitação na comunidade

jusfilosófica de todo o Ocidente. Na Alemanha, em particular, Robert Alexy ampliou a profundidade das considerações dworkinianas em seu livro *Teoria dos Direitos Fundamentais* (*Theorie der Grundrechte*), publicado em 1986.

Buscando elaborar uma teoria geral dos direitos fundamentais da Constituição alemã, na forma de uma parte geral da dogmática dos direitos fundamentais, Alexy encontra a base de sustentação de sua doutrina na teoria dos princípios, como teoria axiológica livre de suposições insustentáveis, e na teoria das posições jurídicas fundamentais (2014, p. 29). Para ele, uma adequada dogmática dos direitos fundamentais não é possível sem uma teoria dos princípios, pois o positivismo kelseniano e seu rígido modelo de regras não representavam mais alternativa viável.

O rigor metodológico de Alexy expressa sua preocupação com a construção de uma dogmática dos direitos fundamentais que objetive conferir uma fundamentação racional de juízos concretos de *dever ser* no âmbito dos direitos fundamentais. Para tanto, a racionalidade da fundamentação exige que o percurso, entre as disposições de direitos fundamentais e os juízos de *dever ser*, seja acessível na maior medida possível a controles intersubjetivos. Esse percurso pressupõe clareza acerca da estrutura das normas de direitos fundamentais e acerca de todos os conceitos e formas argumentativas relevantes para a fundamentação no âmbito dos direitos fundamentais (2014, p. 43).

Justamente no ponto que trata da estrutura das normas jurídica que a teoria da Alexy se volta àquela desenvolvida por Dworkin, melhor sistematizando-a e aprofundando seus conceitos. De início, ele parte da diferenciação entre *norma* e *enunciado normativo*, sendo aquela o significado contido neste (2014, p. 54). Vale dizer, o enunciado normativo é o texto da lei e a norma, o significado de *dever ser* extraído daquele texto de lei. A norma, tomada nesta acepção, não se confunde com a letra da lei nem com sua validade, ou sequer com a forma de criação. A título de exemplo, o art. 1º, parágrafo único, da Constituição de República contém o seguinte enunciado normativo: “Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição”. Desse enunciado decorrem normas jurídicas principiológicas tais como a soberania popular, o sistema representativo, alguns mecanismos de democracia semidireta etc.

As *normas*, por sua vez, são estruturadas apenas sob dois modelos: ou elas são *regras* ou são *princípios*. Tanto regras quanto princípios são normas porque ambos dizem o que deve ser e podem ser formulados por meio de expressões deônticas básicas do dever, da permissão ou da proibição. Princípios são, tanto quanto as regras, razões para juízos concretos de *dever*

ser, ainda que de espécies muito diferentes. A distinção entre regras e princípios é, portanto, uma distinção entre duas espécies de normas (Alexy, 2014, p. 87).

Na compreensão dessa dogmática dos direitos fundamentais, os princípios jurídicos são entendidos como *mandamentos de otimização*. Vale dizer: o ponto decisivo na distinção entre regras e princípios é que estes (os princípios) são normas que ordenam (como *dever ser*) que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Esses mandamentos de otimização – que incluem permissões e proibições – são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida (o *dever ser*) não depender somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas. Por sua vez, o âmbito dessas possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras colidentes (p. 90). Como não contém mandamentos definitivos, mas apenas *prima facie*, princípios apresentam razões que podem ser afastadas por razões antagônicas.

Na outra ponta do esquema teórico, as *regras* são norma que são sempre satisfeitas ou não satisfeitas. Se uma regra é válida, deve-se fazer exatamente o que ela determina. Daí porque se afirmar que as regras contêm determinações no âmbito do que é fática e juridicamente possível (Alexy, 2014, p. 90-91).

Ver-se que esta proposta de diferenciação entre princípios e regras assemelha-se àquela esboçada por Ronald Dworkin em *Levando os Direitos a Sério*, dela diferindo somente no ponto em que agrega aos princípios a característica de serem mandamentos de otimização (Alexy, p. 91, nota 27).

Ademais, para Robert Alexy, a distinção entre princípios e regras apresenta-se com maior clareza quando se observa o modo diferenciado como ocorrem a *colisão entre princípios* e o *conflito entre regras*. Neste, a antinomia somente se soluciona com a introdução em uma das regras de cláusula de exceção que elimine o conflito, ou pela declaração da invalidade de alguma das normas (2014, p. 92). No conflito de regras, a teoria de Alexy, mais uma vez, retorna a Dworkin, quando este afirmava que as regras são aplicadas *all-or-nothing*, pois o conflito de regras, em geral, revela um conflito de validade das normas: uma delas é válida e aplicável, outra é inválida e inaplicável.

Diversamente, porém, ocorre a colisão de princípios, que se resolve de forma completamente diversa. Para Alexy, se dois princípios colidem no caso concreto, um deles terá de ceder. Isso não significa, contudo, nem que o princípio cedente deve ser declarado inválido, nem que nele deverá ser introduzida uma cláusula de exceção. Na verdade, o que ocorre é que um dos princípios tem precedência em face do outro sob determinadas condições – sob outras condições, a questão da precedência entre os mesmos princípios pode ser resolvida de forma

completamente diversa. Por isso se afirmar que, nos casos concretos, os princípios têm pesos diferentes e aquele com maior peso tem precedência. Daí a máxima: conflitos entre regras ocorrem no nível da validade, enquanto colisão de princípios (visto que só princípios válidos podem colidir⁴²) ocorrem na dimensão do peso (2014, p. 93-94). Aqui, mais uma vez, Alexy retorna a Dworkin, ao reafirmar que os princípios possuem uma dimensão que as regras não têm, a dimensão do peso (*dimension of weight*) ou importância.

Para se aferir qual princípio possui maior peso no caso concreto, Alexy formula uma *lei de colisão*, segunda a qual a colisão entre princípios será resolvida por meio de um sopesamento entre interesses conflitantes. O objetivo desse sopesamento seria definir qual dos interesses – que abstratamente estão no mesmo nível – tem maior peso no caso concreto. Em outras palavras, estabelece-se uma relação de precedência condicionada entre princípios, com base nas circunstâncias do caso concreto (2014, p. 95-96). Como nenhum princípio jurídico possui precedência sobre outro, abstratamente considerado⁴³, essa precedência estabelecida no caso concreto ocorre apenas à vista das circunstâncias deste mesmo caso concreto, não podendo servir de modelo automático para outros casos em que as circunstâncias tenham se modificado. Nesses casos, será sempre necessário realizar novo sopesamento dos interesses em conflito para se determinar o princípio que prevalecerá⁴⁴.

Prevendo as críticas que poderiam argumentar que esse mecanismo de sopesamento não seria passível de controle racional, Alexy (2014, p.165) sustenta que se o sopesamento se resumisse à formulação de um tal enunciado de preferências subjetivas do julgador e, com isso, à determinação da regra de preponderância no caso concreto, realmente o sopesamento não representaria um procedimento racional. No entanto, o que ele propõe é um modelo de

⁴²Para a construção teórica de Robert Alexy, apenas princípios válidos podem colidir entre si. A validade de um princípio depende do sistema constitucional adotado em cada país de modo que um princípio válido em um deles pode ser inválido em outro (2014, p. 110). Como exemplo, o voto universal e igualitário entre homens e mulheres não é um princípio aceito em todos os sistemas constitucionais. No Brasil, o princípio que pregasse a segregação da mulher do direito ao voto seria certamente inválido em face de todo o sistema estabelecido pela Constituição Federal de 1988. Esse princípio jamais colidiria com outro porque não seria válido para tanto.

⁴³A teoria dogmática de Alexy rejeita a existência de princípios jurídicos absolutos, que possuísem precedência sobre todos os outros princípios, sempre e independente das circunstâncias do caso concreto (2014, p. 111). Há, contudo, princípios que possuem em seu favor alta carga argumentativa que lhe conferem precedência na grande maioria dos casos, dando a impressão de que são princípios absolutos, tais como, por exemplo, o princípio da dignidade da pessoa humana.

⁴⁴Esse sopesamento de interesses possui outra implicação para a teoria dos princípios: sua estreita conexão com a máxima da proporcionalidade e suas três máximas parciais: a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito. Assim, a máxima da proporcionalidade em sentido estrito decorre do fato de princípios serem mandamentos de otimização em face das possibilidades jurídicas. Já as máximas da necessidade e da adequação decorrem da natureza dos princípios como mandamentos de otimização em face das possibilidades fáticas (2014, p. 118). O que normalmente se chama de princípio da proporcionalidade é por Robert Alexy chamado máxima da proporcionalidade, com o fito de não a confundir com a espécie de norma denominada aqui de princípio.

sopesamento fundamentado, que diferencia o processo psíquico que conduz à regra de preponderância no caso concreto e a fundamentação desse mesmo processo. Assim, o sopesamento é racional quando o enunciado de preferência no caso concreto, ao qual ele conduz, pode ser fundamentado de forma racional, através de qualquer meio de argumentação jurídica.

De todas essas considerações, Robert Alexy propõe um modelo jurídico combinado de regras e princípios, que surgiria da ligação entre um nível de princípios e um nível de regras. Desse modo, ao nível dos princípios pertencem todos os princípios que, sob a constituição, sejam relevantes para as decisões no âmbito dos direitos fundamentais. Um princípio é relevante para uma decisão de direitos fundamental quando ele pode ser utilizado corretamente a favor ou contra uma decisão neste âmbito (2014, p. 136). São exemplos: o princípio democrático, o princípio da proibição do retrocesso etc. Esses princípios podem estar positivados no texto da constituição ou serem princípios implícitos ao sistema constitucional adotado por cada ordem jurídica. Sobre o tema, Alex reconhece a desnecessidade de que os princípios estejam estabelecidos de forma explícita na constituição (p. 109).

Nesse modelo combinado de regras e princípios, ambos são normas constitucionais. Dessa afirmação pode-se pensar a respeito da possibilidade de existência de conflitos entre regras constitucionais e princípios constitucionais, ao qual Robert Alexy responde em favor da primazia das regras. Para ele, ainda que o nível dos princípios também seja o resultado de um ato de positivação (no caso dos princípios explícitos), a decisão do constituinte em favor de princípios passíveis de entrar em colisão deixa muitas questões em aberto (não fosse assim, não haveria necessidade de sopesamento), pois um grupo de princípios pode acomodar as mais variadas decisões sobre relações de preferência. Quando se fixam determinações ao nível das regras, é possível afirmar que o constituinte decidiu mais que a decisão em favor de certos princípios (2014, p. 140). No entanto, essa primazia das regras sobre os princípios somente se dá como regra geral, posto que princípios podem conter razões tão fortes para outras determinações que não aquelas definidas no nível das regras que o princípio da vinculação ao teor literal da constituição possa ser afastado. A questão da força dessas razões é objeto da argumentação constitucional (2014, p. 141)⁴⁵.

⁴⁵Especificamente sobre a argumentação jurídica, Robert Alexy já havia àquela altura de sua carreira escrito um livro específico, *Teoria da Argumentação Jurídica* de 1976 (Alexy, 2001). Igualmente importantes são os livros *As Razões do Direito*, *Teorias da Argumentação Jurídica*, de Manuel Atienza (Atienza, 2003), e *A Nova Retórica: Tratado da Argumentação*, de Chaim Perelman e Olbrecht-Tyteca (Perelman, 2005).

Sobre esse modelo jurídico de regras e princípios, revalorizado por Dworkin e aprofundado por Alexy, importa ainda para a presente dissertação a contribuição original feita pelo jurista brasileiro Humberto Ávila, a seguir apresentada.

3.3 A RELEITURA DE HUMBERTO ÁVILA PARA OS PRINCÍPIOS JURÍDICOS

Adiantou-se que a teoria dos princípios de Dworkin encontrou respaldo na literatura filosófico-jurídica do Ocidente. Alemanha, Itália e Espanha são alguns dos países onde a matiz teórica foi estudada por outros juristas. No Brasil, tornou-se obra fundamental sobre o assunto aquela escrita por Humberto Ávila em 2003, *Teoria dos Princípios*.

Nela, o autor tece arguta crítica sobre os critérios tradicionais de diferenciação (repetidos com foros de unanimidade) entre princípios e regras elencados por Dworkin e Alexy, procurando construir um sentido e delimitar a função dos princípios jurídicos – os quais, cada vez mais, servem de fundamento para aplicação do ordenamento constitucional, no contexto de euforia que a doutrina começou a chamar de “estado principiológico” (Ávila, 2014, p. 43)⁴⁶.

Para Humberto Ávila, normas não são textos nem o conjunto deles, mas os sentidos construídos a partir da interpretação sistemática dos textos normativos. Daí afirmar que os dispositivos se constituem no objeto da interpretação; e as normas, no seu resultado (2014, p. 50). Aqui, recorde-se a diferença entre norma e enunciado normativo feita por Alexy e referida acima; a doutrina de Ávila vai no sentido de que a norma é resultado da interpretação que o aplicador do Direito faz sobre o enunciado normativo (o texto).

Há casos em que há norma sem dispositivo, como o princípio implícito da proibição do retrocesso, cujo conteúdo normativo se infere de outros dispositivos, mas não possui nenhum dispositivo específico que lhe dê suporte físico. De igual modo, há dispositivos que não veiculam nenhuma norma jurídica, como o preâmbulo da Constituição Federal de 1988. Em outros casos, ainda, há um dispositivo do qual são construídas diversas normas, como o já citado art. 1º, parágrafo único, da CF/88 do qual decorrem os princípios da soberania popular, o princípio democrático-representativo etc. Por fim, há casos em que uma norma é construída a

⁴⁶Por não constituir o objeto principal da presente dissertação, não se abordará aqui as críticas à teoria dos princípios formuladas por Jürgen Habermas, principalmente em seu livro *Direito e Democracia*. Para uma visão abrangente e fundamentada sobre o assunto, ver o artigo *Justificação Racional das Decisões Jurídicas em Robert Alexy e a crítica de Jürgen Habermas* (ALVES, 2011).

partir do disposto em mais de um dispositivo, como o princípio da segurança jurídica que decorre dos dispositivos que contém a legalidade, a irretroatividade e a anterioridade.

Conquanto essa diferença entre o norma e dispositivo (enunciado normativo) já estivesse contida na obra de Robert Alexy, a contribuição de Humberto Ávila se deu no sentido de esclarecer que essas considerações sobre a desvinculação entre texto e sentido também conduzem à conclusão de que a função do direito não pode ser considerada como mera descrição do significado. Isso porque a compreensão do significado como conteúdo conceptual de um texto pressupõe a existência de um significado intrínseco que independa do uso ou da interpretação. Isso, porém, não ocorre, pois, o significado não é algo incorporado ao conteúdo das palavras, mas algo que depende precisamente de seu uso e interpretação. Vale dizer, “interpretação não se caracteriza como um ato de descrição de um significado previamente dado, mas como um ato de decisão que *constitui* a significação e os sentidos de um texto” (Ávila, 2014, p. 51).

A norma se constrói a partir da interpretação do enunciado normativo, não é preexistente à interpretação. Assim, o intérprete não atribui o significado aos termos legais, como se esse significado fosse anterior ao processo de interpretação; a atividade do intérprete consiste fundamentalmente em construir esses significados a partir do dispositivo legal.

Como parece evidente, essa construção não ocorre de forma completamente livre, posto que os dispositivos legais possuem *traços significativos mínimos* dos quais os intérpretes partem. Por exemplo, não se pode extrair uma norma de princípio da proibição do retrocesso de um enunciado normativo constitucional que trate da repartição de atribuições entre União, Estados, Municípios e DF, tais como o art. 21 da CF/88. O enunciado normativo, no exemplo, não permite ao intérprete extrair esse tipo de norma (princípio da proibição do retrocesso), mas permite que ele extraia outra espécie de norma, mais adequada aos traços significativos mínimo do enunciado normativo. Assim, mais correto é se afirmar que o intérprete não só constrói significado normativo como também reconstrói aquele significado mínimo já contido no dispositivo legal.

Justamente porque as normas são constituídas pelo intérprete a partir dos dispositivos, não se pode chegar à conclusão *a priori* de que este ou aquele dispositivo contém uma regra ou um princípio. Essa qualificação normativa entre norma e princípio depende de conexões axiológicas que não estão incorporadas ao texto nem a ele pertencem, mas são, antes, construídas pelo próprio intérprete. A qualificação de determinada norma como princípio ou como regra depende da colaboração constitutiva do intérprete (Ávila, 2014, p. 54-55).

Aqui reside a crítica de Humberto Ávila quanto às distinções tradicionais entre norma e princípio formuladas com base nas teorias de Dworkin e Alexy, para os quais essa diferenciação não leva em consideração o papel do intérprete em construir e reconstruir o significado do dispositivo legal, podendo levá-lo tanto a construção de uma regra quando a de um princípio. Com isso, Ávila faz uma crítica generalizada a todos os métodos usualmente empregados para a distinção entre princípios e regras, tais como o critério do caráter hipotético-condicional, o critério do modo final de aplicação (sustentando que nenhuma norma é verdadeiramente aplicada ao modo *all-or-nothing*) e o critério do conflito normativo (afirmando que o método do sopesamento não é privativo da aplicação dos princípios, mas critério de aplicação de qualquer norma, tendo em vista o caráter argumentativo do próprio Direito).

Para sua teoria, Ávila realiza uma proposta conceitual de princípios jurídicos como normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementaridade e de parcialidade, para cuja aplicação se demanda uma avaliação da correlação entre o estado de coisas e ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida com necessária à sua promoção. Em contraposição, as regras seriam normas imediatamente descritivas, primariamente retrospectivas e com pretensão de decidibilidade e abrangência, para cuja aplicação se exige a avaliação da correspondência, sempre centrada na finalidade que lhes dá suporte ou nos princípios que lhe são axiologicamente subjacentes, entre a construção conceitual da descrição normativa e a construção conceitual dos fatos (p. 102).

A grande contribuição de Humberto Ávila consistiu, portanto, em colocar à prova a teoria principiológica desenvolvida por Dworkin e Alexy, submetendo-a a criterioso processo de análise. Isso se mostrou fundamental para o aperfeiçoamento da doutrina nacional no ponto em que questionou os fundamentos de uma teoria que fora recebida no país, de maneira geral, com ares de dogma imutável, especialmente mediante a incorporação acrítica dos critérios de distinção entre princípios e regras baseados nos modos de aplicação e colisão.

Ainda mais preocupante essa posição generalizada da doutrina nacional quando se percebe que os próprios autores originais da teoria dos princípios evoluíram seus pensamentos. Efetivamente, Dworkin, a partir de seu trabalho inicial sobre princípios, deixa de focar na distinção entre princípios e regras, mantendo a distinção apenas para realçar a existência de diferentes critérios interpretativos no Direito. Alexy, por sua vez, aprimora seu pensamento tanto na própria definição de princípios como mandamentos a serem otimizados, em vez de mandamentos de otimização, quanto na eficácia mesma dos princípios, ultimamente definidos como “dever ser ideal”, também como eficácia não estritamente *prima facie* (Ávila, p. 159).

Assim, sob essa concepção de Humberto Ávila de que normas (regras ou princípios) são extraídos de enunciados normativos a partir de um processo de interpretação realizado pelo aplicador do Direito, possibilitando-se extrair princípios jurídicos implícitos ao texto da constituição com base em interpretação de seus dispositivos, passa-se à análise do surgimento e dos pressupostos do princípio da proibição do retrocesso – tido aqui como um princípio implícito à CF/88 extraído por interpretação de diversos dispositivos a seguir comentados.

3.4 O PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DO RETROCESSO

Desenvolvido na experiência doutrinária e jurisprudencial europeia e paulatinamente introduzido na arena discursiva nacional, o princípio da proibição do retrocesso⁴⁷ procura estabelecer limites materiais à atividade legislativa quando esta reduz direitos e garantias do cidadão já concretizados, proibindo uma retroação no patamar de proteção alcançado por direitos fundamentais.

A presente dissertação, valendo-se do modelo teórico de Humberto Ávila referido acima, trata a proibição do retrocesso como norma jurídica na forma de princípio constitucional implícito, extraído da interpretação de enunciados normativos (dispositivos) constantes da Constituição da República de 1988 e de tratados internacionais sobre direitos humanos. Essa norma principiológica limita materialmente a atividade de conformação do legislador por possuir ínsita a ideia de não volte-face de direitos legalmente concretizados. Nesse sentido, alegável como fundamento de inconstitucionalidade, em controle difuso ou concentrado, de leis que limitem desproporcionalmente direitos fundamentais ou revoguem sem mecanismos de compensação a legislação anterior que regulamentava direitos em um nível considerado adequado ao corpo social.

Em estudo de doutrina nacional de elevada importância, Luísa Cristina Pinto e Netto, tratando especificamente dos direitos sociais, conceitua o princípio da proibição do retrocesso

⁴⁷O princípio jurídico adota diversas terminologias de acordo com o país no qual é tratado pela doutrina. Exemplificativamente, tem-se: princípio da proibição do retrocesso, teoria da irreversibilidade, princípio da não regressividade, princípio da irreveribilidade, princípio da proibição de contrarrevolução social, princípio da proibição da evolução reacionária, *effet cliquet anti-retour*, *non régression*, *eternity clause*, *entrenched clause*, *standstill clause*, *soziales rückschrittsverbot*, *acquis social etc.* A opção pela terminologia “princípio da proibição do retrocesso” no presente trabalho atende ao critério de ser este o termo mais frequentemente utilizado em doutrina e jurisprudência pátrias, bem como ao fato de, em português, ser a expressão que melhor condensa a ideia subjacente ao seu conteúdo. Não obstante a preferência terminológica, no curso do texto em diversas ocasiões foram adotados termos sinônimos.

como “a norma jusfundamental adscrita, de natureza principal, que proíbe ao Legislador a supressão ou alteração das normas infraconstitucionais que densificam normas constitucionais de direitos sociais de molde a violar sua eficácia” (Netto, p. 113). Nas palavras de José Joaquim Gomes Canotilho, as prestações sociais consagradas legalmente não poderiam ser eliminadas sem alternativas ou compensações, funcionando a lei concretizadora de direitos fundamentais como *lei de proteção* e a ação estatal passa de simples *dever de legislar* para *dever de não eliminar ou revogar a lei* (Ramos, 2009, p. 23-24).

Conquanto ambos os doutrinadores tenham restringido seus conceitos aos direitos sociais, restará claro no decorrer dos tópicos seguintes (e principalmente do capítulo quatro) que o princípio da proibição do retrocesso aplica-se, em seus postulados, a todos os direitos fundamentais, inclusive àqueles de natureza política. As condições para aplicação da proibição do retrocesso no Brasil e seus reflexos junto aos direitos políticos são o tema do capítulo quarto, cabendo às considerações seguintes introduzirem a matéria, tomando por base as experiências internacionais em doutrina e jurisprudência.

Uma ressalva, todavia, merece ser feita de início: boa parte da doutrina reconhece que a aceitação do princípio está fundada na ideia de progresso constante no caminho da emancipação humana e da concretização da dignidade da pessoa humana, não se admitindo “marchas atrás” na consagração e efetivação de todas as espécies de direitos fundamentais (Netto, p. 111), pressupondo, para alguns, uma “concepção determinista da história” e um “optimismo inabalável” (Novais, p. 244-245).

É certo que a doutrina e alguns julgados reforçam essa ideia de que o movimento de não volte-face de direitos está calcado na crença iluminista de que a história seria uma marcha batida em direção ao progresso e à emancipação do homem. No entanto, essa dissertação enxerga um fundamento mais profundo para a proibição do retrocesso: a arma teórica de resistência jusnaturalista contra desmandos do Estado que atentem contra direitos do cidadão.

Efetivamente, aqui não se nega que a concepção de progresso contínuo não possua certo idealismo e otimismo sobre as potencialidades sociais da própria humanidade – que continuamente dá mostras de não trilhar em direção a “um estado de graça social”, para usar a expressão de Costas Douzinas (Douzinas, p. 39). A feição primeira da vedação do retrocesso, desenvolvida pela doutrina europeia, era a de uma catapulta de transformações sociais sem retorno na edificação de uma sociedade justa idealizada, um *on ne peut revenir en arrière*. Cada legislação surgida era um degrau de conquista social irrenunciável e sem retorno (Sampaio, p. 583).

As seguidas crises econômicas que se verificaram na Europa desde a década de 1970 obrigaram tribunais e doutrinadores a reverem suas concepções de não reversibilidade, conforme historiam os julgados da Corte Constitucional portuguesa a seguir referidos. Atualmente, a aplicação da vedação do retrocesso obedece a requisitos bastantes estritos (*teoria minimalista da vedação do retrocesso*), mas mantém em sua lógica existencial a característica principal: a impossibilidade de o Estado retirar direitos dos cidadãos.

Acusar a teoria da irreversibilidade de ingenuidade política ignora a própria gênese dos princípios jurídicos acima referidos. A vedação do retrocesso está fundada na filosofia dos valores e identificada com normas principiológicas, remetendo, tal como tratado nos tópicos acima, a um direito natural anterior à legislação. Esse direito seria aquele inerente ao indivíduo de não ver suas conquistas solapadas por legisladores de conveniência, em verdadeiro argumento principiológico de defesa do indivíduo em face do Estado, quando este tentar lhe retirar conquistas sociais ou políticas.

Não há nada de ingênuo em princípio jurídico que serve como arma de defesa da sociedade em face de retiradas deliberadas e propositais de seus direitos mais caros. O princípio da proibição do retrocesso, nessa compreensão, é a resistência teórica da qual a sociedade se vale para barrar leis que surrupiam seus direitos, ao argumento de que a nenhum Estado é dado propositadamente andar para trás.

Desde que se tratou da obra de Dworkin, deixou-se consignado a influência jusnaturalista que permeia toda a filosofia dos valores quanto aos princípios jurídicos. Com o princípio da proibição do retrocesso, essa influência é ainda mais evidente, pois a teoria da irreversibilidade foi concebida justamente para se contrapor ao direito legislado, quando este tente retirar conquistas fundadas em direitos subjetivos.

Não há nada de novo nessa concepção. A ideia de direito natural como defesa do homem contra o Estado está na raiz do pensamento jusnaturalista desde a antiguidade, conforme tratado, dentre todos, por Costas Douzinas em seu *O Fim dos Direitos Humanos*. Mesmo os contemporâneos direitos humanos prestam homenagem a essa tradição jurídica do direito natural, recebendo deste o seu potencial subversivo, intrínseco e inafastável, como legítimas armas teóricas de resistência. Naquele estudo, Douzinas sustenta a concepção de direito natural como uma constante na história das ideias, a luta pela dignidade humana em liberdade contra as infâmias, degradações e humilhações infringidas às pessoas por poderes instituídos, instituições e leis (Douzinas, p. 32)⁴⁸.

⁴⁸Os grandes filósofos gregos – e mesmo alguns expoente da literatura clássica, como Sófocles (em *Antígona*) – debruçaram-se sobre o conceito de leis não escritas, anteriores e superiores ao direito legislado e

Mais do que a crença ingênua no progresso inexorável da humanidade, o argumento de não retrocesso remete principalmente à ideia de resistência teórica contra leis do Estado que busquem retirar direitos do cidadão. No tempo das velocidades pós-modernas e maratonas reformistas, essa ideia possui notória contemporaneidade.

3.4.1 Crise Econômica E Retrocesso: A Experiência Europeia

Foi na experiência doutrinária e jurisprudencial europeia, contextualizada por fenômenos econômicos e políticos nos meados da década de 1970, que se deu o surgimento e desenvolvimento do princípio da proibição do retrocesso⁴⁹.

Na Alemanha, a teoria da irreversibilidade (*Nichtumkehrbarkeitstheorie*) surgiu em 1978 na obra de Konrad Hesse, prevendo a vinculação para o Estado decorrente da cláusula do Estado Social plasmada na Constituição alemã, relativas à interpretação da legislação existente, à determinação do tratamento diferenciado de certas situações em prol da igualdade e à limitação do Poder Legislativo. Para ele, não se poderia induzir o conteúdo substantivo da vinculação social do Estado diretamente da Constituição, mas, uma vez produzidas regulações, uma vez realizada a conformação legal ou regulamentar desse princípio, as medidas regressivas afetadoras dessas regulações seriam inconstitucionais, ou seja, haveria uma irreversibilidade das conquistas sociais alcançadas. A maioria da doutrina alemã não aceitou a teoria de Hesse por causa da dependência dos recursos econômicos do Estado Social, de modo que o próprio autor modificou seu entendimento e limitou a garantia derivada do princípio social ao núcleo

consuetudinário: Sócrates através de Platão (na *República*), Aristóteles (“a lei comum” na *Retórica*), a escola sofista etc. Em todos, a ideia foi sempre de criticar as convenções tradicionais e as leis, em um “truque astuto contra sacerdotes e governantes” (Douzinas, p. 43). A natureza foi a arma da filosofia, o perturbador fogo de Prometeu usado em sua revolta contra a autoridade e a lei. Sua invenção – verdadeiramente uma criação – pela filosofia grega significou um movimento tático de elevação do padrão axiológico contra as convenções, emancipando a razão da tutela do poder e dando origem ao que aqui se denomina Direito Natural (p. 48). Dele surgiu a possibilidade de julgar o mundo real com base em valores ideais, confrontando o correto por natureza com o que é legítimo por convenção ou prática do passado. Esse direito natural de crítica do real deu autonomia a uma teoria de justiça em que os arranjos em curso puderam ser criticados pela primeira vez. Nesse sentido, a invenção da natureza foi um gesto revolucionário da filosofia grega, dirigida contra a autoridade do passado e da lei como convenção, dando origem à crítica em nome da justiça (*idem*). Natureza, direito natural e ideal de justiça surgiram no mesmo momento.

⁴⁹Em recorte metodológico, optou-se por tratar a proibição do retrocesso apenas na Alemanha, Itália, França e Portugal, pois foi a partir deste modelo jurídico que a teoria da irreversibilidade ingressou no Brasil. Isso não significa que o tema não seja tratado em diversos outros países. De fato, ele é defendido na Argentina, Bélgica (*standstill clause*), Colômbia, Costa Rica, México, Paraguai e Peru; encontrando resistência em sua aceitação na Espanha (Thomé, p. 102). Sobre a proibição do retrocesso no constitucionalismo latino-americano, recomenda-se a leitura de artigo do Prof. Ingo Wolfgang Sarlet (Sarlet, 2009a).

essencial das regulações sociais estabelecidas, obrigando a distinguir os componentes elementares e básicos garantidos e outros suplementares (estes próprios da conjuntura econômica e sujeitos à disponibilidade do legislador) (Netto, p. 102). Essa modificação de entendimento na obra de Konrad Hesse, em resumo, representou o mesmo impasse que posteriormente levou as cortes constitucionais à formulação da *teoria minimalista da vedação do retrocesso*, a seguir exposta.

Ainda na Alemanha, uma crise econômica colocou em cheque a possibilidade de manter ou mesmo ampliar indefinidamente os direitos sociais, preponderantemente contraprestacionais, prometidos pelas leis do Estado social. Verificou-se verdadeira crise do modelo de Estado Social, associando-a ao agigantamento do aparato estatal, ao esgotamento dos modelos de financiamento do Estado e à ineficiência dos métodos de gestão estatal (Netto, p. 96).

O Tribunal Constitucional Federal (*Bundesverfassungsgericht* ou *BverfG*) e a *Corte Costituzionale della Repubblica Italiana*⁵⁰ assentaram existir um dever jurídico-constitucional de proteção e tutela estatal dos direitos fundamentais, que deve ser pressuposto pela administração pública e pelo Poder Judiciário. Esse dever de proteção ocorre por meio da atuação legislativa concretizadora desses direitos e se traduz na confiança dos cidadãos com relação à realização desses direitos pelo Estado e nas instituições e normas garantidoras de tais pretensões (princípio da proteção da confiança), aptas a gerar a imprescindível segurança jurídica na população (princípio da segurança jurídica) de um não volte-face dos direitos legalmente concretizados (Ramos, 2009, p. 22).

Desde os primórdios do surgimento dessa vedação do retrocesso, os julgados constitucionais realçam sua interconexão inafastável com os princípios da confiança e da segurança jurídica⁵¹, não sendo incomum que os três sejam invocados conjuntamente na análise

⁵⁰Foi justamente na Itália, em 1955, que Giorgio Balladore Pallieri concluiu pela existência de limites ao legislador ordinário, sustentando que uma vez alcançado determinado patamar, o direito social não poderia ser diminuído e, portanto, não poderia o legislador ordinário retornar à situação anterior (Derbily, 2008). Para o autor, normas como a insculpida no art. 32 da Constituição italiana, referente à tutela da saúde, embora, em última análise, dependam da boa vontade do legislador, apresentam um efeito notabilíssimo, prescrevendo uma via a ser seguida pela legislação ordinária. Com efeito, para o autor italiano, embora tais normas não consigam constranger juridicamente o legislador a seguir tal via, elas compelem-no, ao menos, a não seguir via diversa. Assim, segundo ele, além de ser inconstitucional a lei que dispuser contrariamente ao comando constitucional, uma vez dada execução à norma constitucional em comento, o legislador ordinário não poderá retornar sobre os seus passos. Na Itália, ainda contribuiu para a discussão Gustavo Zagrebelsky, o qual, em análise sobre a Corte Constitucional da Itália, sustenta que as normas constitucionais que determinam o progressivo desenvolvimento dos direitos dos particulares servem ao menos para impedir que a lei dê “marcha à ré” em relação ao nível alcançado por esses direitos em momento anterior (Derbily, 2007, p. 165).

⁵¹A doutrina costuma afirmar que o princípio da segurança jurídica é constituído, em uma perspectiva mais abrangente, pelo princípio da confiança (segurança em face do passado e segurança prospectiva), de modo que

de inconstitucionalidade de leis retrocessivas. Embora inter-relacionados, os três princípios guardam características distintivas e, no caso da proibição do retrocesso, seu espectro de atuação perante normas posteriores de conteúdo retrocessivo a difere dos princípios da confiança e da segurança jurídica, inegavelmente mais amplos e fluídos.

No âmbito dos direitos sociais, no caso BvverfGE 53, 257 (290) de 1980, o Tribunal Constitucional Federal afirmou que o legislador ordinário alemão não podia simplesmente dismantelar o sistema de Seguridade Social, eliminando aquilo que é vital para as pessoas que dele dependem e sobre ele programam sua existência. Protegeu-se, naquela ocasião, o mínimo existencial no sentido de se vedarem alterações legislativas que o deixem sem proteção (Netto, p. 102). Lá, a doutrina do *Soziales Rückschrittsverbot*, defendida por Rolf-Ulrich Schlenker, sustentava que não pode haver retrocesso absoluto na política estatal de satisfação dos direitos derivados de prestação, sob pena de violação da cláusula constitucional do Estado social de direito (art. 20.1 e 28.1, LFB) (Sampaio, p. 580)⁵².

Em 20 de Janeiro de 1984, o *Conseil Constitutionnel* francês decidiu pela impossibilidade de um retrocesso jusfundamental, julgando inconstitucional a revogação de uma lei sobre o domínio das liberdades fundamentais por outra que não oferecia uma garantia de eficácia no mínimo equivalente à existente (DC 83-165, 20.01.1984)⁵³. Logo nessa decisão a questão da proibição do retrocesso não se colocou apenas no que se refere a direitos sociais. Somente mais tarde, no início da década de 1990, o Conselho Constitucional Francês veio a admitir que o referido *effet cliquet* pudesse ainda operar no âmbito dos direitos econômicos e sociais, notadamente em relação à proteção à saúde (DC 90-287, 16.01.1991) e ao pluralismo sindical (DC 91-296, 19.07.1991).

o exercício de direitos fundamentais do cidadão pressupõe estabilidade institucional, que inclui a estabilidade jurídica (Thomé, p. 141).

⁵²O caráter meramente principiológico dessa cláusula do Estado social de direito, todavia, tem obrigado a doutrina e a jurisprudência a buscar outros argumentos no direito constitucional positivo, tendo ganhado corpo, ao menos no campo da seguridade social, a ideia de que as prestações estatais obrigatórias, que tenham algum nível de custeio em contrapartidas pessoais e que atendam a posições jurídico-patrimoniais referidas à própria existência do contribuinte, mesmo que se tratem de expectativas de direito, estariam acobertadas pela segurança da intangibilidade do direito fundamental subjetivo à propriedade (art. 14), reforçada pelo princípio da confiança, não sendo passíveis de violação sem obediência às máximas da proporcionalidade e ao dever de reparabilidade. Esses argumentos foram utilizados nos seguintes julgados do Tribunal Constitucional Federal Alemão: BvverfGE 53, 257 (290), caso da pensão suplementar de 28/02/1980; 58,81 (122); e 69,272 (300) (Sampaio, p. 580 e nota 3).

⁵³Do voto: “A ab-rogação total das orientações de 12 de novembro de 1968 [sobre as liberdades universitárias] cujas disposições davam aos docentes as garantias conforme às exigências constitucionais, que não foram substituídas pela nova lei por garantias equivalentes não é conforme a Constituição” (Sampaio, p. 581).

3.4.2 O Aprofundamento Teórico Em Portugal

Não obstante os julgados nas cortes constitucionais europeias que iniciavam a discussão sobre a matéria, parece haver consenso de que foi perante o Tribunal Constitucional português e a doutrina lusitana que o princípio da proibição do retrocesso teve seu mais completo e profundo desenvolvimento, influenciando diretamente o pensamento jurídico brasileiro sobre a matéria.

Efetivamente, no Acórdão n. 39/84⁵⁴, proferido no processo n. 06/83, julgado de 11 de abril de 1984 e relatado pelo Conselheiro Vital Moreira, aquela corte decidiu pela inconstitucionalidade material do art. 17 do Decreto-Lei n. 254/82, que revogava vários dispositivos da Lei n. 56/79 e operava a inutilização completa do Serviço Nacional de Saúde, previsto no art. 64.2 da Constituição portuguesa de 1976⁵⁵.

O pedido de inconstitucionalidade formulado pelo Presidente da República sustentava apenas a inconstitucionalidade formal decorrente de decreto-lei haver tratado sobre matéria de competência legislativa reservada à Assembleia da República. No entanto, ao lado das considerações sobre esse argumento – um tanto quanto banal para a teoria da constituição –, o Tribunal Constitucional português enxergou caso de inconstitucionalidade material da norma do art. 17 do Decreto-Lei n. 254/82. Efetivamente, naquele julgado entendeu-se que, se a revogação dos mencionados preceitos da Lei n.º 56/79 equivaleria à destruição ou inutilização do Serviço Nacional de Saúde⁵⁶ e sendo este uma forma de realização do direito à saúde

⁵⁴A íntegra de todos os julgados do Tribunal Constitucional português no curso desta dissertação referidos podem ser acessados no sítio da internet do próprio órgão.

⁵⁵Para precisão sobre o objeto decidido no acórdão, convém a explicação apresentada pelo Relator: “Importa começar por verificar o alcance do questionado preceito do Decreto-Lei n.º 254/82, diploma que veio proceder à revisão do regime das «administrações distritais de saúde», anteriormente contido no Decreto-Lei n.º 488/75, de 4 de Setembro. É o seguinte o teor desse preceito: 'São revogados o Decreto-Lei n.º 488/75, de 4 de Setembro, e os artigos 18.º, 19.º, 20.º, 21.º, 22.º, 23.º, 24.º, 25.º, 26.º, 27.º, 28.º, 29.º, 30.º, 31.º, 32.º, 33.º, 34.º, 35.º, 36.º, 37.º, 38.º, 39.º, 40.º, 41.º, 42.º, 43.º, 44.º, 45.º, 46.º, 47.º, 48.º, 49.º, 50.º, 51.º, 52.º, 53.º, 54.º, 55.º, 56.º, 57.º, 58.º, 59.º, 60.º, 61.º, 64.º e 65.º da Lei n.º 56/79, de 15 de Outubro'. O Decreto-Lei n.º 488/75 é o diploma que anteriormente regulava a matéria agora objecto de novo regime contido neste Decreto-Lei n.º 254/82; a Lei n.º 56/79 é a lei que instituiu o Serviço Nacional de Saúde. Vê-se assim que o preceito contém duas partes bem distintas: uma (a primeira parte) revoga o Decreto-Lei n.º 488/75, que era o diploma que anteriormente regulava a matéria cujo regime é substituído pelo do novo diploma; outra (a segunda parte) revoga numerosas disposições da Lei n.º 56/79, que criou e definiu as bases gerais do Serviço Nacional de Saúde, não sendo essas disposições substituídas por quaisquer outras. Há que notar que o pedido de apreciação da inconstitucionalidade não abrange todo o preceito, antes se limita ao seu segundo segmento, aquele que revoga parte da Lei n.º 56/79”.

⁵⁶Trecho do voto: “Com efeito, dos 65 artigos da lei [n.º 56/79], só não são revogados [pelo art. 17 do Decreto-Lei n. 254/82] os dos três primeiros títulos (artigos 1.º a 17.º), além dos artigos 62.º e 63.º, que se referem à extensão do Serviço Nacional de Saúde respectivamente às regiões autónomas dos Açores e da Madeira e ao território de Macau. São assim revogados todos os preceitos respeitantes à organização e funcionamento do Serviço

constitucionalmente garantido, então se estaria em causa não apenas a incompetência do governo para revogar tais normas, mas também a própria admissibilidade constitucional de tal revogação.

O Conselheiro Vital Moreira consignou que o direito à saúde, como a generalidade dos direitos sociais, consiste fundamentalmente num direito dos cidadãos a determinadas ações ou prestações estatais, com a contrapartida da obrigação do Estado em praticá-las ou prestá-las. A Constituição portuguesa teria avançado no sentido de enunciar um conjunto de tarefas estatais destinadas a realizar esse direito social e, à frente de todas elas, estaria a “criação de um serviço nacional de saúde” (artigo 64.º, n.º 2), sendo este o primeiro instrumento de realização do direito à saúde. Esse serviço nacional de saúde não seria apenas um conjunto de prestações, mas sim uma estrutura organizatória; não seria apenas um conjunto mais ou menos avulso de serviços (hospitais, etc.), mas sim um serviço em sentido próprio. Ao criar um Serviço Nacional de Saúde, a Lei n.º 56/79 limitou-se a dar cumprimento a uma obrigação constitucional do Estado. Se não a tivesse cumprido, o Estado teria incorrido em inconstitucionalidade por omissão.

A discussão que se colocava era se, uma vez instituído um Serviço Nacional de Saúde, é lícito ao Estado abolí-lo, sem com isso atentar contra o próprio direito fundamental por ele garantido. Sobre a inconstitucionalidade da revogação da Lei do Serviço Nacional de Saúde, o acórdão considerou as diretrizes constitucionais de realização dos direitos fundamentais como verdadeiras limitações à liberdade de conformação legislativa, sustentando que “o Estado não pode voltar atrás, não pode descumprir o que cumpriu, não pode tornar a colocar-se na situação de devedor”.

Considerou o tribunal que, ao extinguir o Serviço Nacional de Saúde, o Governo teria, novamente, colocado o Estado na situação de incumprimento da tarefa constitucional que lhe fora cometida pelo artigo 64.º, n.º 2 da Constituição. E mais, quando desfaz o que já havia sido realizado para cumprir essa tarefa e com isso atinge uma garantia de um direito fundamental, incorreria o governo em inconstitucionalidade por ação. Isso porque se a Constituição impõe

Nacional de Saúde, ao estatuto do seu pessoal, ao seu financiamento, à sua articulação com o sector privado, bem como as disposições finais e transitórias da lei, as quais, entre outras coisas, proviam sobre o tempo e o modo de aplicação da lei. (...) qual é o efeito da revogação desses artigos sobre a Lei do Serviço Nacional de Saúde? É fácil verificar que foi revogada toda a parte institucional e organizatória da Lei, a qual ficou reduzida a um pequeno conjunto de princípios materiais orientadores da política de saúde e dos serviços de saúde em geral, mas não do Serviço Nacional de Saúde, pois esse deixou de existir. Uma leitura da Lei n.º 56/79, que se limite aos artigos que não foram revogados, mostra imediatamente que o Serviço Nacional de Saúde, enquanto tal, foi efetivamente revogado e que das disposições subsistentes, algumas (como as dos artigos 1.º, 2.º e 3.º, n.º 2) deixaram de ter qualquer conteúdo e as restantes apenas continuam a valer como normas aplicáveis aos serviços públicos de saúde em sentido genérico ou às prestações públicas de saúde em geral, mas não a uma realidade caracterizada como era o Serviço Nacional de Saúde”.

ao Estado a realização de uma determinada tarefa (a criação de uma certa instituição, uma determinada alteração na ordem jurídica etc.), então, quando ela seja levada a cabo, o resultado passa a ter a proteção direta da Constituição. Assim, quando a tarefa constitucional consistia na criação de um determinado serviço público (como acontece com o Serviço Nacional de Saúde) e ele fosse efetivamente criado, a sua existência passaria a gozar de proteção constitucional, já que a sua abolição implicaria um atentado a uma garantia institucional de um direito fundamental e, logo, um atentado ao próprio direito fundamental. A questão da abolição do Serviço Nacional de Saúde foi tratada pelo acórdão como a revogação da execução dada a um direito fundamental, ato este que implicaria em ofensa ao próprio direito fundamental.

As tarefas constitucionais impostas ao Estado em sede de direitos fundamentais no sentido de criar certas instituições ou serviços não o obrigariam apenas a criá-los, mas também a não os abolir uma vez criados. Quer isto dizer que a partir do momento em que o Estado cumpre (total ou parcialmente) as tarefas constitucionalmente impostas para realizar um direito social, o respeito constitucional desta deixa de consistir (ou deixa de consistir apenas) numa obrigação positiva, para se transformar (ou passar também a ser) numa obrigação negativa. O Estado, que estava obrigado a atuar para dar satisfação ao direito social, passa a estar obrigado a abster-se de atentar contra a realização dada ao direito.

Em conclusão, o tribunal decidiu que, após ter emanado uma lei requerida pela Constituição para realizar um direito fundamental, é interdito ao legislador revogar essa lei, repondo o estado de coisas anterior. A instituição, serviço ou instituto jurídico por ela criados passam a ter a sua existência constitucionalmente garantida. Uma nova lei poderia vir alterá-los ou reformá-los nos limites constitucionalmente admitidos; mas não poderia vir extingui-los ou revogá-los. Esta conclusão decorreu da concepção constitucional do direito à saúde como verdadeiro e próprio direito fundamental e do Serviço Nacional de Saúde como garantia institucional da realização desse direito.

Rebatendo argumentos que previsivelmente seriam levantados contra a proibição do retrocesso, no sentido de que ela poderia operar uma indesejada imutabilidade de leis infraconstitucionais, o Conselheiro Vital Moreira consigna que a irreversibilidade não é característica de nenhuma lei em específico, nem protege as leis de modificações futuras, mas destina-se tão somente a proteger o direito fundamental no nível já concretizado. Vale dizer: a proteção de não volte-face ocorre em relação ao direito subjetivo do indivíduo, não em relação à lei que o conforma; e a proibição do retrocesso não atinge a lei em si, mas o direito fundamental que ela densifica.

Como se vê, no julgado de 1984 estão lançadas as bases da aplicação do princípio da proibição do retrocesso como apto à declaração de inconstitucionalidade de lei que venha a atingir o núcleo essencial de direitos fundamentais. O Tribunal ainda voltaria ao tema da proibição do retrocesso em diversos outros momentos⁵⁷. Em decisões seguintes, ele se mostrou particularmente restritivo na matéria, ao considerar, por exemplo, que somente ocorreria retrocesso social constitucionalmente proibido quando fossem diminuídos ou afetados direitos adquiridos, invocando o princípio da proteção da confiança e da segurança dos cidadãos no âmbito econômico, social e cultural, tendo em conta uma prévia subjetivação desses mesmos direitos (acórdão nº 101/92).

As graves crises econômicas por que passaram os estados sociais europeus no final do séc. XX e início do séc. XX foram decisivas para a reinterpretação da doutrina da irreversibilidade dos direitos sociais conformados. Efetivamente, aqueles direitos sociais, profundamente dependentes de aportes financeiros de recursos públicos, foram postos em questão ante ao princípio da realidade, especificamente na quanto à sua faceta da reserva do possível. As disponibilidades orçamentárias para seu custeio poderiam sofrer – e sofreram, efetivamente – flutuações negativas com o passar do tempo, exigindo, sob pena de falência geral do sistema, a reversibilidade de políticas adotadas de promoção de direitos sociais (Sampaio, p. 583-584).

Essa nova situação econômica e política impeliu o Tribunal Constitucional português a adotar uma posição ainda mais restritiva quando à proibição do retrocesso⁵⁸, que se convencionou chamar de *teoria minimalista da vedação do retrocesso*, atualmente vigente e cujos contornos serão aprofundados a seguir e, principalmente, no capítulo seguinte.

Em decisão paradigmática de mudança de entendimento quanto à amplitude da proibição do retrocesso, em 19 de dezembro de 2002, no processo n. 768/02, o tribunal proferiu o acórdão n. 509/02, relatado pelo Conselheiro Luís Nunes de Almeida. No caso, o Presidente da República arguiu a inconstitucionalidade do art. 4º, nº 1, do Decreto da Assembleia da República nº 18/IX, recebido para ser promulgado como lei, que procedia à revogação do

⁵⁷Especificamente, o Tribunal Constitucional português decidiu sobre a proibição do retrocesso nos seguintes acórdãos: 232/90, 233/90, 234/90, 85/91, 87/91, 101/92, 148/94, 581/95, 576/96, 465/01, 509/02, 485/03, 590/04, 47/06, 195/07, 336/07, 432/07, 188/09, 3/10, 187/10, 269/10, 338/10, 222/11, 862/13, 6/14, 102/14 e 575/14.

⁵⁸Nesse contexto de emergência financeira, o tribunal proferiu os seguintes acórdãos 399/2010, 396/2011 e 353/2012, admitindo a redução salarial progressiva de 3,5% até 10% dos servidores públicos, a suspensão do adicional de férias e do décimo terceiro e a própria redução dos vencimentos dos servidores em até 25%

rendimento mínimo garantido previsto na Lei nº 19-A/96, de 29 de junho, substituindo-o pelo rendimento social de inserção⁵⁹.

Tratando sobre a proibição do retrocesso, o acórdão parte da premissa de que nesses casos sempre seria necessário harmonizar a estabilidade da concretização legislativa já alcançada no domínio dos direitos sociais com a liberdade de conformação do legislador. Para o dilema de harmonização, haveria duas situações: a) onde a Constituição contenha uma ordem de legislar, suficientemente precisa e concreta, de tal sorte que seja possível determinar, com segurança, quais as medidas jurídicas necessárias para lhe conferir exequibilidade, a margem de liberdade do legislador para retroceder no grau de proteção já atingido é necessariamente mínima, já que só o poderá fazer na estrita medida em que a alteração legislativa pretendida não venha a consequenciar uma inconstitucionalidade por omissão, tendo sido justamente a situação tratada no Acórdão nº 39/84; b) noutras circunstâncias, porém, a proibição do retrocesso social apenas pode funcionar em casos-limite, uma vez que, desde logo, o princípio da alternância democrática, sob pena de se lhe reconhecer uma subsistência meramente formal, inculca a revisibilidade das opções político-legislativas, ainda quando estas assumam o carácter de opções legislativas fundamentais.

Foi neste julgamento que, adotando-se as diversas manifestações doutrinárias sobre o assunto, o Tribunal Constitucional assentou as condições para aplicação da proibição do retrocesso: (a) o ato normativo pretenda atingir o núcleo essencial de existência mínima inerente ao respeito pela dignidade da pessoa humana, sem a criação de outros esquemas alternativos ou compensatórios; (b) a alteração redutora do conteúdo do direito se faça com violação ao princípio da igualdade ou do princípio da proteção da confiança; e (c) quando se atinja o núcleo de um direito cujos contornos se hajam enraizado e sedimentado no seio da sociedade (Ramos, 2009, p. 28).

Para o Conselheiro Luís Nunes de Almeida, a proibição do retrocesso social operaria tão somente quando se pretenda atingir “o *núcleo essencial* da existência mínima inerente ao respeito pela dignidade da pessoa humana”, citando Canotilho. Ou seja, apenas quando “sem a criação de outros esquemas alternativos ou compensatórios”, se pretenda proceder a uma “anulação, revogação ou aniquilação pura e simples desse núcleo essencial”. Ou, ainda, tal

⁵⁹A dúvida de constitucionalidade referia-se ao artigo 4º, nº 1, que pretendia regular a titularidade do direito ao rendimento social de inserção, na medida em que, enquanto o artigo 4º, nº 1, da Lei nº 19-A/96 (rendimento mínimo garantido) reconhecia a titularidade do direito à prestação de rendimento mínimo aos indivíduos com idade igual ou superior a 18 anos, o novo diploma que se pretendia fosse promulgado como lei garantia a titularidade do direito ao rendimento social de inserção apenas às pessoas com idade igual ou superior a 25 anos. Nessa ótica, haveria uma desproteção dos jovens entre 18 e 25 anos.

como sustenta José Carlos Vieira de Andrade, quando a alteração redutora do conteúdo do direito social se faça com violação do *princípio da igualdade* ou do *princípio da proteção da confiança*; ou, então, quando se atinja o conteúdo de um direito social cujos contornos se hajam iniludivelmente enraizado ou sedimentado no seio da sociedade.

Ao final, o acórdão, embora não reconheça no caso a aplicação da proibição do retrocesso por ter sido preservado o núcleo essencial do direito fundamental, concluiu que o art. 4º, nº 1, do Decreto da Assembleia da República nº 18/IX atingia o conteúdo mínimo do direito a um mínimo de existência condigna e declarou a inconstitucionalidade do dispositivo.

Na decisão mais recente proferida pelo Tribunal Constitucional português, o Conselheiro Carlos Fernandes Cadilha consigna no seu voto a reafirmação daquela *teoria minimalista da vedação do retrocesso*. Assim, no processo n. 819/2014, acórdão n. 575/2014, relatoria do Conselheiro João Cura Mariano, rejeitou-se uma proibição geral de retrocesso social em matéria de direitos sociais, no sentido de que nunca poderia ser criado um novo regime legal que pudesse afetar qualquer situação jurídica que se encontrasse abrangida pela lei anterior. Consignou-se que essa antiga amplitude dada ao princípio destruiria a autonomia da função legislativa, cujas características típicas, como a liberdade constitutiva e a autorrevisibilidade, seriam praticamente eliminadas se, em matérias tão vastas como os direitos sociais, o legislador fosse obrigado a manter integralmente o nível de realização e a respeitar em todos os casos os direitos por ele criados.

Mais uma vez, naquele acórdão o tribunal ressaltou a necessidade de se harmonizar a estabilidade da concretização legislativa já alcançada no domínio dos direitos sociais com a liberdade de conformação do legislador, implicando na distinção das situações onde a Constituição contenha uma ordem de legislar suficientemente precisa e concreta (em que a margem de liberdade do legislador para retroceder no grau de proteção já atingido é necessariamente mínima), daquelas outras em que a proibição do retrocesso social está limitada pelo princípio da alternância democrática e opera apenas quando a alteração redutora do conteúdo do direito social afete a “garantia da realização do conteúdo mínimo imperativo do preceito constitucional” ou implique, pelo “arbítrio ou desrazoabilidade manifesta do retrocesso”, a violação da proteção da confiança.

Pela leitura de trechos dos acórdãos da Corte Constitucional portuguesa, depreende-se a influência que tais julgados receberam da doutrina jurídica daquele país. Efetivamente, no constitucionalismo lusitano, todos os grandes autores terminaram por tratar do retrocesso inconstitucional.

Na esteira de sua teoria de constitucionalismo dirigente, José Joaquim Gomes Canotilho, em *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador* de 1982 (antes, portanto, do Acórdão n. 39/84), faz a distinção entre os níveis de relevância jurídica dos direitos sociais (dimensão subjetiva, programática e igualitária) para afirmar que a dimensão subjetiva resulta da radicação de direitos através da criação por lei ou atos administrativos, de prestações, instituições e garantias necessárias à concretização dos direitos constitucionalmente reconhecidos. O autor conclui pela irreversibilidade dessa concretização de direitos derivados a prestações (assistência social, subsídio de desemprego, etc.), apontando a possibilidade de ser judicialmente reclamada a manutenção do nível de realização e de se proibir qualquer tentativa de retrocesso social (Canotilho, 1983, p. 374).

O ilustre constitucionalista português defendeu a vedação do retrocesso, explicitando que os direitos derivados a prestações desempenham o papel de “guarda de flanco” dos direitos fundamentais, pois garantem o grau de concretização já obtido. Para ele, a cláusula de proibição de evolução reacionária ou de retrocesso social vedaria ao legislador retornar sobre seus passos e eliminar, sem compensação ou alternativa, o núcleo essencial já realizado destes direitos fundamentais (Netto, p. 104).

Nas palavras do próprio Canotilho (1983, p. 477):

Os direitos derivados a prestações, naquilo em que constituem a densificação de direitos fundamentais, passam a desempenhar uma função de "guarda de flanco" (J.P. Müller) desses direitos garantindo o grau de concretização já obtido. Consequentemente, eles radicam-se subjectivamente não podendo os poderes públicos eliminar, sem compensação ou alternativa, o núcleo essencial já realizado desses direitos. (...) O princípio da democracia económica e social aponta para a proibição de retrocesso social. A ideia aqui expressa também tem sido designada como proibição de «contra-revolução social» ou da «evolução reaccionária». Com isto quer dizer-se que os direitos sociais e económicos (ex.: direito dos trabalhadores, direito à assistência, direito à educação), uma vez obtido um determinado grau de realização, passam a constituir, simultaneamente, uma garantia institucional e um direito subjectivo. A «proibição de retrocesso social» nada pode fazer contra as recessões e crises económica (reversibilidade fáctica), mas o princípio em análise limita a reversibilidade dos direitos adquiridos (ex.: segurança social, subsídio de desemprego, prestações de saúde), em clara violação do princípio da protecção da confiança e da segurança dos cidadãos no âmbito económico, social e cultural, e do núcleo essencial da existência mínima inerente ao respeito pela dignidade da pessoa humana. O reconhecimento desta protecção de «direitos prestacionais de propriedade», subjectivamente adquiridos, constitui um limite jurídico do legislador e, ao mesmo tempo, uma obrigação de prossecução de uma política congruente com os direitos concretos e as expectativas subjectivamente alicerçadas. A violação do núcleo essencial efectivado justificará a sanção de inconstitucionalidade relativamente a normas manifestamente aniquiladoras da chamada «justiça social». Assim, por ex., será inconstitucional uma lei que extinga o direito ao subsídio de desemprego ou pretenda alargar desproporcionadamente o tempo de serviço necessário para a aquisição do direito à reforma (cfr. Ac TC 39/84 – Caso do Serviço Nacional de Saúde – e Ac 148/94, DR, I, 13/5/94 – Caso das Propinas). A liberdade de conformação do legislador nas leis sociais nunca pode afirmar-se sem reservas, pois está sempre sujeita

ao princípio da proibição de discriminações sociais e políticas antisociais. As eventuais modificações destas leis devem observar os princípios do Estado de direito vinculativos da actividade legislativa e o núcleo essencial dos direitos sociais. As eventuais modificações destas leis devem observar os princípios do Estado de direito vinculativos da actividade legislativa e o núcleo essencial dos direitos sociais. O princípio da proibição de retrocesso social pode formular-se assim: o núcleo essencial dos direitos sociais já realizado e efectivado através de medidas legislativas («lei da segurança social», «lei do subsídio de desemprego», «lei do serviço de saúde») deve considerar-se constitucionalmente garantido, sendo inconstitucionais quaisquer medidas estaduais que, sem a criação de outros esquemas alternativos ou compensatórios, se traduzam, na prática, numa «anulação», «revogação» ou «aniquilação» pura e simples desse núcleo essencial. Não se trata, pois, de proibir um retrocesso social captado em termos ideológicos ou formulado em termos gerais ou de garantir em abstracto um status quo social, mas de proteger direitos fundamentais sociais sobretudo no seu núcleo essencial. A liberdade de conformação do legislador e inerente auto-reversibilidade têm como limite o núcleo essencial já realizado.

Em seu pensamento inicialmente formulado, o núcleo essencial dos direitos sociais já realizado e efectivado através de medidas legislativas deve considerar-se constitucionalmente garantido, sendo inconstitucionais quaisquer medidas estatais que, sem a criação de outros esquemas alternativos ou compensatórios, se traduzem, na prática, numa anulação, revogação ou aniquilação pura e simples desse núcleo essencial (Netto, p. 105). Aqui também Canotilho reconhece que a proibição do retrocesso se destina a limitar a reversibilidade dos direitos adquiridos e das expectativas de direito, em observância à proteção da confiança dos cidadãos em âmbito econômico, social e cultural, e do núcleo essencial dos direitos fundamentais sociais (Thomé, p. 99).

Em momento posterior de seu pensamento, Canotilho passou a admitir que as condições econômicas levariam a uma insustentabilidade do princípio da vedação do retrocesso (Netto, p. 105), ao menos no que diz respeito aos direitos sociais. Com efeito, em estudos mais recentes, J. J. Gomes Canotilho (Canotilho, 2004, p. 111) foi suficientemente claro em sua manifestação contrária à concepção rígida e inflexível do princípio da vedação do retrocesso:

O rígido princípio da ‘não reversibilidade’ ou, formulação marcadamente ideológica, o ‘princípio da proibição da evolução reaccionária’ pressupunha um progresso, uma direcção e uma meta emancipatória e unilateralmente definidas: aumento contínuo de prestações sociais. Deve relativizar-se este discurso que nós próprios enfatizámos noutros trabalhos. ‘A dramática aceitação de ‘menos trabalho e menos salário, mas trabalho e salário e para todos’, o desafio da bancarrota da previdência social, o desemprego duradouro, parecem apontar para a insustentabilidade do princípio da não reversibilidade social.

Para ele, nessa segunda fase de seu pensamento, os direitos sociais estariam sujeitos a uma “reversibilidade fática”, admitindo que, para esta sorte de direitos, o princípio da proibição do retrocesso social é impotente contra recessões e crises econômicas (Thomé, p. 101). Como se verá no capítulo seguinte, as contingências econômicas apontadas por Canotilho somente

fazem sentido para eventualmente flexibilizar direitos prestacionais, tais como os de segunda geração, em nada influenciando sobre os direitos políticos, para os quais permanecem plenamente válidos os fundamentos daquela *teoria minimalista da vedação do retrocesso*.

Ainda na doutrina portuguesa, Jorge Miranda (2000, p. 397-398) defende não ser possível ao legislador eliminar, pura e simplesmente, as normas legais e concretizadoras, suprimindo os direitos derivados a prestações porque eliminá-las significaria retirar eficácia jurídica às correspondentes normas constitucionais. Haveria, sob sua ótica, portanto, estreita relação entre o não retrocesso social e o princípio da confiança inerente ao Estado de Direito, ambas violadoras da eficácia das normas constitucionais.

Mesmo José Carlos Vieira de Andrade, crítico do princípio da proibição do retrocesso com a amplitude formulada na década de 1980⁶⁰, admite-o em determinados casos:

Em nossa opinião, é difícil aceitar um princípio geral do «acquis social» ou da «proibição do retrocesso», sob pena de se sacrificar a «liberdade constitutiva» do legislador, sobretudo numa época em que ficou demonstrado que não existe uma via única e progressiva para atingir a sociedade justa. Todavia, pode-se admitir que existe uma certa garantia de estabilidade: uma garantia mínima, no que se refere à proibição feita ao legislador de pura e simplesmente destruir o nível mínimo adquirido; uma garantia média, quando se exige às leis «retrocedentes» o respeito pelo princípio da igualdade (como proibição do arbítrio) e do princípio da protecção da confiança; uma garantia máxima, apenas nos casos em que se deve concluir que o nível de concretização legislativa beneficia de uma tal «sedimentação» na consciência da comunidade que deve ser tido como «materialmente constitucional».

(2001, p. 391-392)

Com essas considerações, intentou-se dar uma introdução à problemática da vedação do retrocesso tal como surgida e desenvolvida na experiência europeia. No capítulo seguinte, o argumento da teoria da irreversibilidade será desenvolvido, buscando seus fundamentos na Constituição da República de 1988 e nos tratados internacionais subscritos pelo Brasil, além de indicar os fundamentos do princípio entre nós e suas condições de aplicabilidade, rebatendo-se os argumentos levantados contra ele e indicando em que medida ele incide sobre a doutrina e jurisprudência pátrias. Ao final, indicar-se-á a aplicação do princípio da proibição do retrocesso

⁶⁰Em sua crítica à amplitude do princípio, tal como formulado inicialmente, o autor escreve: “*Isso não implica a aceitação de um princípio geral de proibição do retrocesso, nem uma «eficácia irradiante» dos preceitos relativos aos direitos sociais, encarados como um «bloco constitucional dirigente». A proibição do retrocesso não pode constituir um princípio jurídico geral nesta matéria, sob pena de se destruir a autonomia da função legislativa, degradando-a a mera função executiva da Constituição. A liberdade constitutiva e a auto-revisibilidade, ainda que limitadas, constituem características típicas da função legislativa e elas seriam praticamente eliminadas se, em matérias tão vastas como as abrangidas pelos direitos sociais, o legislador fosse obrigado a manter integralmente o nível de realização e a respeitar os direitos por ele criados*” (Andrade, 2001, p. 307-309).

aos direitos políticos e, como exemplo de estudo, analisar-se-á a sua incidência sobre os projetos de lei que intentam modificar o nível de proteção estabelecido pela Lei da Ficha Limpa.

4 RETROCESSO POLÍTICO E FICHA LIMPA

No capítulo anterior sustentou-se a existência de norma principiológica de proibição do retrocesso implícita ao sistema constitucional brasileiro, que limita materialmente a atividade de conformação do legislador, por possuir insita a ideia de *não volte-face* de direitos legalmente concretizados. Nesse sentido, apta a fundamentar a declaração de inconstitucionalidade, em controle difuso ou concentrado, de leis que limitam desproporcionalmente direitos fundamentais ou revogam sem mecanismos de compensação a legislação anterior que regulamentava direitos em um nível considerado adequado ao corpo social.

Efetivamente, o legislador ordinário, ao editar uma norma infraconstitucional de conformação ou densificação de determinado direito fundamental, estabelece, em tese, um patamar de proteção adequado ao momento social em que legisla. Absorvidos os efeitos de tal legislação pela sociedade, convém se investigar a viabilidade de outra legislatura editar nova lei que restrinja aquele padrão de proteção conferido e suas consequências em face dos mandamentos otimização das normas consagradoras de direitos fundamentais (art. 5º, § 1º, CF/88) e de realização progressiva dos Direitos Humanos. Busca-se uma solução constitucionalmente adequada à problemática, propondo-se a aplicação do princípio da proibição do retrocesso.

Neste quarto capítulo, procurar-se-á discorrer sobre o tratamento da proibição do retrocesso na doutrina nacional, os fundamentos e condições para sua aplicação no país, a refutação das principais objeções ao seu acatamento, as experiências jurisprudenciais em matéria de direitos sociais e políticos, arrematando, por fim, com a aplicação da proibição do retrocesso a alguns projetos de lei que intentam modificar a Lei da Ficha Limpa.

4.1 IRREVERSIBILIDADE NA DOUTRINA NACIONAL

A presente dissertação optou teoricamente, como exposto no capítulo anterior, pelo modelo teórico de princípios jurídicos desenvolvido por Humberto Ávila, de modo que aqui a proibição do retrocesso é tratada como norma jurídica na forma de princípio constitucional

implícito, extraído da interpretação de enunciados normativos (dispositivos) constantes da Constituição da República de 1988 e de tratados internacionais sobre direitos humanos.

Para Ingo Wolfgang Sarlet, a garantia constitucional a direitos adquiridos, atos jurídicos perfeitos e coisa julgada (art. 5º, inciso XXXVI), assim como as demais limitações constitucionais de atos retroativos e as garantias contra restrições legislativas dos direitos fundamentais, constituem uma decisão clara do Constituinte em prol da vedação do retrocesso ao menos nessas hipóteses. Igualmente, a proteção contra a ação do poder constituinte reformador, notadamente no concernente aos limites materiais à reforma (art. 60, § 4º), não deixa de constituir relevante manifestação em favor da manutenção de determinados conteúdos da Constituição (Sarlet, 2008).

Todavia, esses enunciados normativos, em que pese a sua relevância e a despeito de abarcarem expressiva parcela das situações envolvendo a problemática de medidas retrocessivas, não esgotam o espectro de situações carentes de proteção em face do retrocesso. De fato, há situações em que medidas inequivocamente retrocessivas não chegam a ter caráter retroativo, pelo fato de não alcançarem posições jurídicas já consolidadas no patrimônio de seu titular, ou que, de modo geral, não atingem situações anteriores (Sarlet, 2008).

Assim, a questão central que se coloca nesse contexto da proibição do retrocesso é a de saber se e até que ponto o legislador infraconstitucional pode voltar atrás no que diz com a implementação dos direitos fundamentais. Lembrando que as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata, na forma do art. 5º, § 1º, da CF – enunciado normativo que necessariamente abrange a maximização da proteção dos direitos fundamentais (Sarlet, 2008).

Para Ingo Sarlet, a proibição do retrocesso decorre de pelo menos três passagens de nossa Carta Política: 1. ao instituir um Estado Democrático de Direito (art. 1º, *caput*, CF), explicitando, já no preâmbulo, a segurança como um valor supremo da sociedade; 2. na norma de máxima eficácia e efetividade das normas definidoras de direitos fundamentais (art. 5º, § 1º, CF); e, finalmente, 3. ao inserir a dignidade humana no rol de fundamentos da República Federativa do Brasil (art. 1º, inciso III, CF), pois a proteção da dignidade humana, em sua perspectiva negativa, exige a obstrução de medidas retrocessivas que possam, inesperadamente, deslocar a pessoa de uma posição jurídica mais favorável, já lhe conferida pelas instituições sociais e estatais, a um patamar aquém do mínimo existencial condigno (Sarlet, 2005).

Afora esses dispositivos constitucionais, o *non regresso* também é extraído dos tratados internacionais sobre direitos humanos ratificados pelo Brasil. Assim, na Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica) de 22 de novembro de

1969, promulgado no Brasil pelo Decreto n. 678/1992, no art. 29, ao tratar das normas de interpretação das disposições daquela convenção, proíbe que elas sejam interpretadas no sentido de:

- a. permitir a qualquer dos Estados Partes, grupo ou pessoa, suprimir o gozo e exercício dos direitos e liberdades reconhecidos na Convenção ou limitá-los em maior medida do que a nela prevista;
- b. limitar o gozo e exercício de qualquer direito ou liberdade que possam ser reconhecidos de acordo com as leis de qualquer dos Estados Partes ou de acordo com outra convenção em que seja parte um dos referidos Estados;
- c. excluir outros direitos e garantias que são inerentes ao ser humano ou que decorrem da forma democrática representativa de governo; e
- d. excluir ou limitar o efeito que possam produzir a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem e outros atos internacionais da mesma natureza

Por sua vez, tratando especificamente dos direitos sociais, o Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (Protocolo de São Salvador), concluído em 17 de novembro de 1988 e promulgado no Brasil pelo Decreto n. 3.321/99, logo no art. 1º consigna a progressividade na realização desses direitos positivos. Normas nesse sentido também são encontradas nos arts. 2, 4, 5 e 19.8, sempre destacando “a natureza progressiva da vigência dos direitos” objeto do protocolo.

Na doutrina nacional, o debate sobre a vedação do retrocesso remete à obra *Aplicabilidade das Normas Constitucionais* de José Afonso da Silva, para quem os direitos sociais sempre foram enxergados com direitos fundamentais sujeitos ao mandamento de eficácia imediata previsto no art. 5º, § 1º, da CF. Em seu pensamento, uma vez dada execução à norma constitucional, o legislador ordinário não poderia voltar atrás e seria admissível impugnação judicial de toda e qualquer medida que venha, pura e simplesmente, subtrair supervenientemente a norma constitucional o grau de concretização anterior que lhe foi outorgado pelo legislador (Silva, p. 140).

Sobre o tema, Luís Roberto Barroso, em *O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas*, escreve que a proibição do retrocesso, conquanto não seja princípio expreso, decorre do sistema jurídico-constitucional e significa que se a lei, ao regulamentar um mandamento constitucional, institui determinado direito, ele se incorpora ao patrimônio jurídico da cidadania e não pode ser arbitrariamente suprimido. Para ele, lei posterior não pode extinguir um direito ou uma garantia, especialmente de cunho social, sob pena de promover o retrocesso, abolindo um direito fundamental da constituição. O que se veda seria, portanto, o ataque à efetividade da norma, que foi alcançada a partir de sua regulamentação (Barroso, 2002, p. 158). Em outro escrito, o Ministro do STF sustenta que a vedação do retrocesso importa na

invalidade da revogação de normas que concedam ou ampliem direitos fundamentais, sem que a revogação em questão seja acompanhada de política substitutiva ou equivalente (Barroso, 2003, p. 51).

José Adércio Leite Sampaio, por sua vez, observa a vedação do retrocesso dentro da construção do princípio da primazia da norma mais favorável aos direitos humanos. Tal ideia, desenvolvida no plano internacional, pode conduzir a proibição de recuo das leis nacionais de proteção de direitos (Sampaio, 2005, p. 162).

Lênio Luiz Streck, em seu *Hermenêutica jurídica e(m) crise*, enxerga o Estado Democrático de Direito como um instrumento de transformação social e trata da proibição do retrocesso de direitos partindo do pressuposto de que “a Constituição não tem somente a tarefa de apontar para o futuro. Tem, igualmente a relevante função de proteger os direitos já conquistados”. Desse modo, mediante a utilização da principiologia constitucional (explícita ou implícita), seria ao Poder Judiciário, mediante controle de constitucionalidade, possível combater alterações feitas por maiorias políticas eventuais, que legislando na contramão da programaticidade constitucional, retiram (ou tentam retirar) conquistas da sociedade, tal como fez a Corte Constitucional portuguesa no já referido Acórdão n. 39/84 (Streck, p. 38-39).

Por fim⁶¹, a vedação do retrocesso, notadamente quanto aos direitos sociais, foi tratada por Ingo Wolfgang Sarlet, enxergando-a como relacional ao princípio da segurança jurídica e a dignidade da pessoa humana, em perspectiva já adiantada nas considerações sobre os julgados do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha e da *Corte Costituzionale della Repubblica Italiana* no capítulo anterior.

Para Sarlet, o princípio da segurança jurídica não se esgota na irretroatividade das leis ou na proteção conferida ao direito adquirido, à coisa julgada e ao ato jurídico perfeito (art. 5º, inciso XXXVI, CF), tampouco na limitação ao poder constituinte derivado. Vai muito além, podendo atingir regras que, não obstante possuam “efeitos exclusivamente prospectivos”, possam implicar algum retrocesso social, frustrando legítimas expectativas de direito, criadas pelo próprio Estado ao concretizar direitos fundamentais proclamados na Lei Maior.

O autor entende a segurança jurídica na dimensão objetiva, que exige um patamar mínimo de continuidade do Direito, e na dimensão subjetiva, que significa a proteção da

⁶¹Evidentemente, diversos autores trataram do princípio da proibição do retrocesso na doutrina nacional, não sendo objetivo desse capítulo tratar sobre cada uma delas. Todavia, para registro, foram fundamentais à pesquisa, além das citadas, as obras de Felipe Derbily (*O Princípio da proibição do retrocesso social na Constituição de 1988*), Mário de Conto (*O Princípio da Proibição do Retrocesso Social, Uma análise a partir dos pressupostos de hermenêutica filosófica*), Luísa Cristina Pinto e Netto (*O Princípio da Proibição do Retrocesso Social*) e Marcelene Carvalho da Silva Ramos (*Princípio da Proibição do Retrocesso Jusfundamental*).

confiança do cidadão nesta continuidade da ordem jurídica no sentido de uma segurança individual das suas próprias posições jurídicas. Essa proteção da confiança, tida como um dos elementos materiais do princípio da boa-fé, tem por corolário o dever da parte de não fraudar as legítimas expectativas criadas pelos próprios atos, o que evidencia a conexão direta da boa-fé com a proteção da confiança no sentido de uma certa auto-vinculação dos atos e, portanto, de uma inequívoca relação com a noção de proibição do retrocesso (Sarlet, 2005).

Questão de elevada importância, mormente para analisar o retrocesso no caso concreto, diz respeito aos modos pelos quais pode haver recuo na proteção do direito fundamental – ou melhor, como se caracterizar esse recuo. Para José Adércio Leite Sampaio, há dois entendimentos sobre o assunto. A corrente subjetivista, a qual se filiam Jorge Miranda e Felipe Derbli, entende que o retrocesso se configura quando o padrão de proteção jusfundamental esteja entranhado na consciência social de modo que as alterações promovidas no quadro normativo levem a um sentimento generalizado de injustiça (Sampaio, 2013). Essa fundamentação foi utilizada pelo STF no julgamento da Lei da Ficha Limpa. A corrente objetivista, por sua vez, sustenta que a identificação de eventuais retrocessos deve se basear na análise de dados normativos e empíricos, especialmente na revogação pura e simples da lei, na redução do âmbito de proteção dos direitos fundamentais, na obstaculização do exercício do direito fundamental (por aumento de condições ou requisitos, por exemplo) e pela diminuição de recursos públicos destinados a promovê-los. Essas situações promoveriam duas espécies de retrocesso possíveis: o retrocesso normativo e o retrocesso empírico.

O que os julgados sobre a proibição do retrocesso indicam é que ambas as correntes são indistintamente utilizadas pelos tribunais. Igualmente, em matéria de direitos políticos e, especialmente, quanto à Lei da Ficha Limpa, oriunda de iniciativa popular, não há como adotar somente a corrente objetivista, sem considerar o previsível sentimento de injustiça que sobreviria em caso de modificação daquela legislação com recuo nos níveis de proteção por ela previstos.

4.2 FUNDAMENTOS CONSTITUCIONAIS DA PROIBIÇÃO DO RETROCESSO

O princípio da vedação do retrocesso encontra-se previsto implicitamente no ordenamento jurídico nacional e decorre, como dito *supra*, de dispositivos da Constituição Federal (art. 1º, *caput*, art. 5º, § 1º e art. 1º, inciso III) e de tratados internacionais sobre direitos

humanos ratificados pelo Brasil (Pacto de São José da Costa Rica e Protocolo de São Salvador).

Justamente sobre essa fundamentação constitucionalmente adequada para a proibição do retrocesso como princípio implícito da ordem constitucional, Luísa Cristina Pinto e Netto, em seu livro *Princípio da Proibição do Retrocesso Social*, sistematiza os fundamentos capazes de sustentar a sua adscrição a normas constitucionais, formulando verdadeiros “alicerces constitucionais para a vedação do retrocesso social”⁶². Esses fundamentos não reconduzem exclusivamente a princípios consagrados na ordem constitucional, mas também a princípios hermenêuticos e ao fenômeno da internacionalização dos direitos fundamentais (Netto, p. 115).

Para a autora, sem configurar um quadro fechado, fundamenta-se a existência de um princípio implícito da proibição do retrocesso na ordem jurídica nacional: a) na supremacia da Constituição; b) no postulado da máxima eficácia dos direitos fundamentais; c) nos princípios estruturantes do Estado Constitucional; e d) na internacionalização dos direitos fundamentais.

Invoca-se a supremacia da Constituição para enfatizar que o Estado (leia-se, legislador ordinário) não faz todo o Direito nem tem disponibilidade integral sobre a ordem jurídica, pois sempre tem sua atuação balizada pela carta constitucional. De igual forma, ela não só proíbe comportamentos desconformes com seus dispositivos, como impõe ao Estado comportamentos voltados à sua concretização das normas constitucionais como um todo e, especificamente, daquelas que consagram direitos fundamentais, de modo a impor ao legislador condutas comissivas de realização daquelas normas cimeiras do ordenamento jurídico. Diversamente da constituição dirigente de J. J. Gomes Canotilho, trata-se aqui de enfatizar que a concretização da constituição não se coloca para o Estado como uma opção, o que também não quer dizer que a constituição imponha de forma fechada um determinado sentido de concretização (Netto, p. 116-117).

Embora não se negue a existência de espaço de liberdade para a conformação legislativa⁶³, o que a supremacia da Constituição impõe é a obrigação de legislar, pois uma

⁶²Embora se tenha feito a opção teórica pela sistematização realizada pela autora, é certo que não só ela tratou dos fundamentos para a aplicação da vedação do retrocesso. Ingo Sarlet também o faz, fundamentando o princípio da proibição do retrocesso no ordenamento jurídico brasileiro no (a) Estado de Direitos democrático e social, no (b) princípio da dignidade da pessoa humana, no (c) princípio da máxima eficácia e efetividade das normas definidoras de direitos fundamentais, nas (d) manifestações expressas na Constituição contra medidas de caráter retroativo que explicitam a segurança jurídica, no (e) princípio da proteção da confiança, na (f) autovinculação dos órgãos estatais a seus atos anteriores, na (g) vinculação dos órgãos estatais à vontade expressa do constituinte e (h) no sistema de proteção internacional dos direitos fundamentais (Netto p. 115, nota 350).

⁶³Segundo a autora: “Há amplo espaço de conformação política no processo de concretização da constituição, o que pode, inclusive, determinar a escolha de prioridades nesta concretização; o que se afasta, assim, é a ideia de que haveria disposição pelos poderes estatais constituídos de concretizar os mandamentos constitucionais. (...) No Estado pluralista, fixam parâmetros para que a atuação política dos órgãos democraticamente legitimados trace as diretrizes políticas estatais, abrem espaço para o contraditório político que vai determinar

norma consagradora de direito fundamental que carece de densificação legislativa para adquirir sua máxima efetividade, exige inarredavelmente uma conduta comissiva do Poder Legislativo.

Como decorrência necessária da imposição ao legislador para que torne exequível determinadas normas constitucionais, encontra-se a correlata imposição de o legislador não alterar ou revogar normas infraconstitucionais concretizadoras de tais normas consagradoras de direitos fundamentais, pois aceitar tal retrocesso é o mesmo que permitir ao legislador que concretizou direitos obedecendo a supremacia da constituição pudesse, em outro momento, desobedecer tal supremacia constitucional e “desconcretizar” os referidos direitos.

O segundo fundamento da proibição do retrocesso é o postulado da máxima eficácia dos direitos fundamentais. Se as normas constitucionais, como normas do topo da hierarquia jurídica, já desfrutam das consequências desta posição, impondo-se como parâmetro inafastável para a produção normativa e quaisquer outras condutas estatais, as normas de direito fundamental desfrutam de “uma força jurídica reforçada”, significando que tais normas devem ser realizadas pelo legislador em medida tão ampla quanto possível relativamente às possibilidades fáticas e jurídicas (Netto, p. 120).

Esse postulado otimizador de natureza interpretativa exige do legislador atuação para a concretização dos direitos fundamentais, encontra-se previsto na Constituição da República de 1988 no art. 5º, § 1º (“As normas definidoras de direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”), não fazendo distinção entre direitos civis, políticos e sociais. Desse modo, os direitos políticos e dos partidos políticos, inseridos no Título II (Dos Direitos e Garantias Fundamentais), ao lado Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos (Capítulo I), Dos Direitos Sociais (Capítulo II) e dos Direitos de Nacionalidade (Capítulo III), também estão abrangidos pelo mandamento de otimização do referido dispositivo.

Assim, existe mandamento constitucional para que o legislador ordinário confira aos direitos fundamentais a maior eficácia possível, sendo-lhe completamente contrário a ideia de que direitos fundamentais já concretizados possam ser retirados por atividade legislativa posterior. O retrocesso legislativo é absolutamente incompatível com a máxima eficácia dos direitos e as atividades legislativas retrocessivas debilitam a efetividades de tais normas, provocando a inconstitucionalidade da produção legislativa posterior.

os 'ritmos, graus e modos de realização' dos mandamentos constitucionais. Mesmo assim, insto não quer dizer que não existem imposições constitucionais ou que os deveres do Estado carecem de exigibilidade por comportarem opções no seu cumprimento. A Constituição é axiologicamente comprometida e, como conjunto normativo ocupante do ápice do ordenamento, impõe a sua realização” (Netto, p. 118-119).

Em terceiro lugar, Luísa Cristina Pinto e Netto fundamenta a existência da proibição do retrocesso nos princípios estruturantes do Estado Constitucional, quais sejam: o princípio da juridicidade, o princípio democrático e o princípio da socialidade.

O primeiro deles impõe às atuações estatais se pautarem por critérios jurídicos preestabelecidos e densifica o propósito político de submeter o poder a limites jurídicos, em uma ampliação do antigo princípio da legalidade do período liberal. O princípio encontra-se previsto na constituição (art. 1º, *caput*, ao tratar do Estado de Direito) e fundamenta a proteção da confiança dos indivíduos no sentido de afastar alterações das condições de fruição de direitos, garantindo certa estabilidade da ordem jurídica (Netto, p. 125-126).

Segundo princípio estruturante do Estado Constitucional, o princípio democrático (art. 1º, *caput*, ao tratar do Estado Democrático, e parágrafo único) representa a tradução jurídica do propósito político de garantir a titularidade do poder pelo povo, apresentando dimensões materiais e organizacionais (Netto, p. 126). A inclusão dessa dimensão democrática nos fundamentos da vedação do retrocesso se compatibiliza com as considerações adotadas no capítulo primeiro sobre a opção da presente dissertação pela concepção procedural mínima de democracia, desenvolvida por Scott Mainwaring, Daniel Brinks e Aníbal Pérez-Liñán. Tratando dos direitos sociais, Luísa Cristina Pinto e Netto sustenta que não é possível a existência de uma democracia efetiva sem a garantia mínima daqueles direitos sociais, daí porque o retrocesso no nível de proteção desses direitos implicaria, também, na vulneração do princípio democrático, posto que este não seria exercido em sua plenitude (Netto, p. 127).

O princípio da socialidade é indicado como a vinculação jurídica do Estado na criação de condições materiais de existência digna para os indivíduos, prevista na CF nos arts. 1º, 3º, 6º, 170 e 193. Reputa-se que este princípio tem força jurídica vinculante para impor a atuação estatal positiva no sentido indicado pela constituição, o que se perfaz com a proibição de atuar em sentido contrário, anulando a situação já realizada (Netto, p. 129).

Por fim, fundamenta-se a existência de um princípio da proibição do retrocesso no movimento de progressiva internacionalização dos direitos fundamentais, passando tais direitos do âmbito interno dos Estados (*domestic affair*) para estágio de interesse internacional (*international concern*) (Netto, p. 130). Essa crescente simbiose entre direito interno e direito internacional pode ser verificada no Brasil, principalmente, com a inclusão no art. 5º da CF do § 3º pela EC n. 45/2004, que estabelece a equivalência entre os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos (desde que aprovados em dois turnos por três quintos dos votos) e as emendas constitucionais.

Assim, matérias de direitos humanos são tratadas em âmbito doméstico, mas também o são em importantes instrumentos internacionais, que podem, inclusive, serem internalizados com *status* de emenda constitucional. Muitos desses tratados internacionais tratam, justamente, sobre a realização progressiva de direitos, afinando-se com a vedação do retrocesso aqui tratada. O próprio Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais da ONU de 1966, prevê no art. 2.1., que os Estados se obrigam a garantir os níveis essenciais dos direitos ali previstos e assumem a obrigação de progressividade⁶⁴, obrigando-se a assegurar eficácia aos elementos básicos desses direitos e a adotar medidas para avançar nessa efetividade gradualmente, o que significa, por óbvio, uma obrigação de não regressividade e de não retrocesso (Netto, p. 133).

Ver-se que esses fundamentos nada mais são do que remissões a princípios e normas da Constituição Federal e de tratados internacionais sobre direitos humanos internalizados que sustentam a inferência interpretativa, na lição de Humberto Ávila, do princípio constitucional implícito da vedação do retrocesso em nosso ordenamento jurídico. A importância em sistematizar esses fundamentos é seu uso em face dos diversos argumentos que se levantam contra o reconhecimento desse princípio, como se verá a seguir.

4.3 OBJEÇÕES ARGUMENTATIVAS À PROIBIÇÃO DO RETROCESSO

Como se deve imaginar, o reconhecimento do princípio da proibição do retrocesso implica em sérias consequências sobre a atividade legislativa de conformação e sobre o parâmetro de constitucionalidade das normas retrocessivas. Essas consequências são maiores ou menores na medida em que se privilegia uma ou outra teoria sobre a vedação do retrocesso. E mesmo no caso presente, em que se adota a *teoria minimalista da vedação do retrocesso*, referida no capítulo anterior e cujos requisitos de aplicação são delineados a seguir, existem diversos argumentos contrários levantados doutrinariamente contra o referido princípio. A seguir, faz-se referência a eles por honestidade científica e pela oportunidade de refutá-los.

⁶⁴“É interessante observar que o Pacto até admite algum retrocesso em relação a um direito específico, desde que se mantenha um nível mínimo de efetividade deste direito e haja justificativa no sentido de progredir na efetivação do conjunto de direitos aí consagrados. Ademais, a progressividade imposta pelo PIDESC, exigência de avanço contínuo, não parece desembocar numa visão irrealista, pois há parâmetros para buscar o avanço, como, por exemplo, o registro de crescimento econômico de um Estado sem qualquer medida de melhoria no campo dos DESC” (Netto, p. 134).

O primeiro argumento levantado em contrário à vedação de retrocesso é baseado na suposta preponderância do princípio democrático (art. 1º, *caput*, ao tratar do Estado Democrático, e parágrafo único). Conquanto tenha sido apresentado como fundamento para aceitação da proibição do retrocesso, assim referido no tópico anterior, o princípio democrático é frequentemente usado para negar a existência dessa mesma proibição do retrocesso. Sustenta-se que o princípio democrático exige um amplo espaço de conformação do legislador infraconstitucional e a vedação do retrocesso cristalizaria o ordenamento jurídico, retirando do parlamento eleito democraticamente a capacidade de autoreversibilidade das decisões legislativas anteriores (própria da alternância de poder político), em prejuízo da legitimidade democrática do órgão (Netto, p. 139).

Em verdade, o que esse argumento esconde é a percepção de que a proibição do retrocesso não retira a capacidade de conformação legislativa dos direitos fundamentais previstos constitucionalmente, pois o legislador continua capaz de editar leis para conformar tais direitos. O que o princípio da proibição do retrocesso exige – aliado ao postulado da máxima efetividade dos direitos fundamentais – é que o legislador busque a maior concretização possível desses direitos e, atingido determinado nível de proteção, não implemente modificações legislativas de modo a suprimir aquelas proteções já conquistadas. Tal princípio pretende colocar a salvo da maioria parlamentar eventual o nível de proteção já atingido pelos direitos fundamentais, em verdadeiro exercício da tendência contramajoritária destes, pois, como se tem asseverado ao longo desse trabalho (especificamente no capítulo segundo), é mítica a crença em ciência política de que o legislador age sempre de boa-fé e em vista da realização dos interesses legítimos de todo o povo – eis um dos paradoxos da democracia.

Ingo Wolfgang Sarlet salienta que não haveria completa liberdade de conformação do legislador para voltar atrás do que diz com as próprias decisões em virtude da aplicação do princípio da proteção da confiança e pela necessidade de justificação das medidas reducionistas. Com efeito, em se admitindo uma ausência de vinculação mínima do legislador ao núcleo essencial já concretizado, estar-se-ia chancelando uma fraude à Constituição, pois o legislador – que ao legislar apenas está a cumprir um mandamento do Constituinte – poderia pura e simplesmente desfazer o que fez no estrito cumprimento da Constituição (Sarlet, 2008).

Direitos fundamentais sempre limitaram a atividade legislativa e, em consequência, o princípio democrático – o qual, como é consabido, não se reveste de caráter absoluto. No caso, a limitação à conformação legislativa desses direitos decorre igualmente de normas constitucionais, conforme fundamentos apontados *supra*. A atividade legislativa, expoente do princípio democrático, permanece assim livre para conformar o direito fundamental,

observando as diretrizes da norma conformada, mas, uma vez eleito o tempo e as medidas de conformação, não poderia o legislador – pela vedação do retrocesso – adotar medidas que desprotejam ou retirem a efetividade desses direitos fundamentais, sem ao menos estabelecer medidas de compensação equivalentes⁶⁵. Ver-se que não se retira a capacidade de conformação, mas se baliza tal atividade em normas constitucionais que exigem a máxima eficácia dos direitos fundamentais.

Ademais, como se assevera desde o capítulo primeiro, a democracia não pode ser vista apenas sob o ponto de vista de regras eleitorais, sem considerar algum conteúdo material. Por isso optou-se pela concepção procedural mínima de Mainwaring, Brinks e Pérez-Liñán neste trabalho, segundo a qual a democracia compreende, além de eleições competitivas, uma cidadania adulta e abrangente, além da efetiva proteção das liberdades civis e dos direitos políticos (Albuquerque, 2009, p. 140).

O segundo argumento contrário a não volte-face flerta com uma alegada subversão da hierarquia das normas no sistema jurídico, pois supostamente se conferiria valor constitucional a normas ordinárias densificadoras de direitos fundamentais. A aceitação de um princípio da proibição do retrocesso seria nada mais que a aceitação de uma cláusula de recepção constitucional, pois normas infraconstitucionais tornar-se-iam constitucionais e, ademais, com *status* de cláusula pétrea (Netto, p. 145).

A alegação sempre foi rebatida por praticamente todos os teóricos que defenderam a existência do princípio implícito da proibição de retrocesso e se encontra consignado em julgado da Corte Constitucional de Portugal, em passagens já referidas no capítulo anterior. Não obstante algumas considerações podem ser aqui acrescentadas em sua refutação. Na verdade, tal argumento se prende à incompreensão de que o princípio da proibição do retrocesso social não atribui às normas infraconstitucionais densificadoras de direitos fundamentais o *status* de normas constitucionais, nem muito menos lhes concede a pecha da imutabilidade.

Vale dizer: a proibição do retrocesso não protege leis ordinárias específicas, mas tão somente o nível de proteção dado por elas ao direito fundamental que concretizou. A lei ordinária, qualquer que seja, pode ser modificada sem implicar retrocesso, desde que não reduza

⁶⁵“Essa tensão traz a lume a colisão de princípios constitucionais e, segundo o entendimento defendido nesse trabalho, não leva a que o princípio formal da liberdade de conformação do Legislador se sobreponha genericamente aos direitos fundamentais, nem mesmo aos direitos sociais, de modo a tornar inaceitável uma proibição do retrocesso. A referida tensão não se resolve em termos de tudo ou nada: trata-se de conflitos normativos a serem resolvidos pelas normas de prevalência e pela ponderação, compatibilizando-se, no sistema jurídico, a vinculação do Legislador aos direitos fundamentais com sua liberdade de conformação advinda do princípio democrático. Entende-se, assim, que uma interpretação sistemática da Constituição permite superar a objeção fundada no princípio democrático contra a proibição do retrocesso social, conjugando, proporcionalmente, liberdade e vinculação no campo da atuação legislativa” (Netto, p. 141).

o patamar de proteção do direito ou estabeleça canais de compensação. Protege-se a eficácia do direito fundamental e das normas constitucionais. Se as normas constitucionais perdem eficácia com uma alteração ou supressão de normas infraconstitucionais, a vedação dessa alteração ou supressão não altera a posição que estas ocupam na escala hierárquica (Netto, p. 145).

A necessidade de se conferir eficácia ao sistema de direitos fundamentais e evitar a colisão entre eles é o terceiro argumento utilizado contra a proibição do retrocesso. Pensa-se, por exemplo, em casos em que a densificação infraconstitucional de determinado direito social poderia colidir com imposições advindas de outros direitos fundamentais (Netto, p. 149).

Aqui se observa o mais frágil argumento contra a teoria da irreversibilidade. Ora, ao longo de todo o capítulo terceiro se tratou da Filosofia dos Valores, destacando desde a obra de Ronald Dworkin, passando por Robert Alexy e Humberto Ávila, que a colisão entre princípios e normas era absolutamente natural do sistema jurídico e este sempre teve meios não traumáticos de lidar com essas colisões. Esse argumento não inviabiliza a aplicação do princípio estudado porque a colisão entre direitos fundamentais é natural de todo ordenamento jurídico, independentemente da aceitação da proibição do retrocesso. Em todo caso, resolve-se tal conflito pela aplicação da técnica da ponderação.

Por fim, procura-se desqualificar teoricamente a proibição do retrocesso com recorrentes argumentos de reserva do possível, relacionados à capacidade financeira do Estado para atender a todos os direitos prestacionais previstos na Constituição (Netto, p. 156).

Esse argumento possui destacada importância em relação a direitos prestacionais, tais como os direitos de segunda geração, no contexto de cenários econômicos desfavoráveis, de contenção de despesas e de pobreza estatal generalizada, como observada em países do terceiro mundo. Mesmo na Europa, foi justamente crises econômicas que levaram às cortes constitucionais as teorias de irreversibilidade, conforme anotado no capítulo anterior.

Realmente, em contextos de crises econômicas e direitos prestacionais, a reserva do possível é argumento a ser ponderado com cuidado, para não escusar desarrazoadamente a inércia estatal em realizar direitos fundamentais⁶⁶. Todavia, pensa-se que para as questões desenvolvidas na presente dissertação, focadas em direitos políticos, o argumento da reserva do possível se esvai rapidamente. Isso porque, como parece ser de fácil intelecção, esses direitos políticos não exigem grandes investimentos estatais a ponto de inviabilizar a sua realização progressiva.

⁶⁶Sobre o argumento da reserva do possível em relação aos direitos sociais, recomenda-se o estudo de Luísa Cristina Pinto e Neto (Netto, p. 156-166).

Retome-se, como exemplo, um dos obstáculos enfrentados pela Ficha Limpa, exposto no capítulo segundo: a criação de mecanismos de coleta de informações por parte do Ministério Público Eleitoral sobre os candidatos inelegíveis. Disse-se que nas eleições nacionais de 2014 a Procuradoria-Geral da República, no desempenho das suas funções de Procuradoria-Geral Eleitoral, desenvolveu uma plataforma de cruzamento de dados que aponta potenciais candidatos inelegíveis (módulo ficha suja), dentro do Sistema de Investigação de Contas Eleitorais – *SisConta Eleitoral*. Esse radar eleitoral foi desenvolvido por órgãos da Procuradoria-Geral da República e não se tem notícia de que ele demandou qualquer acréscimo ao orçamento do Ministério Público Federal naquele ano.

4.4 CONDIÇÕES PARA APLICAÇÃO DA TEORIA DA IRREVERSIBILIDADE

Em face da problematização posta, apresentados os fundamentos constitucionais da proibição do retrocesso e rechaçados os argumentos comumente utilizados em contrário, compete nesse momento apresentar as condições de aplicação da teoria da irreversibilidade, conforme adotada modernamente em jurisprudência e doutrina.

De início, repise-se que no presente trabalho se tem por perfeitamente possível o reconhecimento da proibição do retrocesso como princípio constitucional implícito e parâmetro de aferição da constitucionalidade de lei que estabeleça um nível de proteção menor que o vigente para certo direito fundamental, passando a atividade legislativa do tradicional “dever de legislar para conformação do direito fundamental” para o “dever de não eliminar o nível de proteção alcançado por determinado direito fundamental”.

A apresentação das condições para aplicação do princípio depende da adoção de uma das teorias sobre a vedação do retrocesso. Aqui, em passagens atrás, deixou-se claro a adoção da *teoria minimalista da vedação do retrocesso*, cujos requisitos de aplicação foram burilados pela jurisprudência e pela doutrina com vistas a tornar possível a aplicação prática do referido princípio⁶⁷.

⁶⁷Vale dizer, não há que se falar em condições para aplicação do princípio se for adotada a teoria absoluta da vedação do retrocesso. Se nenhum retrocesso legislativo ou fático é admitido, sempre o princípio será aplicado, sob quaisquer condições. Não se conhece nenhum defensor da teoria absoluta da vedação do retrocesso, motivo pelo qual, ao longo do trabalho, sempre se fez referência à teoria minimalista presentemente tratada.

Assim, já se disse no capítulo anterior que, após o paradigmático Acórdão n. 39/84, a Corte Constitucional portuguesa foi paulatinamente aprofundando as discussões sobre a vedação do retrocesso e restringido sua aplicação, à vista das seguidas crises econômicas. Esse processo de restrição culminou com o estabelecimento de uma *teoria minimalista da vedação do retrocesso*. Com esse novo paradigma de aplicação do princípio, o tribunal proferiu o acórdão n. 509/02, relatado pelo Conselheiro Luís Nunes de Almeida.

A decisão parte da premissa de harmonização entre a estabilidade da concretização legislativa já alcançada no domínio dos direitos sociais (nível da proteção do direito fundamental) e a liberdade de conformação do legislador (decorrente do princípio democrático). Para o dilema, dois cenários seriam possíveis:

- a) onde a Constituição contenha ordem de legislar, suficientemente precisa e concreta, de tal sorte que seja possível determinar, com segurança, quais as medidas jurídicas necessárias para lhe conferir exequibilidade, a margem de liberdade do legislador para retroceder no grau de proteção já atingido é necessariamente mínima, já que só o poderá fazer na estrita medida em que a alteração legislativa pretendida não venha a consequenciar uma inconstitucionalidade por omissão, tendo sido justamente a situação tratada no Acórdão nº 39/84;
- b) noutras circunstâncias, porém, a proibição do retrocesso social apenas pode funcionar em casos-limite, uma vez que, desde logo, o princípio da alternância democrática, sob pena de se lhe reconhecer uma subsistência meramente formal, inculca a revisibilidade das opções político-legislativas, ainda quando estas assumam o carácter de opções legislativas fundamentais.

Foi neste julgamento que, adotando-se as diversas manifestações doutrinárias sobre o assunto, o Tribunal Constitucional assentou as condições para aplicação da proibição do retrocesso: (a) o ato normativo pretenda atingir o núcleo essencial de existência mínima inerente ao respeito pela dignidade da pessoa humana, sem a criação de outros esquemas alternativos ou compensatórios; (b) a alteração redutora do conteúdo do direito se faça com violação ao princípio da igualdade ou do princípio da proteção da confiança; e (c) quando se atinja o núcleo de um direito cujos contornos se hajam enraizado e sedimentado no seio da sociedade (Ramos, 2009, p. 28).

Verificadas essas condições, entende-se que a lei posterior viola os fundamentos constitucionais da vedação do retrocesso – especialmente o mandamento otimização das normas consagradoras de direitos fundamentais previsto no art. 5º, § 1º, CR/88, e o critério internacionalmente sedimentado de realização progressiva dos Direitos Humanos –, atraindo para si a pecha de inconstitucionalidade, declarável em controle difuso ou concentrado.

O Supremo Tribunal Federal enfrentou os critérios para aplicação da proibição do retrocesso no já referido julgamento conjunto das Ações Declaratórias de Constitucionalidade

n. 29 e n. 30, e da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.578, todas de relatoria do Ministro Luiz Fux e manejadas contra a Lei da Ficha Limpa.

No caso, os autores das ações sustentaram que a Ficha Limpa violaria a proibição do retrocesso ao atentar contra o princípio constitucional da presunção de inocência eleitoral, ao cominar inelegibilidades a réus não definitivamente julgados. Em seu voto, o Ministro Luiz Fux entendeu não haver violação o princípio da proibição do retrocesso por duas razões: 1. Inexistência de um consenso básico profundo sobre a aplicação da presunção de inocência ao direito eleitoral; e 2. Inexistência de arbitrariedade na restrição legislativa provocada pela Ficha Limpa sobre o direito político de índole passiva.

Sobre o primeiro argumento, Sua Excelência consigna ser condição para a ocorrência do retrocesso que, anteriormente, a exegese da própria norma constitucional se tenha expandido, de modo a que essa compreensão mais ampla tenha alcançado consenso básico profundo e, dessa forma, tenha radicado na consciência jurídica geral. Necessária, portanto, a “sedimentação na consciência social ou no sentimento jurídico coletivo”, citando o doutrinador português Jorge Miranda. Não haveria, portanto, como sustentar que a extensão da presunção de inocência para além da esfera criminal tenha atingido o grau de consenso básico a demonstrar sua radicação na consciência jurídica geral. Antes o contrário: a aplicação da presunção constitucional de inocência no âmbito eleitoral não obteve suficiente sedimentação no sentimento jurídico coletivo a ponto de permitir a afirmação de que a sua restrição legal em sede eleitoral atentaria contra a vedação de retrocesso.

O segundo argumento quanto à inexistência de arbitrariedade na restrição legislativa segue no sentido de que as restrições legais aos direitos fundamentais se sujeitam aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade e, em especial, àquilo que, em sede doutrinária denomina-se de *limites dos limites* (*Schranken-Schranken*), que dizem com a preservação do núcleo essencial do direito. Também nesse caso não se verificou qualquer afronta pelos dispositivos trazidos pela Lei da Ficha Limpa.

Note-se que, em ambos os casos, as duas cortes constitucionais (STF e Corte Constitucional de Portugal) elencaram critérios para aplicação da proibição do retrocesso, sendo ambas coerentes com a impossibilidade de se admitir uma vedação geral e absoluta a qualquer retrocesso legislativo.

Em âmbito doutrinário, Luísa Cristina Pinto e Netto estrutura critérios para aplicação do princípio da proibição do retrocesso a partir: 1. Da vinculação do legislador aos direitos fundamentais, relacionado com o dever de concretizar o núcleo essencial de tais direitos e com

a restrição à liberdade de conformação; e 2. Dos parâmetros de ponderação e das exigências em caso de afastamento do princípio da proibição do retrocesso (Netto, p. 167).

No que pertine ao primeiro critério (vinculação do legislador aos direitos fundamentais), ele comporta duas dimensões: a) a dimensão positiva, relativa à imposição de legislar, criando norma para assegurar proteção suficiente ao direito fundamental, garantindo-lhe exequibilidade e conferindo eficácia ao direito fundamental; e b) a dimensão negativa, relativa à proibição ao legislador de produzir normas contrárias às normas constitucionais consagradoras de direitos fundamentais, de modo que, por sua produção legislativa ordinária, não possa revogar ou alterar normas existentes de modo a aniquilar ou comprometer a eficácia do direito fundamental.

Assim, as considerações problemáticas sobre a vedação do retrocesso se encontram no descumprimento do legislador da dimensão negativa de sua vinculação aos direitos fundamentais (ou seja, na proibição ao legislador de produzir normas contrárias às normas constitucionais consagradoras de direitos fundamentais), ao pretender revogar ou alterar leis existente de modo a comprometer a eficácia já alcançada pelo direito fundamental.

Todavia, essa dimensão negativa é amplamente interconectada com a dimensão positiva (imposição de criar norma para assegurar proteção suficiente ao direito fundamental, garantindo-lhe exequibilidade e conferindo eficácia ao direito fundamental). Assim, diz-se que cabe ao legislador, em face de um direito fundamental e do mandato de otimização dos mesmos, emitir leis infraconstitucionais, no exercício legítimo de seu poder de conformação democrático, que garantam àquele direito fundamental uma eficácia em grau máximo, dentro das possibilidades fáticas e jurídicas daquele momento histórico em que é emitida a lei conformadora. Ocorre que este poder de conformação não pode ser exercido de modo a deixar desamparado o núcleo essencial do direito fundamental e comprometer de morte sua eficácia jurídica. Por isso se diz que o legislador tem o dever de concretizar ao menos o núcleo essencial do direito fundamental – trata-se de conferir exequibilidade às normas constitucionais decorrente da supremacia da Constituição.

Essa obrigação de realizar ao menos o núcleo essencial dos direitos fundamentais (dimensão positiva), como parece evidente, não afasta integralmente a liberdade de conformação do legislador quanto aos meios à sua disposição. Em outras palavras, o legislador tem o dever de legislar para concretizar o núcleo essencial dos direitos fundamentais, podendo decidir como vai conformar os deveres do Estado para cumprir as prestações relativas a este núcleo, não podendo eleger meios insuficientes ou inidôneos, que comprometam a eficácia do direito fundamental.

Realizado o núcleo essencial do direito fundamental pelo legislador ordinário (dimensão positiva), tem-se que o patamar de proteção alcançado por este direito não pode ser alterado de modo a comprometer sua eficácia por aplicação do princípio da proibição do retrocesso (dimensão negativa).

Questão interessante diz respeito ao segundo critério para aplicação da proibição do retrocesso, acima referido (parâmetros de ponderação e das exigências em caso de afastamento do princípio da proibição do retrocesso). Nesse caso, pode-se pensar a respeito da aplicação do retrocesso a alteração legislativa supressora de normas conformadoras de direitos fundamentais que não se encontram dentro do núcleo essencial do direito fundamental.

A esse respeito, Luísa Cristina Pinto e Netto sustenta que o princípio da proibição do retrocesso, quando se está diante de produção legislativa que debilita a eficácia dos direitos fundamentais sem tocar em seu núcleo essencial, entra em colisão com outros princípios, mormente o democrático, que expressa a liberdade de conformação do legislador, reclamando da resolução adequada do conflito segundo a técnica da ponderação. Em certas circunstâncias, a proibição do retrocesso precederá as normas opostas, resultando daí uma vedação definitiva de retrocesso. Em outras circunstâncias, porém, dependendo do peso que assumam as normas colidentes, este princípio poderá ceder (Netto, p. 193).

Em suma, o que defende a autora é que, para além da concretização do núcleo essencial do direito fundamental, as normas infraconstitucionais conformadoras poderiam ser alteradas e até suprimidas, desde que se fizesse o juízo de ponderação entre o princípio da proibição do retrocesso e o princípio democrático. Nesse juízo de ponderação, deve-se levar em consideração os princípios da proporcionalidade *lato senso*, da proibição da proteção deficiente, da igualdade, da segurança jurídica e proteção da confiança e a racionalidade da fundamentação da medida retrocessiva (Netto, p. 199).

As experiências jurisprudenciais e teses doutrinárias permitem o desenho dos seguintes critérios para aplicação do princípio da proibição do retrocesso:

- (a) aplica-se a proibição do retrocesso quando o ato normativo pretenda atingir o núcleo essencial do direito fundamental (cuja obrigação de implementar é imposta constitucionalmente), sem a criação de esquemas alternativos ou compensatórios. Sobre esse núcleo essencial é importante que seus contornos se hajam enraizado e sedimentado no seio da sociedade, indicando um consenso básico profundo;
- (b) aplica-se a proibição do retrocesso se a alteração redutora do conteúdo do direito fundamental se faça com violação à dignidade da pessoa humana, ao princípio da igualdade ou ao princípio da proteção da confiança. No caso de colisão de princípios, aplica-se a regra da ponderação no caso concreto;

(c) aplica-se a proibição do retrocesso quando verificada arbitrariedade na restrição legislativa modificadora, sujeitando-se a modificação aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade para a preservação do núcleo essencial do direito.

Como se vê, na base de todos os critérios de aplicação coletados da doutrina e da jurisprudência, a tônica é sempre a proteção do núcleo essencial do direito fundamental⁶⁸, cabendo ao aplicador do direito proceder primeiro à perfeita determinação desse “núcleo duro” do direito fundamental antes de partir para a análise da legislação modificadora à luz da vedação do retrocesso. Dentro do núcleo essencial, a proibição do retrocesso é absoluta; fora do núcleo essencial, a proibição do retrocesso é relativa e pode ser afastada, por ponderação, quando em conflito com outros princípios (Netto, p. 196) – dentre os quais o princípio democrático que tem por consectário a liberdade de conformação do legislador.

Se esta legislação modificadora (a) atingir o núcleo essencial do direito fundamental, sem a criação de esquemas alternativos ou compensatórios; (b) reduzir o conteúdo do direito fundamental de modo a violar a dignidade da pessoa humana, o princípio da igualdade ou o princípio da proteção da confiança; ou (c) implicar arbitrariedade na restrição legislativa modificadora, em violação aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade; em todos esses casos há possibilidade de se discutir a aplicação do princípio da proibição do retrocesso.

A seguir se observará alguns casos decididos pela jurisprudência sobre a aplicação da vedação do retrocesso para se comprovar que os critérios acima elencados foram utilizados.

⁶⁸Sobre o núcleo essencial dos direitos fundamentais, ver a explicação de Luísa Cristina Pinto e Netto, do qual se extrai o seguinte trecho: “a adoção da noção de conteúdo ou núcleo essencial dos direitos fundamentais enfrenta sérias críticas, agravadas no caso específico dos direitos sociais, que podem ser agrupadas em torno da (a) impossibilidade ou dificuldade de se determinar este núcleo e das (b) consequências negativas da afirmação de um núcleo essencial para a fundamentalidade e eficácia de direitos sociais. Na ciência dessas críticas e de sua seriedade, avança-se na ideia de núcleo essencial adotada – ao que se refere também como o mínimo de exequibilidade das normas de direitos sociais ou eficácia prestacional essencial dos direitos sociais – visando esclarecer os pontos indicados criticamente. Sem adentrar em todas as discussões suscitadas pela noção de núcleo essencial dos direitos fundamentais, registra-se que as teorias absolutas identificam o conteúdo essencial do direito fundamental como uma medida fixa, relativa aos elementos típicos que configuram o direito, no sentido de que não pode ser afetada e, se o for, há inconstitucionalidade. As teorias relativas, por sua vez, não partem da ideia de que o conteúdo essencial de um direito fundamental é uma medida determinada de maneira fixa, consideram que sua afetação se verifica quando o direito é limitado além do que obrigava a justificação constitucional da intervenção. O conteúdo essencial, sob esse prisma, não é um elemento estável do direito, somente se determina pelo confronto da norma que prevê o direito com a justificação constitucional da intervenção” (Netto, p. 176-177).

4.5 JURISPRUDÊNCIA EM MATÉRIA DE DIREITOS SOCIAIS E AMBIENTAIS

No início, a aplicação do princípio da proibição do retrocesso esteve atrelada às suas raízes de proteção do núcleo essencial dos direitos sociais, conforme a experiência europeia, de modo que as primeiras decisões das cortes de superposições brasileiras se deram justamente neste campo.

Efetivamente, em julgamento de 03 de abril de 2003 o Pleno do Supremo Tribunal Federal apreciou a Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1.946, proposta pelo Partido Socialista Brasileiro – PSB contra o art. 14 da Emenda Constitucional n. 20/98⁶⁹, para dar interpretação conforme a Constituição ao dispositivo impugnado, excluindo-se sua aplicação ao salário da licença gestante (art. 7º, XVIII, CF). Naquela ocasião, o Ministro Relator Sydney Sanches consignou que, desde 1974, o legislador vinha tratando a proteção à gestante cada vez menos como um encargo trabalhista do empregador e mais como de natureza previdenciária. Essa orientação foi mantida mesmo após a Constituição de 05/10/1988, cujo art. 6º determina: a proteção à maternidade deve ser realizada "na forma desta Constituição", ou seja, nos termos previstos em seu art. 7º, XVIII: "licença à gestante, sem prejuízo do empregado e do salário, com a duração de cento e vinte dias". Diante desse quadro histórico, asseverou o Relator que não se poderia presumir que o legislador constituinte derivado haja pretendido a revogação, ainda que implícita, do art. 7º, XVIII, da Constituição Federal originária. Se esse tivesse sido o objetivo da norma constitucional derivada, por certo a EC nº 20/98 conteria referência expressa a respeito. E, à falta de norma constitucional derivada, revogadora do art. 7º, XVIII, a pura e simples aplicação do art. 14 da EC 20/98, de modo a torná-la insubsistente, implicaria em retrocesso histórico em matéria social previdenciária⁷⁰.

Em 23 de agosto de 2011, a Segunda Turma do STF, em acórdão relatado pelo Ministro Celso de Mello (ARE-AgR 639.337), adotou o princípio da proibição do retrocesso como fundamento de decisão em matéria de educação infantil. O julgado, que se tornou paradigmático

⁶⁹Art. 14 - O limite máximo para o valor dos benefícios do regime geral de previdência social de que trata o art. 201 da Constituição Federal é fixado em R\$ 1.200,00 (um mil e duzentos reais), devendo, a partir da data da publicação desta Emenda, ser reajustado de forma a preservar, em caráter permanente, seu valor real, atualizado pelos mesmos índices aplicados aos benefícios do regime geral de previdência social.

⁷⁰Em sede de votos vencidos, a matéria de vedação do retrocesso foi tratada no STF pelos Ministros Sepúlveda Pertence na ADI n. 2.065-DF, que se insurgia sobre a revogação dos conselhos federal e estaduais da seguridade social; e Celso de Mello na ADI n. 3.105-DF, apresentada contra a constitucionalidade do art. 4º, caput e parágrafo único, da EC n. 41/2003, que instituiu a contribuição previdenciária dos servidores públicos inativos e pensionistas. Em ambos os votos vencidos, Suas Excelências perfilharam entendimentos que remetem ao Acórdão n. 39/84 da Corte Constitucional portuguesa.

em matéria em implementação de políticas públicas pelo Judiciário, afirmou que a educação infantil, como direito fundamental de toda criança, não se expõe, em seu processo de concretização, a avaliações meramente discricionárias da Administração Pública nem se subordina a razões de puro pragmatismo governamental. Em consequência, quando o Poder Público se abstém de cumprir, total ou parcialmente, o dever de implementar políticas públicas definidas no próprio texto constitucional, transgredir a integridade da Lei Fundamental, estimulando, no âmbito do Estado, o preocupante fenômeno da erosão da consciência constitucional. Especificamente quanto ao tema tratado no presente estudo, o Ministro Relator consignou em seu voto:

O princípio da proibição do retrocesso impede, em tema de direitos fundamentais de caráter social, que sejam desconstituídas as conquistas já alcançadas pelo cidadão ou pela formação social em que ele vive. A cláusula que veda o retrocesso em matéria de direitos a prestações positivas do Estado (como o direito à educação, o direito à saúde ou o direito à segurança pública, v.g.) traduz, no processo de efetivação desses direitos fundamentais individuais ou coletivos, obstáculo a que os níveis de concretização de tais prerrogativas, uma vez atingidos, venham a ser ulteriormente reduzidos ou suprimidos pelo Estado. (...). Em consequência desse princípio, o Estado, após haver reconhecido os direitos prestacionais, assume o dever não só de torná-los efetivos, mas, também, se obriga, sob pena de transgressão ao texto constitucional, a preservá-los, abstando-se de frustrar - mediante supressão total ou parcial - os direitos sociais já concretizados.

A mesma Segunda Turma do STF voltou a aplicar o princípio da proibição do retrocesso em outras oportunidades: 1) relativamente ao atendimento de gestantes em maternidades estaduais, no RE-AgR 581.352, em julgado de 29 de outubro de 2013; e 2) na obrigação do Estado do Ceará em estruturar a Defensoria Pública como forma de se conferir efetividade ao art. 5º, inciso LXXIV, da CF/88, no RE-AgR 763.667, cujo julgamento se deu em 22 de outubro de 2013.

Em 23 de outubro de 2014, o Pleno do STF não reconheceu retrocesso na alteração das normas de pagamento do DPVAT, posto que os princípios da dignidade da pessoa humana e da proporcionalidade não foram violados pela previsão de mecanismos compensatórios na ordem normativa (ADI n. 4350, Relator Min. Luiz Fux).

Em 13 de novembro de 2014, a Segunda Turma do STF, em ação envolvendo o custeio pelo Estado de serviços hospitalares prestados por instituições privadas em benefício de pacientes do SUS atendidos pelo SAMU em caso de urgência e de inexistência de leitos na rede pública, reconheceu que a reserva do possível não poderia ser reconhecida quando puder comprometer o núcleo básico do direito fundamental que qualifica o mínimo existencial. Igualmente, reconhece o princípio da proibição do retrocesso como parâmetro constitucional

para declaração de inconstitucionalidade (ARE 727864 AgR, Relator Min. Celso de Mello). O mesmo entendimento foi adotado no (ARE 745745 AgR)⁷¹.

Desde janeiro de 2013, encontra-se em trâmite no STF três ações diretas de inconstitucionalidade (ADI's 4901, 4902 e 4903) apresentadas pela Procuradoria-Geral da República, questionando dispositivos do novo Código Florestal (Lei n. 12.651/12) à luz do princípio da proibição do retrocesso em matéria ambiental ao argumento de que haveria clara inconstitucionalidade e retrocesso em dispositivos que reduziram e extinguíram áreas antes consideradas protegidas por legislações anteriores.

Não só a Corte Constitucional, mas também o Superior Tribunal de Justiça já aplicou o princípio da proibição do retrocesso. No Resp n. 200100140947, a Segunda Turma, em acórdão Relatado pelo Ministro Herman Benjamin, em 01 de dezembro de 2010, consignou que o exercício do *ius variandi*, para flexibilizar restrições urbanístico-ambientais contratuais, haverá de respeitar o ato jurídico perfeito e o licenciamento do empreendimento, pressuposto geral que, no Direito Urbanístico, como no Direito Ambiental, é decorrência da crescente escassez de espaços verdes e dilapidação da qualidade de vida nas cidades. Por isso mesmo, submete-se ao princípio da não-regressão (ou, por outra terminologia, princípio da proibição de retrocesso), garantia de que os avanços urbanístico-ambientais conquistados no passado não serão diluídos, destruídos ou negados pela geração atual ou pelas seguintes.

No recente AgRg na Rcl 21.763/DF, o Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, decidiu, em março de 2016, em causa sobre remuneração de servidor público, que à luz do princípio da proibição do retrocesso, não se admite que uma regra jurídica afluyente possa desconstituir um direito subjetivo ou conferido por norma anterior, a não ser que também afluja situação impeditiva da manutenção daquele direito, na complexa condição de insuperável e incontornável⁷².

Ainda que as referidas decisões tenham se adstringido a direitos prestacionais, em duas oportunidades o Supremo Tribunal Federal se debruçou sobre a questão do retrocesso no âmbito dos direitos políticos, a qual se faz referência no tópico seguinte.

⁷¹Ainda que subtraído do texto da ementa, o princípio da proibição do retrocesso foi discutido pelos ministros do STF no julgamento das seguintes ações: ADI 3104, Relatora Min. Cármen Lúcia, em 26/09/2007; no MS 24875, Relator Min. Sepúlveda Pertence, em 11/05/2006; na ADI 2213 MC, Relator Min. Celso de Mello, em 04/04/2002; no **RE 658312** ; no **ARE 709212** e no **ARE 704520**.

⁷²No REsp 1249227/SC, que tratava sobre direito real de habitação à luz do direito civil, em voto vista o Min. Marco Buzzi, usou como fundamentação a teoria da proibição do retrocesso social.

4.6 JURISPRUDÊNCIA EM MATÉRIA DE DIREITOS POLÍTICOS

A respeito da aplicação da proibição do retrocesso a direitos políticos, o julgado paradigmático em âmbito do direito internacional é o julgado da Corte Europeia de Direitos Humanos, no caso *Matthews v. Royaume-Uni*, que condenou o Reino Unido, em fevereiro de 1999, com base na Convenção Europeia de Direitos Humanos, por ter concordado com a extensão dos poderes do Parlamento Europeu sem promover, simultaneamente, a extensão do direito de sufrágio para as eleições europeias aos habitantes de Gibraltar.

No Brasil, a vedação do retrocesso foi tratada em duas situações perante o STF, decidindo matéria de direitos políticos.

4.6.1 Julgamento Do Voto Impresso

A primeira vez em que o Supremo Tribunal Federal enfrentou a aplicação do princípio da proibição do retrocesso em matéria de direitos políticos foi no julgamento da Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4543, proposta pela Procuradoria-Geral da República em face do art. 5º da Lei n. 12.034/09.

Este diploma legislativo, que realizou uma das já corriqueiras “minirreformas” eleitorais, previu no dispositivo impugnado o seguinte:

Art. 5º Fica criado, a partir das eleições de 2014, inclusive, o voto impresso conferido pelo eleitor, garantido o total sigilo do voto e observadas as seguintes regras:

§ 1º A máquina de votar exibirá para o eleitor, primeiramente, as telas referentes às eleições proporcionais; em seguida, as referentes às eleições majoritárias; finalmente, o voto completo para conferência visual do eleitor e confirmação final do voto.

§ 2º Após a confirmação final do voto pelo eleitor, a urna eletrônica imprimirá um número único de identificação do voto associado à sua própria assinatura digital.

§ 3º O voto deverá ser depositado de forma automática, sem contato manual do eleitor, em local previamente lacrado.

§ 4º Após o fim da votação, a Justiça Eleitoral realizará, em audiência pública, auditoria independente do software mediante o sorteio de 2% (dois por cento) das urnas eletrônicas de cada Zona Eleitoral, respeitado o limite mínimo de 3 (três) máquinas por município, que deverão ter seus votos em papel contados e comparados com os resultados apresentados pelo respectivo boletim de urna.

§ 5º É permitido o uso de identificação do eleitor por sua biometria ou pela digitação do seu nome ou número de eleitor, desde que a máquina de identificar não tenha nenhuma conexão com a urna eletrônica.

Na inicial, a Procuradoria-Geral da República requereu a suspensão, em caráter liminar, e a posterior declaração de inconstitucionalidade do artigo 5º da Lei 12.034/2009, alegando que ele comprometia o sigilo e a inviolabilidade do voto assegurada pelo artigo 14 da CF, além de abrir uma brecha para uma mesma pessoa votar duas ou mais vezes, com isso violando a igualdade de votos. Naquela ocasião se sustentou que “a garantia da inviolabilidade do eleitor pressupõe a impossibilidade de existir, no exercício do voto, qualquer forma de identificação pessoal, a fim de que seja assegurada a liberdade de manifestação, evitando-se qualquer tipo de coação”.

Em 19 de outubro de 2011, o Plenário do STF deferiu a medida cautelar para suspender liminarmente a eficácia do dispositivo impugnado, em julgado desta forma ementado:

CONSTITUCIONAL. ELEITORAL. ART. 5º DA LEI N. 12.034/09: IMPRESSÃO DE VOTO. PLAUSIBILIDADE JURÍDICA DOS FUNDAMENTOS POSTOS NA AÇÃO. SIGILO DO VOTO: DIREITO FUNDAMENTAL DO CIDADÃO. VULNERAÇÃO POSSÍVEL DA URNA COM O SISTEMA DE IMPRESSÃO DO VOTO: INCONSISTÊNCIAS PROVOCADAS NO SISTEMA E NAS GARANTIAS DOS CIDADÃOS. INCONSTITUCIONALIDADE DA NORMA. CAUTELAR DEFERIDA. 1. A exigência legal do voto impresso no processo de votação, contendo número de identificação associado à assinatura digital do eleitor, vulnera o segredo do voto, garantia constitucional expressa. 2. A garantia da inviolabilidade do voto põe a necessidade de se garantir ser impessoal o voto para garantia da liberdade de manifestação, evitando-se qualquer forma de coação sobre o eleitor. 3. A manutenção da urna em aberto põe em risco a segurança do sistema, possibilitando fraudes, impossíveis no atual sistema, o qual se harmoniza com as normas constitucionais de garantia do eleitor. 4. Cautelar deferida para suspender a eficácia do art. 5º da Lei n. 12.034/02 (ADI 4543 MC, Relatora Min. CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 19/10/2011, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-044 DIVULG 01-03-2012 PUBLIC 02-03-2012 RTJ VOL-00221- PP-00407 RT v. 101, n. 921, 2012, p. 410-441)

Conquanto não expresso na ementa, o princípio da proibição do retrocesso social foi fundamento decisivo para o deferimento da medida. Nela a Relatora consignou que no direito constitucional brasileiro o voto é secreto (art. 14, CF) e que o segredo do voto constitui conquista destinada a garantir a inviolabilidade do querer democrático do eleitor e a intangibilidade do seu direito por qualquer forma de pressão.

Reconhecendo que a história brasileira registrou vícios não pequenos nos processos eleitorais, a Ministra Carmem Lúcia escreveu que a vulnerabilidade do voto era maior pela possibilidade de cobrança feita ao eleitor por candidatos que, imoralmente, cobravam o esclarecimento dos ilícitos acordos firmados e a cobrança dos “escusos compromissos”, o que somente deixou de ser possível – em seu entendimento – com o sistema de votação eletrônica. Portanto, o segredo do voto foi conquista impossível de retroação e a quebra deste direito

fundamental do cidadão, posto no sistema constitucional, a garantir a liberdade da escolha feita pelo cidadão, configura afronta à Constituição.

O julgado considerou que a impressão do voto fere este direito inexpugnável ao segredo, conferido constitucionalmente ao cidadão como conquista democrática para se suplantarem os gravíssimos vícios que a “compra e venda” de votos provocaram, vulnerando o sistema democrático brasileiro. Não seria livre para votar quem pode ser chamado a prestar contas sobre o seu voto. E essa espúria prestação de contas supõe haver/dever, a que não pode o cidadão se sujeitar, que ele não deve a ninguém, nem se compadece a não ser com a sua própria consciência. O voto é espaço de liberdade cidadã, que não pode ser tolhido pelo exigir do outro, não pode ser trocado pela necessidade do eleitor nem pode ser negociado pela vontade de quem quer que seja, pois, viciado estaria, então, todo o sistema. Daí porque o voto livre seria o voto secreto. E esse segredo não pode ficar à mercê de prestação de contas, de comprovação do ato a ser demonstrada a terceiro, sob as mais diferentes causas e as mais escusas justificativas, nunca democráticas. A urna seria o espaço de liberdade mais seguro do cidadão. Nada lhe pode ser cobrado, dele não se pode exigir prova do que foi feito ou do que tenha deixado de fazer. A cabine é o espaço de garantia do cidadão o da sua escolha livre e inquestionável por quem quer que seja. Eventual vulneração deste segredo do voto comprometeria não apenas o art. 14 da Constituição da República, mas também o inc. II do § 4º do seu art. 60, tido como núcleo imodificável do sistema, não podendo ser sequer objeto de emenda constitucional a proposta que tenda a abolir o sigilo do voto.

Sua Excelência reconheceu favorecer a plausibilidade jurídica do pedido formulado para fins de deferimento da cautelar requerida, o princípio constitucional que norteia decisões de controle de constitucionalidade para verificação da validade constitucional das normas, o da proibição de retrocesso. Reconhecendo que ele é adotado com maior frequência no âmbito dos direitos sociais, consigna-se que ele é também aplicável aos direitos políticos, como é o direito de ter o cidadão invulnerado o segredo do seu voto, que ficaria comprometido pela norma questionada. Esse princípio da proibição de retrocesso político há de ser aplicado tal como se dá quanto aos direitos sociais, isso porque o cidadão tem o direito a não aceitar o retrocesso constitucional de conquistas históricas que lhe acrescentam o cabedal de direitos da cidadania. Como se dá quanto aos direitos sociais, a proibição de retrocesso político-constitucional impede que direitos conquistados, como o da democracia representativa exercida segundo modelo de votação que, comprovadamente, assegura o direito ao voto com garantia de segredo e invulnerabilidade da escolha retroceda para dar lugar a modelo superado exatamente pela vulnerabilidade em que põe o processo eleitoral (modelo do voto impresso).

Por fim, reconheceu-se que o princípio democrático (art. 1º, CF) garante o voto sigiloso, que o aperfeiçoamento do sistema nacional adotado, sem as alterações do art. 5º da Lei n. 12.034/09, propicia. A alteração do processo conduz à desconfiança que é o contrário do que o sistema democrático constitucional impõe. Ao invés da confiança, o regime previsto no art. 5º ora em questão gera a desconfiança no sistema eleitoral – e desconfiança é próprio das ditaduras, não é garantia de democracia. Daí porque aplicável também no campo dos direitos políticos, como o da cidadania com o direito/dever do voto secreto (art. 14 e inc. II do § 4º do art. 60 da Constituição), o princípio constitucional da proibição do retrocesso.

Em seu voto, o Ministro Luiz Fux concorda expressamente com a violação ao princípio da proibição do retrocesso, fazendo referência à impossibilidade de se retroceder em matéria de direitos fundamentais, ou como no caso: do direito fundamental ao sigilo do voto. E o Ministro Carlos Ayres Britto assevera que o art. 60, § 4º, da CF proíbe o retrocesso em matéria de direitos fundamentais das garantias jurídicas a que democraticamente se chegou.

Em 06 de novembro de 2013, o STF apreciou o mérito da ADIN n. 4543 e, por unanimidade, julgou-a procedente para declarar a inconstitucionalidade do art. 5º da Lei nº 12.034/2009, nos termos do voto da Relatora.

4.6.2 Julgamento Da Lei Da Ficha Limpa

Tal como já foi referido em diversas passagens anteriores, em 16 de fevereiro de 2012, o Pleno do Supremo Tribunal Federal voltou a analisar o tema da proibição do retrocesso político ao realizar o julgamento conjunto das Ações Declaratórias de Constitucionalidade n. 29 e n. 30, e da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.578, todas de relatoria do Ministro Luiz Fux, cuja ementa já foi transcrita em passagens anteriores.

Em voto “permeado pela ideologia de hígidez da Lei da Ficha Limpa”, o Ministro Fux rebateu os diversos argumentos levantados contra a lei. O primeiro deles – e particularmente importante para o presente estudo – dizia respeito a suposta violação princípio da irretroatividade das leis pela aplicação da Lei Complementar nº 135/10 a fatos anteriores a sua edição.

Sobre ela o Ministro assevera não parecer correto nem razoável se afirmar que um indivíduo tenha o *direito adquirido* de candidatar-se. Para ele, a elegibilidade é a adequação do indivíduo ao regime jurídico – constitucional e legal complementar – do processo eleitoral,

consubstanciada no não preenchimento de requisitos “negativos” (as inelegibilidades). Vale dizer, o indivíduo que tenciona concorrer a cargo eletivo deve aderir ao estatuto jurídico eleitoral. Portanto, a sua adequação a esse estatuto não ingressa no respectivo patrimônio jurídico, antes se traduzindo numa relação *ex lege* dinâmica. Explica-se: trata-se, tão-somente, de imposição de um novo requisito negativo para a que o cidadão possa candidatar-se a cargo eletivo previsto na Lei da Ficha Limpa, que não se confunde com agravamento de pena ou com *bis in idem*.

Prosseguindo, o magistrado assevera que haverá, no máximo, a expectativa de direito à candidatura, cuja *legitimidade* há de ser objeto de particular enfrentamento. Faz-se o seguinte questionamento: é *razoável* a expectativa de candidatura de um indivíduo já condenado por decisão colegiada? A resposta há de ser negativa. Da exigência constitucional de moralidade para o exercício de mandatos eletivos (art. 14, § 9º) se há de inferir que uma condenação prolatada em segunda instância ou por um colegiado no exercício da competência de foro por prerrogativa de função, a rejeição de contas públicas, a perda de cargo público ou o impedimento do exercício de profissão por violação de dever ético-profissional excluirão a razoabilidade da expectativa.

No voto condutor, assinalou-se, ainda, a notoriedade da crise do sistema representativo brasileiro e o anseio da população pela moralização do exercício dos mandatos eletivos no país, resultado de uma desilusão com a política majoritária. Acrescentando ser de meridiana clareza que as cobranças da sociedade civil de ética no manejo da coisa pública se acentuaram gravemente. Para o cidadão, continua o Ministro, hoje é certo que a probidade é condição inafastável para a boa administração pública e, mais do que isso, que a corrupção e a desonestidade são as maiores travas ao desenvolvimento do país. A este tempo deve corresponder a leitura da Constituição e, em particular, a exegese da presunção de inocência, ao menos no âmbito eleitoral, concluindo que 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.

Destarte, reconduzir a presunção de inocência aos efeitos próprios da condenação criminal se presta a impedir que se aniquile a teleologia do art. 14, § 9º, da Carta Política, de modo que, sem danos à presunção de inocência, seja preservada a validade de norma cujo conteúdo, como acima visto, é adequado a um constitucionalismo democrático.

Especificamente em referência ao Princípio da Proibição do Retrocesso, o voto vencedor nos julgamentos consignou ser de imaginar que, diante da perspectiva de restrição, pela Lei Complementar nº 135/10, do alcance da presunção de inocência à matéria criminal,

seja eventualmente invocado o princípio da *vedação do retrocesso*, segundo o qual seria inconstitucional a redução *arbitrária* do grau de concretização legislativa de um direito fundamental – *in casu*, o direito político de índole passiva (direito de ser votado). No entanto, decidiu o STF que não haveria violação ao mencionado princípio por duas razões.

A primeira delas é a *inexistência do pressuposto indispensável à incidência do princípio da vedação de retrocesso*. Citando a doutrina portuguesa sobre a matéria, o Ministro Relator consigna que é condição para a ocorrência do retrocesso que, anteriormente, a exegese da própria norma constitucional se tenha expandido, de modo a que essa compreensão mais ampla tenha alcançado consenso básico profundo e, dessa forma, tenha radicado na consciência jurídica geral. Necessária, portanto, a “sedimentação na consciência social ou no sentimento jurídico coletivo”, nas palavras de Jorge Miranda.

Assim, não haveria que como sustentar que a extensão da presunção de inocência para além da esfera criminal tenha atingido o grau de consenso básico a demonstrar sua radicação na consciência jurídica geral. Antes o contrário: a aplicação da presunção constitucional de inocência no âmbito eleitoral não obteve suficiente sedimentação no sentimento jurídico coletivo – daí a reação social antes referida – a ponto de permitir a afirmação de que a sua restrição legal em sede eleitoral (e frise-se novamente, é apenas desta seara que ora se cuida) atentaria contra a vedação de retrocesso.

A segunda razão, por seu turno, é a *inexistência de arbitrariedade na restrição legislativa*. Como é cediço, as restrições legais aos direitos fundamentais sujeitam-se aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade e, em especial, àquilo que, em sede doutrinária denomina-se de *limites dos limites* (*Schranken-Schranken*), que dizem com a preservação do núcleo essencial do direito. Também nesse caso não se verificou qualquer afronta pelos dispositivos trazidos pela Lei da Ficha Limpa.

Ao final o STF julgou que a Lei da Ficha Limpa não continha dispositivos que implicariam em um retrocesso em matéria de direitos fundamentais e, assim, foram julgadas improcedentes as ações diretas de inconstitucionalidade e procedente a ação declaratória de constitucionalidade da Lei Complementar n. 135/10.

4.7 APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DO RETROCESSO AOS PROJETOS LEGISLATIVOS DE MUDANÇA NA LEI DA FICHA LIMPA

Este estudo guia-se pela premissa de que não há base constitucional para sustentar uma diferenciação entre os regimes jurídicos dos direitos fundamentais, sejam eles civis, políticos, sociais etc., estando todos sujeitos ao mandamento de otimização do art. 5º, § 1º, da Constituição Federal. Deste dispositivo e de outros referidos acima, aceita-se, como princípio jurídico implícito da ordem jurídica brasileira, a vedação do retrocesso – que também se espalha sobre todos os direitos fundamentais, inclusive sobre os direitos políticos, como reconhecido nos julgados citados do STF.

Assim, recorde-se sobre o específico direito político à eleições limpas, referido no capítulo segundo e previsto, principalmente, no art. 14, § 9º da CF, tomado como hipótese de trabalho no presente estudo. O citado dispositivo contém norma consubstanciadora do direito político a pleitos permeados pela normalidade e legitimidade, vale dizer, os cidadãos possuem o direito subjetivo a eleições limpas. O dispositivo esclarece que se consideram normais e legítimas (portanto, limpas) as eleições que não sejam determinadas pela influência do poder econômico dos candidatos (ou de seus financiadores) ou por abusos por eles praticados (ou praticados em seu nome) no exercício de função, cargo ou emprego público. O dispositivo vai além e tutela também a probidade administrativa, no caso de administradores ruinosos que se candidatam após cometerem atos de improbidade administrativa, e a moralidade para o exercício de mandato político, considerando a vida pregressa do candidato.

Para todos esses casos perniciosos ao direito político a eleições limpas, a solução dada pelo constituinte foi estabelecer casos de inelegibilidade, ou seja, requisitos negativos para que os candidatos possam registrar suas candidaturas, disciplinados na Lei Complementar n. 64/90, a chamada *Lei das Inelegibilidade*. Em processo de amadurecimento social narrado no capítulo segundo, a sociedade exigiu do Congresso Nacional a aprovação de projeto de iniciativa popular que culminou com a edição da Lei Complementar n. 135/10, a Lei da Ficha Limpa.

Todo o trajeto de aprovação da Lei da Ficha Limpa conferiu-lhe reconhecido grau de legitimidade democrática, ecoando naquela corrente subjetivista vista acima, que sustenta um padrão de proteção jusfundamental entranhado na consciência social de modo que as alterações promovidas no quadro normativo levem a um sentimento generalizado de injustiça (Sampaio, 2013), e utilizada em fundamentação do Ministro Fux no julgamento perante o STF.

Assim, a Lei da Ficha Limpa estabeleceu um novo nível de proteção ao direito político, inegavelmente democrático e legitimado pela iniciativa popular, passando a atividade legislativa do tradicional “dever de legislar para conformação do direito fundamental” (que já o fez através da LC n. 90 c/c LC n. 135) para o “dever de não eliminar o nível de proteção alcançado por determinado direito fundamental”.

É sob essas premissas que devemos revisitar os projetos de lei que visam modificar as causas de inelegibilidades trazidas pela Lei da Ficha Limpa. Ao final do estudo empírico encetado no capítulo segundo, demonstrou-se dentre as 50 proposições legislativas analisadas, constantes todas nas tabelas A a D do Anexo I, oito delas (16%), possuem efeitos deletérios sobre as inelegibilidades trazidas pela *Lei da Ficha Limpa*.

Essas oito proposições legislativas – a PEC 26/2013 do Senado Federal e os PLP's n. 273/2013, 14/2011, n. 452/2014, n. 453/2014, n. 03/2015, n. 20/2015 e n. 81/2015 da Câmara dos Deputados – possuem, portanto, dispositivos que implicam às causas de inelegibilidade prevista na Ficha Limpa um retrocesso normativo, voltando atrás no patamar de proteção do direito político a eleições limpas previsto no art. 14, § 9º da CF.

Convém, portanto, nesse passo, analisar se essa legislação enseja a aplicação do princípio da proibição do retrocesso, a partir dos critérios para tanto acima explicadas. São eles:

- (a) aplica-se a proibição do retrocesso quando o ato normativo pretenda atingir o núcleo essencial do direito fundamental (cuja obrigação de implementar é imposta constitucionalmente), sem a criação de esquemas alternativos ou compensatórios. Sobre esse núcleo essencial é importante que seus contornos se hajam enraizado e sedimentado no seio da sociedade, indicando um consenso básico profundo;
- (b) aplica-se a proibição do retrocesso se a alteração redutora do conteúdo do direito fundamental se faça com violação à dignidade da pessoa humana, ao princípio da igualdade ou ao princípio da proteção da confiança. No caso de colisão de princípios, aplica-se a regra da ponderação no caso concreto;
- (c) aplica-se a proibição do retrocesso quando verificada arbitrariedade na restrição legislativa modificadora, sujeitando-se a modificação aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade para a preservação do núcleo essencial do direito.

Como se disse, cabe ao aplicador do direito proceder primeiro à perfeita determinação desse “núcleo duro” do direito fundamental antes de partir para a análise da legislação modificadora à luz da vedação do retrocesso. Dentro do núcleo essencial, a proibição do retrocesso é absoluta; fora do núcleo essencial, a proibição do retrocesso é relativa e pode ser afastada, por ponderação, quando em conflito com outros princípios.

Assim, em relação ao direito político a eleições limpas previsto no art. 14, § 9º da CF entende-se que seu núcleo essencial diz respeito à ausência de influência no resultado das eleições do poder econômico dos candidatos ou por abusos por eles praticados no exercício de

função, cargo ou emprego público. Ademais, a norma protege as eleições, igualmente, contra administradores ruinosos que se candidatam após cometerem atos de improbidade administrativa, e contra a imoralidade para o exercício de mandato político, considerando a vida pregressa do candidato.

Dito isso, qualquer dispositivo legal que pretenda modificar a legislação conformadora do art. 14, § 9º da CF (LC n. 90 c/c LC n. 135) incorre em retrocesso inconstitucional quando permite a influência no resultado das eleições do poder econômico dos candidatos ou abusos por eles praticados no exercício de função, cargo ou emprego público. Igualmente retrocessiva é a lei que permite a candidatura de agente ímprobos ou com vida pregressa imoral para o exercício de mandato político.

À luz desse núcleo essencial é que deve ser analisada as modificações propostas pela PEC 26/2013 do Senado Federal e pelos PLP's n. 273/2013, 14/2011, n. 452/2014, n. 453/2014, n. 03/2015, n. 20/2015 e n. 81/2015 da Câmara dos Deputados. Como se adiantou no capítulo segundo, todos esses projetos foram identificados como portadores de efeitos deletérios sobre as inelegibilidades trazidas pela *Lei da Ficha Limpa*, restando saber se eles violam o núcleo essencial ou se atingem apenas aspectos periféricos do direito fundamental.

A PEC n. 26/2013 prevê a não aplicação da LC n. 135 àquelas causas de inelegibilidade ocorridas anteriormente a 04 de julho de 2010. O efeito *ex nunc* da Lei da Ficha Limpa, a princípio, não atingiria o núcleo essencial do direito político, não atraindo a inconstitucionalidade com base na vedação do retrocesso. Todavia, a matéria já fora decidida pelo STF no julgamento conjunto das ADC n. 29 e n. 30 e da ADIN n. 4.578, acima já referido, de modo que a proposta seria inconstitucional ainda que o fundamento de invalidação não seja a vedação do retrocesso.

O PLP n. 273/2013 da Câmara dos Deputados pretende alterar a alínea I, inciso I, do art. 1º, da LC nº 64/90 (incluída pela LC n. 135) para “explicitar” que a inelegibilidade eleitoral decorrente de ato doloso de improbidade administrativa exigiria, *cumulativamente*, a lesão ao patrimônio público (art. 10, LIA) e o enriquecimento ilícito *do agente* (art. 9º, LIA). Acaso aprovada, tal iniciativa, a um só tempo, esvaziaria a causa de inelegibilidade incluída pela Lei da Ficha Limpa, frustraria o mandamento constitucional do art. 14, § 9º e implicaria em retrocesso inconstitucional de direitos políticos por atingir o núcleo essencial⁷³.

⁷³Com a aprovação do PLP 273/2013, para incidir a causa de inelegibilidade seria necessária uma *cumulação* dos seguintes requisitos: a) condenação por órgão judicial colegiado ou trânsito em julgado; b) condenação que, no dispositivo sentencial, decreta a suspensão dos direitos políticos (como sanção por improbidade administrativa); c) condenação que reconheça a prática de ato que importe em prejuízo doloso ao erário; d)

O PLP 14/2011 e o PLP n. 20/2015, ambos com redação idêntica, buscava dar nova redação à alínea g, inciso I, do art. 1º da LC nº 64 (modificada pela LC n. 135), dispondo sobre a exclusividade de decisão judicial de órgão colegiado para tornar inelegível o candidato acusado de improbidade administrativa, excluindo a possibilidade de inelegibilidade em caso de condenação pelas Casas Legislativas (Câmaras de Vereadores, Assembleias Legislativas e Congresso Nacional) ou Tribunais de Contas. Igualmente, as proposições violam o núcleo essencial e fulminam os projetos de inconstitucionalidade.

O PLP n. 452/2014, procura alterar o art. 1º, inciso I, alínea e, da LC n. 64 (alterado pela LC n. 135), que atualmente comina inelegibilidade aos “que forem condenados, em decisão transitada em julgado ou proferida por órgão judicial colegiado, desde a condenação até o transcurso do prazo de oito anos após o cumprimento da pena”, pelos crimes lá enumerados. O PLP tenta criar uma “detracção” do prazo de inelegibilidade entre o período da condenação em segundo grau e o trânsito em julgado, diminuindo, em consequência, o prazo de inelegibilidade de oito anos. O efeito da nova legislação é inconstitucional, por retrocessivo em face do núcleo essencial.

O PLP n. 453/2014, busca alterar a LC nº 64 para uniformizar o período de inelegibilidade a que ficam sujeitos aqueles cuja contagem do prazo de dava a partir data da eleição. Pela alteração proposta, a inelegibilidade contaria a partir de 30 de setembro do ano da eleição. A fixação de data anterior a eleição para que comece a correr a inelegibilidade pode produzir, tal como destacado nas justificativas do projeto, a redução da sanção eleitoral, beneficiando situações de candidatos que na redação atual permaneceriam inelegíveis. Aqui, o prazo inicial para contagem da inelegibilidade não parece atingir o núcleo essencial do direito político, tratando-se de assunto reflexo.

O PLP n. 03/2015 reduz a quantidade de crimes prevista no art. 1, I, e, da LC n. 64 (expandido pela LC n. 135). Assim, o projeto implica retrocesso porque, caso aprovado, reduziria os casos de inelegibilidade previstos na Ficha Limpa.

Por fim, o PLP n. 81/2015, procura alterar a inelegibilidade do art. 1º, I, o, da LC n. 64 (incluído pela LC n. 135) apenas aos casos de demissão do serviço público por improbidade administrativa. Atualmente o dispositivo comina a sanção eleitoral para aqueles que forem demitidos do serviço público, independente do motivo. Aqui, a norma viola o núcleo essencial pois desconsidera a vida pregressa do candidato para o exercício do mandato eletivo.

condenação que reconheça a prática de ato que importe em enriquecimento ilícito; e) condenação que reconheça que esse enriquecimento ilícito seja do próprio agente (e não de terceiro).

Em resumo, apenas a PEC 26/2013 do Senado Federal e o PLP n. n. 453/2014 da Câmara dos Deputados não trazem normas retrocessivas que atingem o núcleo essencial do direito político do art. 14, § 9º da CF (LC n. 90 c/c LC n. 135), referindo-se a aspectos reflexos do direito fundamental, para os quais, conforme se consignou em premissa, a proibição do retrocesso é relativa e pode ser afastada, por ponderação, quando em conflito com outros princípios.

Ao contrário, os PLP's n. 273/2013, 14/2011, n. 452/2014, n. 03/2015, n. 20/2015 e n. 81/2015 da Câmara dos Deputados, todos contemplam normas retrocessivas que atingem o núcleo essencial do direito político a eleições limpas (art. 14, § 9º da CF), incorrendo no critério (a), acima referido, para aplicação da proibição do retrocesso. Não só, tais projetos implicam em mera supressão das causas de inelegibilidade previstas na LC n. 135, sem se preocupar em criar esquemas alternativos ou compensatórios. Se o objetivo de haver eleições limpas é promover, no campo político, o princípio da igualdade, essas proposições legislativas também são retrocessivas (critério b). Ademais, as justificativas apresentadas para os projetos de lei são absolutamente arbitrárias, dignas de mal disfarçado inconformismo de parte dos parlamentares com as causas de inelegibilidade da Ficha Limpa (critério c).

Encaminhando-se para o final desse capítulo, diga-se que os PLP's n. 273/2013, 14/2011, n. 452/2014, n. 03/2015, n. 20/2015 e n. 81/2015 da Câmara dos Deputados são inconstitucionais por representarem inequívoco retrocesso normativo vedado constitucionalmente por meio do princípio jurídico aqui tratado, extraído hermeneuticamente de dispositivos constitucional que não permitem ao legislador de ocasião desfazer direitos políticos já concretizados e que, no caso da Ficha Limpa, gozam de ampla legitimidade popular, advinda de seu processo de iniciativa popular.

CONCLUSÃO

A estrutura com a qual a presente dissertação foi escrita possibilitou a passagem de temas mais genéricos, com importantes tomadas de posição (como aquelas adotadas nos dois primeiros capítulos), para o tema principal do trabalho, a proibição do retrocesso. Também no tratamento desta questão, o trabalho foi desenvolvido de forma a partir da categoria dos princípios jurídicos para o afunilamento da análise específica da vedação de retrocesso, em doutrina e jurisprudência alienígenas (capítulo terceiro), para, finalmente, tratar do princípio entre nós no início do capítulo quarto.

Ao final, valeu-se de todo o caminho percorrido para analisar especificamente a hipótese de trabalho: a prova de constitucionalidade, à luz do princípio da proibição do retrocesso, dos projetos de lei que buscam modificar a Lei da Ficha Limpa. Efetivamente, para as considerações lançadas no tópico 4.7 (*Aplicação do Princípio da Proibição do Retrocesso aos Projetos Legislativos de Mudança na Lei da Ficha Limpa*), cada um dos assuntos tratados anteriormente pode ser encarado como passos necessários.

Assim, inicia-se conceituando cidadania na esteira do T. H. Marshal de *Cidadania e Classe Social*, e, dentro desta, os direitos políticos – deixando claro que eles envolvem direitos políticos de democracia representativa, de democracia semidireta, de democracia partidária, de fiscalização e de democracia. Em seguida, natural era que se adotasse uma teoria democrática, optando-se, fundamentadamente, pela concepção procedural mínima de Mainwaring, Brinks e Pérez-Liñán.

Assentadas essas bases essenciais sobre as quais se edificaria todo o restante da construção dedutiva até o tópico 4.7, também foi necessário afastar a sempre recorrente ideia de direitos políticos antigos, para se privilegiar, sem contornos argumentativos, apenas os direitos políticos modernos, somente identificáveis em relação a democracias representativas, e suas respectivas origens teóricas em *O Federalista*.

A escolha sobre direitos políticos modernos permitiu realizar, não sem muitas insuficiências, o trajeto mais ou menos claro dessa sorte de direitos desde seu surgimento até a sua consagração em tratados internacionais de direitos humanos, fazendo o mesmo com as insípidas e corruptas instituições políticas brasileiras até a Constituição Federal de 1988.

Chegado a este marco legislativo, olhou-se para os direitos políticos pelo viés da necessidade de conformação legislativa e se adotou, como hipótese de trabalho, o direito

fundamental a eleições limpas, contido no art. 14, § 9º, da CF/88, e sua legislação conformadora: a Lei Complementar n. 64/1990, com as modificações da Lei Complementar n. 135/2010, a Lei da Ficha Limpa. Através de pesquisa empírica se chegou a oito propostas legislativas que intentavam reduzir o nível de proteção alcançado pela Ficha Limpa (a PEC 26/2013 do Senado Federal e os PLP's n. 273/2013, 14/2011, n. 452/2014, n. 453/2014, n. 03/2015, n. 20/2015 e n. 81/2015 da Câmara dos Deputados).

Em seguida, buscou-se fundamentação teórica para combater a intenção dos projetos legislativos de manietar os efeitos da Ficha Limpa, entendendo-se que os direitos políticos já realizados não poderiam ser objeto de medidas reducionistas de sua eficácia. A resposta foi encontrada na aplicação da proibição do retrocesso.

Antes, todavia, de se analisar cada um daqueles projetos legislativos que fustigam a Ficha Limpa, necessário se buscar a fundamentação teórica (dentro da Filosofia dos Valores e de toda a tradição principiológica de Ronald Dworkin, Robert Alexy e Humberto Ávia) da teoria da irreversibilidade e seus critérios de aplicação. Nesse passo, mais uma vez, foi necessária uma tomada de posição; neste caso, pela *teoria minimalista da vedação do retrocesso*, remontando às suas bases jurisprudenciais e doutrinárias em Portugal, desde o paradigmático acórdão n. 39/84 até o recente acórdão n. 575/2014 do Tribunal Constitucional.

Desse modo, partiu-se para o capítulo quarto com a intenção de tratar da proibição do retrocesso no Brasil (inclusive em matéria de direitos políticos) e, chegando ao tópico 4.7, confrontar aqueles projetos legislativos identificados no capítulo segundo com os requisitos para aplicação da proibição do retrocesso. Desse modo, todo o traçado da presente dissertação culminou com a aplicação do princípio da proibição do retrocesso político àqueles projetos que atingiam o núcleo essencial do direito fundamental a eleições limpas do art. 14, § 9º.

A intenção, claro, não somente é apresentar um exemplo de aplicação da proibição do retrocesso a direitos políticos; antes, intenta-se usar o exemplo do direito fundamental do art. 14, § 9º, e de sua mais legítima norma de conformação (a Ficha Limpa), para se afirmar, nestes momentos finais, a possibilidade de aplicar, a qualquer direito político, o parâmetro de aferição da constitucionalidade baseado em não volte-face.

Os exemplos possíveis são inúmeros. Basta pensar em toda sorte de retrocesso possível em direitos políticos que dependem de conformação legislativa, tal como se enumerou no capítulo segundo. Em tempos de frenéticas “reformas políticas”, todas voltadas a mudanças na legislação (reforma das instituições políticas) e alheias ao objetivo de realizar verdadeira reforma do comportamento político e dos padrões de interação política; em tais tempos, todos os direitos políticos dependentes de conformação legislativa podem ser sub-repticiamente

erodidos por projetos de lei gestados com esse deliberado objetivo.

Deve haver parâmetro claro de constitucionalidade pelo qual o Poder Judiciário, em controle difuso ou concentrado, rejeite as modificações que corroem os direitos políticos dos cidadãos – e esse parâmetro é a proibição do retrocesso, como norma principiológica implícita à Constituição da República.

Os argumentos em seu favor estão tratados nos capítulos anteriores, não cabendo aqui retornar e eles sob pena de se desvirtuar a originalidade da conclusão em um trabalho acadêmico. Todavia, é preciso que se deixe a ideia conclusiva bastante clara: nenhum direito político pode ter seu núcleo essencial violado por norma conformadora posterior, pois a proibição do retrocesso os protege. E mesmo os elementos não essenciais do direito políticos, tal como tratados no capítulo quarto, estão sob proteção do retrocesso, mas podem ceder em face de outros princípios através da lei da colisão.

O retrocesso foi tratado longamente quanto a direitos sociais, como dão conta a bibliografia e os julgados referidos; contudo, quanto aos direitos políticos, a proibição do retrocesso não é confrontada com – talvez – seu mais forte argumento contrário: a reserva do possível.

Efetivamente, deixou-se para frisar esse ponto ao final para dizer com clareza que os direitos políticos não sofrem com o argumento de reserva do possível. Vale dizer: implementar direitos políticos custa muito pouco. Os direitos políticos não exigem grandes investimentos estatais a ponto de inviabilizar a sua realização progressiva, estando o módulo ficha suja do Sistema de Investigação de Contas Eleitorais – *SisConta Eleitoral* do Ministério Público Federal como exemplo recente.

O objetivo mais ambicioso do presente trabalho é apresentar uma arma teórica de resistência em prol de direitos políticos contra majorias nem sempre republicanas dos parlamentos. Desses casos, a história tem fornecido amplos exemplos para estudo. E desde a antiguidade os direitos naturais, fonte na qual bebem os princípios jurídicos, serviu de resguardo do cidadão contra a vilezas dos governantes. Não há nenhuma marcha mágica em curso para o aperfeiçoamento dos homens e sempre serão necessárias armas (teóricas) contra arbítrios. Eis aqui a proibição do retrocesso como uma delas.

REFERÊNCIAS

ALBUQUERQUE, Armando. **Teoria Democrática Contemporânea**: de Schumpeter a Mainwaring. In ALMEIDA FILHO, Agassiz (Org.). NOVELINO, Marcelo (Org.). *Leituras Complementares de Direito Constitucional: Teoria do Estado*. Salvador: Ed. Jus Podivm, 2009.

ALBUQUERQUE, Armando; CECATO, Maria Áurea Baroni. **Problema do Desenvolvimento Político**: As Frágeis Democracias Latino-Americanas. In ALBUQUERQUE, Armando (Org.). *Desenvolvimento, Aspectos Sociais, Econômicos e Político-Criminais*. Curitiba: Ed. Juruá, 2012.

ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica**. São Paulo: Ed. Landy, 2001.

_____, **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 3ª ed. São Paulo: Ed. Malheiros, 2014.

ALMEIDA, Dayse Coelho de. A fundamentalidade dos direitos sociais e o princípio da proibição de retrocesso. **Inclusão Social**, Brasília, v. 2, n. 1, p. 118-124, out. 2006/mar. 2007.

ALVES, Bruno Franco; GUIMARÃES, Marina Oliveira. Justificação Racional das Decisões Jurídicas em Robert Alexy e a Crítica de Jürgen Habermas. **Revista de Direitos e Garantias Fundamentais**, Vitória, n. 10, p. 15-29, jul./dez. 2011.

AMAR, Akhil Reed. **American's Constitution, A Biography**, Randon House Trade Paperbacks. New York, 2006.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Manual de Direito Constitucional**; Tomo IV. Coimbra Editora, 2000.

_____. **Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. 2ª ed. Ed. Almedina, 2001.

ANPR. **A República**. Ano IV, n. 10, julho, 2014.

ASSUNÇÃO, Moacir; ASSUNÇÃO, Marcondes Pereira (Organizadores). **Ficha Limpa, A Lei da Cidadania**. Santos: Realejo Edições, 2010.

ATIENZA, Manuel. **As Razões do Direito, Teorias da Argumentação Jurídica**. São Paulo: Ed. Landy, 2003.

ATIENZA, Manuel; MANERO, Juan Ruiz. Sobre Princípios e Regras. **PANÓPTICA Revista Eletrônica Acadêmica de Direito Law**, v. 4, n. 3, 2009. Disponível em: <<http://www.panoptica.org/seer/index.php/op/article/view/85/93>>. Acesso em: 04 de abril de 2016.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 15. ed. São Paulo: Ed. Malheiros, 2014.

AVRITZER, Leonardo; ANASTASIA, Fátima (Org.). **Reforma Política no Brasil**. Belo Horizonte: Ed. UFMG, 2007.

AWAD, Fahd Medeiros. Proibição de retrocesso social diante da garantia do núcleo essencial dos Direitos Fundamentais. **Revista Justiça do Direito**, v. 24, n. 1, 2010, p. 90-100.

BARROSO, Luís Roberto. **O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas**. 6ª ed. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2002.

BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. **O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro**. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2003.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Rio de Janeiro: Ed. Elsevier, 2004.

_____. **Três Ensaios Sobre a Democracia**. São Paulo: Cardim & Alario, 1991.

BRASIL. Senado Federal. **Princípio da Proibição de Retrocesso Ambiental**. Brasília – DF. Disponível no sítio <<http://www.mpma.mp.br/arquivos/CAUMA/Proibicao%20de%20Retrocesso.pdf>>. Acesso em: 05 de maio de 2016.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas**. Coimbra, 1983.

_____. **Direito constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Ed. Almedina, 2004.

_____. **Estudos sobre Direitos Fundamentais**. Coimbra: Ed. Almedina, 2004.

CARDOSO, Fernando Henrique. **Diários da Presidência 1995-1996**. São Paulo: Ed. Companhia das Letras, 2015.

CARVALHO, José Murilo de. **Cidadania no Brasil, O Longo Caminho**. 3ª. ed. Rio de Janeiro, 2002.

COMPARATO, Fábio Konder. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**. 8ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

CONSTANT, Benjamim. **Da liberdade dos antigos comparada à dos modernos, discurso proferido na Athénée Royal de Paris em 1819**. Disponível em: <http://www.fafich.ufmg.br/~luarnaut/Constant_liberdade.pdf>. Acesso em: 08 set. 2014.

DAHL, Robert A. **Sobre a Democracia**. Ed. UNB, 2001.

DE CONTO, Mário. **O Princípio da Proibição do Retrocesso Social, Uma análise a partir dos pressupostos de hermenêutica filosófica**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

DERBLI, Felipe. **A Aplicabilidade do Princípio da Proibição de Retrocesso social no Direito Brasileiro**. In: PEREIRA DE SOUZA NETO, Cláudio e SARMENTO, Daniel (Coord.). **Direitos Sociais – Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie**. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2008.

_____. **O princípio da proibição de retrocesso social na Constituição de 1988**. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2007.

DIAMOND, Larry. **Developing Democracy**. The Johns Hopkins University Press: Baltimore, 1999.

DOMINGUES FILHO, José. **Ficha Limpa, uma condição de elegibilidade**. Campo Grande: Contemplar, 2012.

DOUZINAS, Costas. **O Fim dos Direitos Humanos**. São Leopoldo: Ed. UNISINOS, 2009.

DUMONT, Louis. **O Individualismo, uma perspectiva antropológica da ideologia moderna**. Rio de Janeiro: Rocco, 1985.

DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. São Paulo: Ed. Martins Fontes, 2002.

GIL, Antônio Carlos. **Como Elaborar Projetos de Pesquisa**. 5ª. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

GOMES, José Jairo. **Direito Eleitoral**. 8ª. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

HALL, Peter A; TAYLOR, Rosemary C.R. **As Três Versões do Neo-Institucionalismo**. Lua Nova n. 58, 2003.

HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. **O Federalista**. Belo Horizonte: Líder, 2003.

HART, Herbert L. A., **O Conceito de Direito**. 3ª ed. Lisboa: Ed. Fundação Calouste, 2001.

HELD, David. **Models of Democracy**. 3ª ed. Califórnia: Stanford University Press, 2006.

HUNTINGTON, Samuel P. **The Third Wave, Democratization in Late Twentieth Century**. University of Oklahoma Press, 1993.

KALIN, Walter; KUNZLI, Jorg. **The Law of International Human Rights Protection**. Oxford, 2010.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 6ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

LEAL, Victor Nunes. **Coronelismo, Enxada e Voto: o município e o regime representativo no Brasil**. 7ª. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2012.

MAINWARING, Scott; BRINKS, Daniel; PÉREZ-LIÑÁN, Aníbal. Classificando regimes políticos na América Latina, 1945-1999. **Revista de Ciências Sociais**, Rio de Janeiro, 2001, vol. 44, n. 4.

MARSHAL, T.H; BOTTOMORE, Tom. **Ciudadanía y Clase Social**. Madrid: Ed. Alianza, 2007.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 4ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MIOZZO, Pablo Castro. **O Princípio da Proibição do Retrocesso Social e sua Previsão Constitucional**: uma mudança de paradigma no tocante ao dever estatal de concretização dos direitos fundamentais no Brasil. Disponível no sítio <<http://egov.ufsc.br/portal/conteudo/o-princ%C3%ADpio-da-proibi%C3%A7%C3%A3o-do-retrocesso-social-e-sua-previs%C3%A3o-constitucional-uma-mudan%C3%A7a-de->>. Acesso em 05 de maio de 2016.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. Tomo IV: Direitos Fundamentais. 4ª ed. Coimbra Editora, 2000.

MPF. **Informativo Especial da Procuradoria Regional Eleitoral em São Paulo**, ano 03, n. 25, meses de maio a julho de 2013. Disponível em <http://www.presp.mpf.mp.br/index.php?option=com_remository&Itemid=255&func=startdown&id=1187>. Acesso em 17 de setembro de 2013.

NETTO, Luísa Cristina Pinto e. **O Princípio da Proibição do Retrocesso Social**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos sociais**. Coimbra: Ed. Coimbra, 2010.

OLIVEIRA, Armando Albuquerque de. **(Des)controle civil sobre os militares no Brasil**: um estudo comparado (1945-1964/1985-2009). Tese de doutorado, Universidade Federal de Pernambuco, CFCH, Ciência Política, 2010.

PERELMAN, Chaim; OLBRECHT-TYTECA, Lucie. **Tratado da Argumentação**. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

PINTO, Tales Dos Santos. **Assembleia Constituinte de 1987**. Brasil Escola. Disponível em <<http://brasilecola.uol.com.br/historiab/constituicao-de-1988.htm>>. Acesso em 13 de fev de 2016.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direitos Constitucional Internacional**. 13ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

PNUD. **A democracia na América Latina, Rumo a uma democracia de cidadãos e cidadãos**. Disponível no sítio <<http://www.pnud.org.br/pdf/TextoProddal.pdf>>. Acesso em 05 de maio de 2016.

_____. **Relatório do Desenvolvimento Humano 2002, Aprofundar a democracia num mundo fragmentado**. Disponível no sítio

<http://www.pnud.org.br/hdr/arquivos/RDHglobais/RDH%202002_pt.pdf>. Acesso em 05 de maio de 2016.

RAMOS, André de Carvalho. **Curso de Direitos Humanos**. São Paulo: Saraiva, 2014.

_____. **Processo Internacional de Direitos Humanos**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

_____. (Org.). ESMPU. **Temas de Direito Eleitoral no Século XXI**. Brasília, 2012.

RAMOS, Marcelene Carvalho da Silva. **Princípio da Proibição do Retrocesso Jusfundamental, Aplicabilidade**. Curitiba: Juruá Editora, 2009.

REIS, Márlon Jacinto; CASTRO, Edson de Resende; OLIVEIRA, Marcelo Roseno. (Organizadores). **Ficha Limpa, Interpretada por juristas e responsáveis pela iniciativa popular**. Bauru: Edipro, 2010.

REIS FILHO, José Wilson. ALVES, Fernando de Brito. **Princípio da Vedação do Retrocesso Social: Uma Interpretação Ampliada**. Disponível no sítio <<http://www.publicadireito.com.br/publicacao/uninove/livro.php?gt=143>>. Acesso em 05 de maio de 2016.

SALGADO, Eneida Desiree (Org.). **Sistemas Eleitorais, Experiências Iberoamericanas e Características do Modelo Brasileiro**. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

SAMPAIO, José Adércio Leite. **A Cláusula do Não Retrocesso Social**. In FELLET, André (Org.). NOVALINO, Marcelo (Org.). **Constitucionalismo e Democracia**. Salvador: Ed. Jus Podivm, 2013.

SAMPAIO, José Adércio Leite. **Da cláusula do não retrocesso social à proibição da reversibilidade socioambiental**. In FILHO, Robério Nunes dos Anjos (org.). **Direitos Humanos e direitos fundamentais**. Salvador: Juspodivm, 2013.

SAMPAIO, José Adércio Leite. **Direito Adquirido e expectativa de direito**. Belo Horizonte: Ed. Del Rey, 2005.

SANTOS, Wanderley Guilherme dos. **O Paradoxo de Rousseau, uma interpretação democrática da vontade geral**. Rio de Janeiro: Ed. Rocco, 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: RT, 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia do direito fundamental à segurança jurídica: dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais e proibição de retrocesso social no direito constitucional brasileiro**. Disponível na Internet: <<http://www.mundojuridico.adv.br>>. Acesso em: 24 nov. 2015.

_____. Notas sobre a assim designada Proibição de Retrocesso Social no Constitucionalismo Latino-Americano. **Rev. TST**. Brasília, vol. 75, no 3, jul/set 2009.

_____. O Estado Social de Direito, A Proibição de Retrocesso e a Garantia Fundamental da Propriedade. **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)**. Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 09, março/abril/maio, 2007.

_____. Proibição de Retrocesso, Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Sociais: Manifestação de um Constitucionalismo Dirigente Possível. **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)**. Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 15, setembro/outubro/novembro, 2008.

SARTORI, Giovanni. **A Teoria Democrática Revisada**. Ed. Ática, 1994.

SILVA, José Afonso. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**. 7ª ed. São Paulo: Ed. Malheiros, 2009.

SILVA JÚNIOR, Arnaldo; PEREIRA, Rodrigo Ribeiro (Organizadores). **Ficha Limpa e Sua Aplicabilidade nos Tribunais Eleitorais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2012.

SOARES, Dilmanoel de Araújo. **Direitos Sociais e o Princípio da Proibição do Retrocesso Social**. Dissertação apresentada Mestrado em Direito e Políticas Públicas do UNICEUB, Brasília, 2010.

SORTO, Fredys Orlando. **Montesquieu: o espírito geral das leis e o mito da separação dos poderes**. Verba Juris: Anuários da Pós-Graduação em Direito, João Pessoa, ano 3, n. 3, p. 73-91, jan./dez. 2004.

_____. **O Federalista e a Constituição dos Estados Unidos**. Revista Brasileira de Estudos Políticos, Belo Horizonte, Universidade Federal de Minas Gerais, n. 82, p. 133-158, jan. 1996.

STRECK, Lênio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

SYMONIDES, Janusz (Org.). **Direitos Humanos, novas dimensões e desafios**. Brasília, 2003.

THOMÉ, Romeu. **O Princípio da Vedação de Retrocesso Socioambiental**. Salvador: Ed. Jus Podivm, 2014.

UCHÔA, Marcelo Ribeiro. **Poder, direito e democracia**: O papel dos direitos humanos na realização do bem comum. Disponível no sítio <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=5377>. Acesso em 05 de maio de 2016.

VOEGELIN, Eric. **A Nova Ciência Política**. 2ª ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1982.

WEFFORT, Francisco C. (Org.). **Os Clássicos da Política**. 3ª ed. São Paulo: Ática, 1991.

ZINN, Howard. **A People's History of the United States**. Harpper Perennial, 2005.

ANEXO I

Tabela A – Propostas de Emendas à Constituição apresentadas no Senado Federal que visam alterar o regime de inelegibilidades

PROPOSIÇÃO	SENADOR	DATA	TEOR	SITUAÇÃO
PEC 45/2015	Antônio Carlos Valadares e outros	07 de abril de 2015	Altera o § 7º do art. 14 CF, para incluir o cônjuge e os parentes de Ministro ou Conselheiro de Tribunal de Contas entre as pessoas inelegíveis no território de jurisdição do titular do cargo.	Aguardando designação de relator na CCJ
PEC 94/2015	Antônio Anastasia e outros	08 de julho de 2015	Cria causa de inelegibilidade para os cargos eletivos do Congresso Nacional, das Assembleias Legislativas, da Câmara Legislativa e das Câmaras Municipais daqueles que tenham, no período correspondente à legislatura anterior, ocupado cargo de Ministro de Estado, de Secretário Estadual, de Secretário Municipal e de dirigente das entidades da administração pública direta e indireta e das mantidas pelo poder público.	Aguardando designação de relator na CCJ
PEC 51/2014	Benedito de Lira e outros	10 de dezembro de 2014	Procura estender a inelegibilidade prevista no art. 14, § 7º, aos territórios contíguos ao território de jurisdição do titular, e para vedar o afastamento de eleitos antes de decisão proferida por órgão colegiado da Justiça Eleitoral.	Aguardando designação de relator na CCJ
PEC 26/2013	Aloysio Nunes Ferreira e outros	22 de maio de 2013	Objetiva incluir ao final do art. 14, § 9º, CF/88 ressalva no sentido de que as causas de inelegibilidade a serem previstas em LC não abrangeriam os fatos ocorridos anteriormente à sua vigência	Aguarda a designação de relator
PEC 39/2011	José Sarney e outros	19 de maio de 2011	Procurava alterar o § 5º do art. 14, CF, para estabelecer a inelegibilidade dos chefes do Executivo, para os mesmos cargos, no período subsequente, extinguindo a reeleição.	Foi votada e rejeitada pelo Senado em junho de 2011. Encontra-se arquivada.

Tabela B – Propostas de Lei Complementar apresentadas no Senado Federal que visam alterar o regime de inelegibilidades.

PROPOSIÇÃO	SENADOR	DATA	TEOR	SITUAÇÃO
PLS n. 476/2015	Comissão de Reforma Política do Senado Federal	13 de julho de 2015	Fixa nova condição de inelegibilidade para magistrados e membros do Ministério Público até dois anos após afastados definitivamente de suas funções.	Aprovada pelo Plenário e remetida à Câmara dos Deputados.
PLS n. 334/2014	Lídice da Mata	18 de novembro de 2014	Aumenta de três para seis meses o prazo de desincompatibilização do servidor público, sob pena de inelegibilidade.	Aguardando designação de Relator na Comissão de Constituição e Justiça.
PLS n. 193	Sérgio Souza e outros	06 de junho de 2012	Altera a LC n.64 prevendo inelegibilidade de oito anos para os que tiverem suas contas relativas à campanha eleitoral desaprovadas por irregularidade insanável que configure ato doloso, em decisão transitada em julgado ou proferida por órgão colegiado da Justiça Eleitoral.	Aguardando designação de Relator na Comissão de Constituição e Justiça.
PLS n. 277	Pedro Taques e outros	17 de julho de 2012	Altera o art. 1º, I, e, da LC n. 64 para incluir como causa de inelegibilidade as condenações não transitadas em julgado provenientes de procedimento do Tribunal do Júri, por se tratar também de órgão colegiado.	Aguardando designação de Relator na Comissão de Constituição e Justiça.
PLS n. 366	Ivo Cassol e outros	16 de outubro de 2012	Altera o art. 1º da LC n. 64, para dispor sobre condições de elegibilidade para servidores públicos ativos e dirigentes sindicais.	Pronta para pauta na Comissão de Constituição e Justiça.

Tabela C – Propostas de Emendas à Constituição apresentadas na Câmara dos Deputados que visam alterar o regime de inelegibilidades

PROPOSIÇÃO	DEPUTADO	DATA	TEOR	SITUAÇÃO
PEC 500	Maurício Rands e outros	07 de julho de 2010	Estabelece que o prazo de três meses de desincompatibilização para que os chefes do Executivo possam concorrer a outros cargos e modifica a regra de inelegibilidade do cônjuge e parentes consanguíneos ou afins.	Aguarda a designação de relator na Comissão de Constituição e Justiça.
PEC 10	Luiz Fernando Machado e outros	04 de abril de 2011	Altera os arts. 28, 29 e 84 da CF para instituir a obrigatoriedade de elaboração e cumprimento do plano de metas pelo Poder Executivo municipal, estadual e federal, com base nas propostas da campanha eleitoral.	Pronta para pauta em Plenário.
PEC 129	Reginaldo Lopes e outros	04 de dezembro de 2011	Inclui parágrafos no art. 14 da CF para tornar inelegíveis, para um quarto mandato consecutivo, os Deputados Federais, os Deputados Estaduais e Distritais e os Vereadores e, para um terceiro mandato consecutivo, os Senadores.	Apensada à PEC n. 378/2009.
PEC 300	Paulão e outros	27 de agosto de 2013	Acrescenta parágrafo ao art. 14 da CF, para estabelecer a inelegibilidade do cônjuge e de parentes em primeiro grau entre si, na disputa de cargos do Poder Executivo em eleições que se realizem concomitantemente.	Pronto para a Pauta.

**Tabela D – Propostas de Lei Complementar apresentadas na Câmara dos Deputados
que visam alterar o regime de inelegibilidades.**

PROPOSIÇÃO	DEPUTADO	DATA	TEOR	SITUAÇÃO
PLP n. 590/2010	Ribamar Alves e outros	14 de julho de 2010	Altera a LC nº 64 para estender os casos de inelegibilidade aos parentes consanguíneos e afins, até o terceiro grau, bem como para os candidatos que transferirem o seu domicílio eleitoral na eleições subsequentes.	Aguardando parecer do Relator na Comissão de Constituição e Justiça.
PLP n. 10/2011	José Carlos de Araújo e outros	16 de fevereiro de 2011	Altera a LC nº 64 para incluir hipóteses de vedação no registro das chapas para os postulantes aos cargos de vice-presidente da República, de vice-governador, de vice-prefeito e de suplentes de Senador.	Apensado ao PLP n. 590/2010.
PLP n. 14/2011	Sílvio Costa e outros	22 de fevereiro de 2011	Dá nova redação à alínea "g" do inciso I do art. 1º da LC nº 64, alterada pela LC nº 135, para dispor sobre a necessidade de decisão judicial de órgão colegiado para tornar inelegível o candidato acusado de improbidade administrativa.	Retirado de tramitação pelo próprio autor (REQ 5481/2012), quando já possuía parecer favorável na CCJ.
PLP n. 33/2011	Luíz Fernando Machado e outros	05 de abril de 2011	Altera a LC nº 64 para tornar inelegível o Presidente, o Governador e o Prefeito que deixarem de cumprir, até o final do mandato, o plano de metas de sua gestão.	Aguardando parecer do Relator na Comissão de Constituição e Justiça.
PLP n. 56/2011	Bruno Araújo e outros	17 de maio de 2011	Altera a redação ao inciso IV do art. 1º da LC nº 64, para reduzir o prazo de desincompatibilização para concorrer ao cargo de Prefeito.	Apensado ao PLP n 511/2009.
PLP n. 134/2012	Walter Feldman e outros	14 de fevereiro de 2012	Acrescenta a alínea r ao inciso I do art. 1º da LC nº 64, para incluir entre os inelegíveis para qualquer cargo pessoas que não possuam idoneidade moral e reputação ilibada, mediante a apresentação de folhas corridas das ações penais e cíveis, expedidas por órgãos com jurisdição nos locais em residuiu nos últimos 10 anos.	Retirado de tramitação pelo próprio autor.
PLP n. 142/2012	Walter Feldman e outros	14 de fevereiro de 2012	Acrescenta a alínea r ao inciso I do art. 1º da LC nº 64, para incluir entre os inelegíveis para qualquer cargo pessoas que não possuam idoneidade moral e reputação ilibada, atestada pelos partidos políticos.	Pronta para pauta na CCJ.
PLP n. 177/2012	Esperidião Amin e outros	16 de maio de 2012	Possui dispositivos que estabelece inelegibilidade	Pronta para pauta em Plenário.

			por oito anos para os dirigentes de organização não governamental condenados em decisão judicial transitada em julgado ou proferida por órgão judicial colegiado, por ilícitos cíveis ou criminais praticados no âmbito de parcerias ou convênios firmados com o Poder Público.	
PLP n. 202/2012	Professor Victório Galli e outros	14 de agosto de 2012	Acrescenta alínea "j" no inciso I do art. 1º da LC nº 64, tornando inelegíveis, para quaisquer cargos eletivos, os cidadãos que apresentem ou participem regularmente de programas de rádio e TV que não desincompatibilizados 12 meses antes das eleições.	Aguardando parecer do Relator na Comissão de Constituição e Justiça.
PLP n. 220/2012	Dr. Grilo e outros	01 de novembro de 2012	Altera a LC nº 64 para incluir hipótese de inelegibilidade para os usuários e dependentes de drogas.	Aguardando parecer do Relator na Comissão de Constituição e Justiça.
PLP n. 248/2013	Rubens Bueno e outros	06 de março de 2013	Altera a LC nº 64 para incluir como hipótese de inelegibilidade a omissão dos dirigentes partidários em prestar contas dos partidos políticos.	Aguardando parecer do Relator na Comissão de Constituição e Justiça.
PLP n. 273/2013	Nelson Marquezelli e outros	16 de maio de 2013	Altera a alínea I, do inciso I, do art. 1º da LC nº 64, para explicitar que a inelegibilidade decorrente de ato doloso de improbidade administrativa exige, cumulativamente, a lesão ao patrimônio público e o enriquecimento ilícito do agente.	Pronta para pauta na CCJ.
PLP n. 282/2013	Luiz de Deus e outros	05 de junho de 2013	Acrescenta parágrafo ao art. 1º da LC nº 64 para estabelecer que são inelegíveis para o período remanescente e nos oito anos seguintes ao término do mandato do titular, o cônjuge e os parentes, consanguíneos, afins ou por adoção do Presidente da República, Governador ou Prefeito.	Apensado ao PLP n. 590/2010.
PLP n. 298/2013	Nilson Leitão e outros	16 de julho de 2013	Altera a LC nº 64 para tornar inelegíveis aqueles que tenham atuado como apresentador ou comentarista de rádio ou televisão seis meses antes da eleição, bem como os que tenham realizado doações a pessoas físicas ou jurídicas seis meses antes da eleição.	Apensado ao PLP n. 202/2012.
PLP n. 352/2013	Luiz Couto e outros	13 de novembro de 2013	Altera a LC nº 64 para dispor sobre a irreelegibilidade dos titulares de cargos do Poder Executivo, seus substitutos	Aguardando parecer do Relator na Comissão de Constituição e Justiça.

			ou sucessores que praticaram atos de apropriação indébita previdenciária.	
PLP n. 353/2013	Domingos Dutra e outros	19 de novembro de 2013	Prevê a inelegibilidade de parentes dos membros do Poder Judiciário, do Ministério Público e dos Tribunais de Contas.	Apensado ao PLP n. 590/2010.
PLP n. 391/2014	Mendonça Filho e outros	08 de maio de 2014	Altera o art. 1º da LC nº 64 estabelecendo prazo mínimo de filiação partidária e afastamento de membros do Poder Judiciário, do Ministério Público dos Tribunais de Contas, das Forças Armadas, Polícias Militares e Corpos de Bombeiros para se candidatarem a cargos eletivos.	Apensando ao PLP n. 511/2009.
PLP n. 419/2014	José Aírton e outros	03 de setembro de 2014	Altera a LC nº 64 para acrescentar à cláusula de inelegibilidade decorrente da condenação por improbidade administrativa, a hipótese de condenação, em primeira instância, em mais de duas ações.	Apensado ao PLP n. 273/2013.
PLP n. 425/2014	Tiririca	24 de outubro de 2014	Altera a LC n.64 para impedir a substituição de candidatos declarados inelegíveis por seu cônjuge ou parente	Apensado ao PLP 20/2007
PLP n. 432/2014	Luiz de Deus	26 de novembro de 2014	Altera a LC n. 65 para incluir causa de inelegibilidade para parente dos conselheiros dos tribunais de contas	Apensado ao PLP n. 353/2013
PLP n. 452/2014	Sandro Mabel e outro	18 de dezembro de 2014	Altera a LC nº 64 para permitir a detração do tempo de inelegibilidade entre a condenação por decisão colegiada e seu trânsito em julgado, do prazo de inelegibilidade após o cumprimento da pena	Apensado ao PLP n. 273/2013
PLP n. 453/2014	Sandro Mabel e outro	18 de dezembro de 2014	Altera a LC nº 64 para uniformizar o período de inelegibilidade a que ficam sujeitos aqueles cuja contagem do prazo de dava a partir data da eleição. Pela alteração, a inelegibilidade contaria a partir de 30 de setembro do ano da eleição	Apensado ao PLP n. 452/2014
PLP n. 03/2015	Pompeo de Matos	02 de fevereiro de 2015	Altera a LC nº 64 para tornar inelegível o cônjuge ou parente até segundo grau ou por adoção do condenado criminalmente (em rol de crimes reduzido), com sentença transitada em julgado.	Apensado ao PLP 20/2007
PLP n. 20/2015	Sílvio Costa	03 de março de 2015	Dá nova redação à alínea "g" do inciso I do art. 1º da LC nº 64, alterada pela LC	Retirado de tramitação pelo próprio autor

			nº 135, para dispor sobre a necessidade de decisão judicial de órgão colegiado para tornar inelegível o candidato acusado de improbidade administrativa.	
PLP n. 40/2015	Brunny	25 de março de 2015	Altera LC n. 64 para tornar inelegíveis os condenados por crimes de violência doméstica contra a mulher e por crimes hediondos.	Aguardando parecer do relator na CCJ
PLP n. 43/2015	Celso Maldaner	26 de março de 2015	Altera a LC n. 64 para vedar que o candidato considerado inelegível seja substituído pelo cônjuge e por parentes	Apensado ao PLP 20/2007
PLP n. 81/2015	Cabo Sabino	13 de maio de 2015	Altera a LC n. 64 para limitar a inelegibilidade do art. 1º, I, o, apenas aos casos de demissão do serviço público por improbidade administrativa.	Aguardando designação de relator na CCJ
PLP n. 100/2015	Ezequiel Fonseca	01 de junho de 2015	Altera a LC nº 64 para incluir as associações civis entre os legitimados para a ação de impugnação do pedido de registro de candidatura	Aguardando designação de relator na CCJ
PLP n. 102/2015	Brunny	10 de junho de 2015	Altera a LC n. 64 para constar que a inelegibilidade decorre também da condenação por improbidade administrativa na modalidade culposa	Aguardando parecer do relator na CCJ
PLP n. 151/2015	Brunny	27 de agosto de 2015	Altera a LC n. 64 para criar a inelegibilidade dos ex-detentores dos mandatos de Prefeito, Governador e Presidente da República que não tenham cumprido mais da metade das suas propostas de governo.	Aguardando designação de relator na CCJ
PLP n. 175/2015	Heitor Schuch	06 de outubro de 2015	Altera a LC nº 64 para fixar em dois meses o prazo de desincompatibilização nos casos que especifica.	Apensado ao PLP n. 511/2009
PLP n. 189/2015	Alceu Moreira	05 de novembro de 2015	Altera a LC nº 64 para ajustar o prazo de desincompatibilização do servidor público ao período de campanha eleitoral	Apensado ao PLP n. 511/2009
PLP n. 194/2015	Rosângela Gomes	17 de novembro de 2015	Altera a LC nº 64 para tornar inelegíveis os que forem condenados pelos crimes praticados contra mulheres em situação de violência doméstica	Apensado ao PLP n. 40/2015
PLP n. 195/2015	João Derly	18 de novembro de 2015	Altera a LC nº 64 para tornar inelegíveis os que forem condenados, civil ou criminalmente, por violência doméstica	Apensado ao PLP n. 40/2015
PLP n. 206/2015	Luiz Carlos Hauhy	09 de dezembro de 2015	Altera a LC nº 64 para reduzir o prazo de desincompatibilização eleitoral dos servidores públicos	Apensado ao PLP n. 189/2015

PLP n. 222/2016	Pompeo de Mattos	04 de fevereiro de 2016	Altera a LC n. 64 para reduzir os prazos de desincompatibilização eleitoral para diversos cargos	Apensado ao PLP n. 511/2009
-----------------	------------------	-------------------------	--	-----------------------------