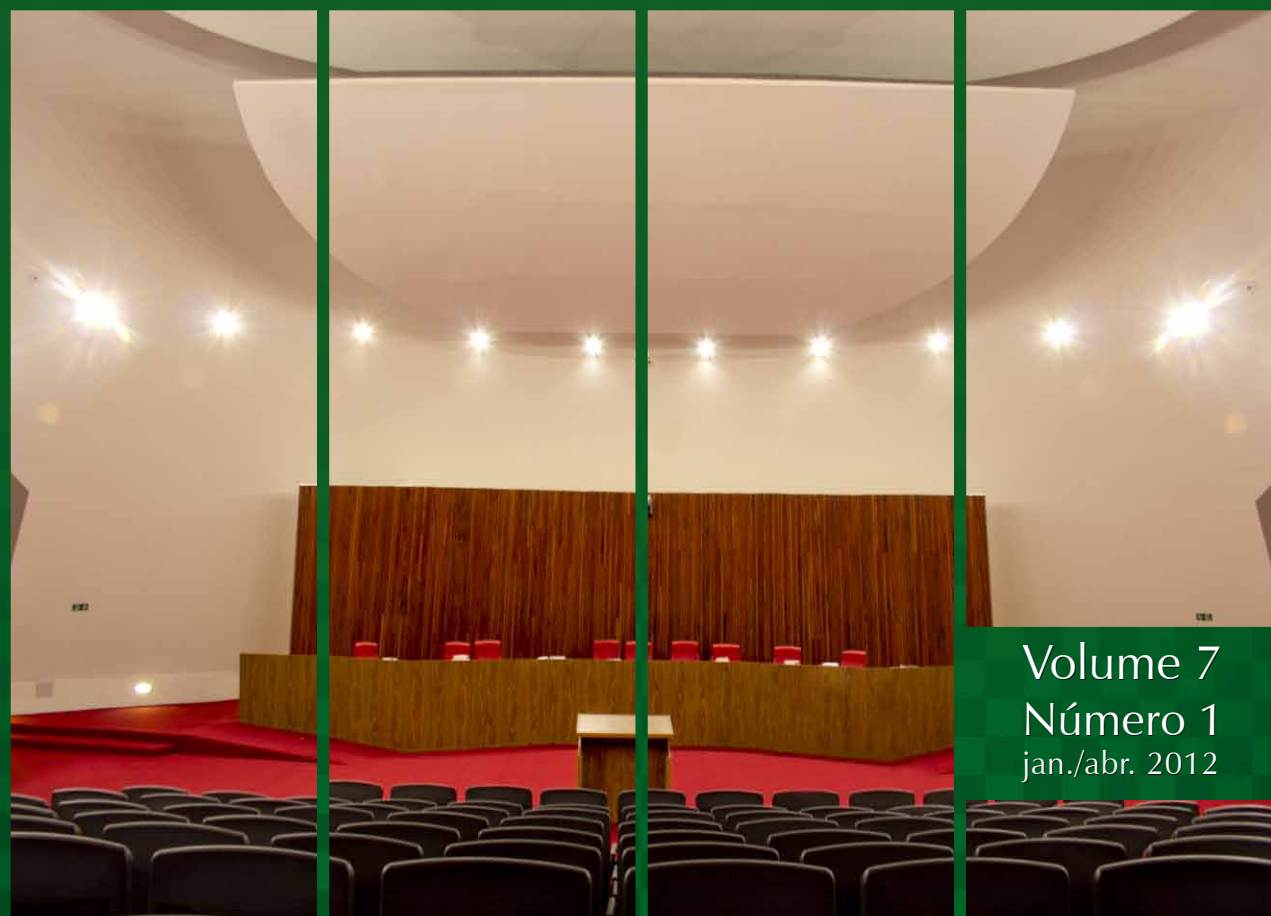




Tribunal Superior Eleitoral

Estudos Eleitorais



Volume 7
Número 1
jan./abr. 2012



Tribunal Superior Eleitoral

Estudos Eleitorais

Volume 7

Número 1

jan./abr. 2012

© 2012 Tribunal Superior Eleitoral

Escola Judiciária Eleitoral
SAFS, Quadra 7, Lotes 1/2, 7º andar
70070-600 – Brasília/DF
Telefone: (61) 3030-7475
Fax: (61) 3030-9959

Coordenação: Ministra Rosa Weber – Diretora da EJE
Editoração: Coordenadoria de Editoração e Publicações (Cedip/SGI)
Projeto gráfico e capa: Clinton Anderson
Diagramação: Leila Oliveira
Revisão: Anna Cristina de Araújo Rodrigues
Normalização técnica: Geraldo Campetti Sobrinho

As ideias e opiniões expostas nos artigos são de responsabilidade exclusiva dos autores e podem não refletir a opinião do Tribunal Superior Eleitoral.

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

Estudos eleitorais / Tribunal Superior Eleitoral. - Vol. 1, n. 1
(1997) - . - Brasília : Tribunal Superior Eleitoral, 1997- .
v. ; 24 cm.
Quadrimestral.
Suspensa de maio de 1998 a dez. 2005, e de set. 2006 a
dez. 2007.

ISSN 1414-5146

I. Tribunal Superior Eleitoral.

Tribunal Superior Eleitoral

Presidente

Ministra Cármen Lúcia

Vice-Presidente

Ministro Marco Aurélio

Ministros

Ministro Dias Toffoli

Ministra Nancy Andrighi

Ministro Gilson Dipp

Ministro Arnaldo Versiani

Procurador-Geral Eleitoral

Roberto Monteiro Gurgel Santos

Coordenação da Revista Estudos Eleitorais

Ministra Rosa Weber

Conselho Científico

Ministro Ricardo Lewandowski
Ministra Nancy Andrighi
Ministro Aldir Guimarães Passarinho Junior
Ministro Hamilton Carvalhido
Ministro Marcelo Ribeiro
Álvaro Ricardo de Souza Cruz
André Ramos Tavares
Antonio Carlos Marcato
Clèmerson Merlin Clève
Francisco de Queiroz Bezerra Cavalcanti
José Jairo Gomes
Luís Virgílio Afonso da Silva
Marcelo de Oliveira Fausto Figueiredo Santos
Marco Antônio Marques da Silva
Paulo Bonavides
Paulo Gustavo Gonet Branco
Paulo Hamilton Siqueira Junior
Walber de Moura Agra
Walter de Almeida Guilherme

Composição da EJE

Diretora

Ministra Rosa Weber

Assessora-chefe

Juliana Deléo Rodrigues Diniz

Servidores

Ana Karina de Souza Castro
Camila Milhomem Fernandes
Carmen Aparecida Melo de Valor
Geraldo Campetti Sobrinho
Quéren Marques de Freitas da Silva
Rodrigo Moreira da Silva
Roselha Gondim dos Santos Pardo

Colaboradores

Anna Cristina de Araújo Rodrigues
Keylla Cristina de Oliveira Ferreira
Lana da Glória Coêlho Stens

APRESENTAÇÃO

A Escola Judiciária Eleitoral do Tribunal Superior Eleitoral (EJE-TSE) apresenta ao prezado leitor o primeiro número da revista *Estudos Eleitorais* de 2012, fascículo composto de sete artigos, quatro deles em português, dois artigos em italiano e um em espanhol.

No primeiro artigo, intitulado *Jurisdição Eleitoral: reflexão teórico-pragmática baseada em uma aproximação ao caso europeu*, José Julio Fernández Rodríguez, professor titular da Universidade de Santiago de Compostela (Espanha), e Daniel Neira Barral, advogado, abordam a importância da jurisdição eleitoral para a democracia e analisam os aspectos positivos e negativos de diversas formas de estruturação do sistema de jurisdição eleitoral.

Bianca Lorena Dias Cantero, doutoranda em ciências jurídicas e sociais, desenvolve o assunto *O princípio da não culpabilidade e sua aplicabilidade em matéria eleitoral*. A autora defende que a aplicação do princípio da presunção de inocência não se restringe à seara penal, devendo estender-se a outras áreas do direito, como a eleitoral.

O coordenador de Registros Partidários, Autuação e Distribuição do TSE, Alessandro Rodrigues da Costa, apresenta o artigo *Estudos referentes à distribuição por dependência prevista no art. 253, I, CPC, no âmbito da Justiça Eleitoral*, no qual analisa a possibilidade de conexão das ações eleitorais, para fins de se determinar a prevenção de juízo, por meio da aplicação subsidiária das regras previstas no Código de Processo Civil.

No artigo *Lei Complementar 135/2010: natureza jurídica das inelegibilidades e diálogo constitucional*, o analista judiciário do Tribunal Regional Eleitoral de Minas Gerais, Luciano Feres Fonseca da Cunha, discute a natureza jurídica das inelegibilidades como premissa para analisar a compatibilidade das alterações introduzidas pela Lei Complementar 135/2010 na Lei das Inelegibilidades com a Constituição brasileira.

O professor emérito da Universidade de Bolonha, Giuseppe de Vergottini, contextualiza o atual sistema eleitoral italiano ao tratar da

influência da legislação eleitoral sobre a forma de governo no texto *Legislazione elettorale e forma di governo italiana*.

Fausto Vecchio, professor assistente da Universidade de Enna, considera que o caso Ruiz Zambrano marca um grande avanço no caminho seguido pela Corte Constitucional de Justiça italiana. Seu artigo intitula-se: *Il Caso Ruiz Zambrano tra cittadinanza europea, discriminazioni a rovescio e nuove possibilità di applicazione della carta dei diritti fondamentali dell'unione*.

O artigo *Ocho años son suficientes la enmienda 22ª a la Constitución de EEUU*, de autoria do doutor em Direito Público, Pedro Maria Fernández Barbadillo, aborda a 22ª Emenda à Constituição norte-americana que positivou restrição à reeleição para o cargo de presidente dos Estados Unidos.

Ao atuar no desenvolvimento das abordagens históricas, do marco teórico e das avaliações práticas sobre cidadania, democracia e eleições, a Escola Judiciária do TSE reafirma seu empenho na valorização dos estudos eleitorais, incentivando a elaboração de novas contribuições nessa importante área do saber humano.

Com esta publicação, a EJE-TSE dá cumprimento a sua missão de estimular a produção intelectual de textos científicos sobre a matéria eleitoral e disciplinas correlatas e de promover o estudo, o debate e o amadurecimento das discussões alusivas a questões democráticas, partidárias e eleitorais.

SUMÁRIO

≡≡≡	Jurisdição eleitoral: reflexão teórico-pragmática baseada em uma aproximação ao caso europeu	
	JOSÉ JÚLIO FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ e DANIEL NEIRA BARRAL.....	9
≡≡≡	O princípio da não culpabilidade e sua aplicabilidade em matéria eleitoral	
	BIANCA LORENA DIAS CANTERO.....	29
≡≡≡	Estudos referentes à distribuição por dependência prevista no art. 253, I, CPC, no âmbito da Justiça Eleitoral	
	ALESSANDRO RODRIGUES DA COSTA	53
≡≡≡	Lei Complementar 135/2010: natureza jurídica das inelegibilidades e diálogo constitucional	
	LUCIANO FERES FONSECA DA CUNHA	65
≡≡≡	Legislazione elettorale e forma di governo italian	
	GIUSEPPE DE VERGOTTINI.....	81
≡≡≡	Il caso Ruiz Zambrano tra cittadinanza europea, discriminazioni a rovescio e nuove possibilità di applicazione della carta dei diritti fondamentali dell'unione	
	FAUSTO VECCHIO.....	99
≡≡≡	Ocho años son suficientes la enmienda 22ª a la Constitución de EEUU	
	PEDRO MARIA FERNÁNDEZ BARBADILLO.....	103

JURISDIÇÃO ELEITORAL: REFLEXÃO TÉORICO-PRAGMÁTICA BASEADA EM UMA APROXIMAÇÃO AO CASO EUROPEU¹

José Julio Fernández Rodríguez²

Daniel Neira Barral³

Resumo

Discute os conceitos de jurisdição eleitoral, justiça eleitoral e administração eleitoral. Em seguida, define uma tipologia teórica a partir da variável jurisdição eleitoral: a) a inexistência de jurisdição eleitoral; b) a jurisdição eleitoral exercida pela jurisdição ordinária; c) a jurisdição eleitoral é reservada a tribunais eleitorais especializados; d) a jurisdição eleitoral exercida pela jurisdição constitucional. Após destacar os pontos positivos e negativos de cada uma dessas categorias, passa a descrever esses modelos no direito comparado europeu e estabelece um paralelo entre a jurisdição europeia e a latino-americana.

Palavras-chave: Jurisdição eleitoral. Jurisdição eleitoral europeia. Análise DAFO.

Abstract

This article analyses the concepts of electoral jurisdiction, electoral justice and electoral administration. It defines a theoretical typology considering the exercise of electoral jurisdiction: a) the absence of an electoral jurisdiction; b) the ordinary jurisdiction as electoral jurisdiction; c) the electoral jurisdiction reserved to specialized electoral Courts; d) the electoral jurisdiction exercised by the constitutional jurisdiction. After pointing the positive and negative aspects of each model, it describes the organization of electoral systems in European laws and compares the jurisdiction in Europe and in Latin America.

Keywords: Electoral jurisdiction. European electoral jurisdiction. DAFO analysis.

¹ O presente trabalho baseia-se na intervenção de José Julio Fernández no Congresso Internacional de Direito Eleitoral, organizado em São Paulo pela Escola Judiciária Eleitoral do Tribunal Superior Eleitoral e pela Escola Judiciária Eleitoral Paulista do Tribunal Regional Eleitoral de São Paulo, em novembro de 2011.

² Professor titular de Direito Constitucional da Universidade de Santiago de Compostela (Espanha).

³ Advogado.

1 Introdução

A jurisdição eleitoral deve desempenhar um papel crucial, em termos qualitativos, no processo democrático. Seu correto funcionamento assegura adequados *standards* de qualidade democrática. Pode-se dizer que o princípio democrático está na origem da jurisdição eleitoral: instaura-se uma jurisdição eleitoral para fortalecer a democracia. Na verdade, a democracia exige instituições que desempenhem um papel garantidor e protetor e instituições jurídicas que protejam a adequada densidade axiológica do sistema. Uma delas é a jurisdição eleitoral. Na Europa, apesar da variedade de modelos, importa reputar o resultado global como satisfatório. Entretanto, tal não impede o debate sobre tais modelos, tampouco a perquirição das soluções mais apropriadas para otimização do progresso do Estado democrático. Consignaremos algumas ideias nesse sentido no presente trabalho.

Encontramo-nos ante uma figura complexa, que dificulta as análises generalistas e que aconselha aproximações multidisciplinares. Nesse sentido, indica-se que

la justicia electoral posee una innegable dimensión política, ya que forma parte del vehículo a través del cual se expresa la soberanía popular: los procesos electorales; una dimensión institucional, en la medida que actúa directamente en la conformación de los poderes legislativo y ejecutivo, asumiendo, y paralelamente reduciendo, competencias que tradicionalmente le habían correspondidos a estos dos últimos; y una dimensión garantista, puesto que su función principal es asegurar el sometimiento al Derecho de los poderes públicos (EZQUIAGA GANUZAS, 2006, p. 13).

Apesar da inegável importância, juristas europeus não prestaram atenção a essa figura do passado. Não obstante, hoje a situação mudou e uma arquitetura adequada alicerça a justiça eleitoral para o sucesso da democracia. Ainda assim, devemos evitar recair em exageros que dão uma sensação de panaceia universal. Como Nohlen (2006, p. 141) assinala, “la justicia electoral es necesaria para la democracia, pero no suficiente para su consolidación”.

O contexto cultural e social em que a justiça eleitoral se move na Europa e na América Latina é muito diferente. Para colocá-lo

esquemáticamente, assumindo o risco, portanto, de generalizar demais, na Europa, há plena confiança no sistema eleitoral e na total honestidade dos responsáveis pela sua implementação e controle; em muitos países da América Latina, a situação tende a contrastar pela desconfiança (a tal ponto que, por vezes, justifica milionários gastos com treinamentos para as eleições e sistemas de votação eletrônicos com o fim de atenuar o referido sentimento, despesas impensáveis na Europa, especialmente no contexto da crise hoje). Por outro lado, não obstante a discrepância contextual indicada, as categorias jurídicas utilizadas em ambos os continentes são semelhantes, o que nos permite abordar a questão aqui e agora, adotando uma perspectiva técnico-jurídica.

2 Conceito: delimitação positiva e negativa

Importa, a esta altura, prover o leitor dos limites conceituais mínimos em que operamos, porque, no tocante a essa área, a compreensão de uma forma ou de modo diverso dos conceitos de referência tem condão de gerar graves disparidades de raciocínio. Não há consenso na doutrina científica sobre o conceito de jurisdição eleitoral e conceitos correlatos. Nesta ocasião, passaremos a apresentar um posicionamento que bem reflete o contexto de um jurista europeu. Entende-se a jurisdição eleitoral como a atividade jurisdicional de controle da adequação das eleições à normativa que as regula por meio da resolução das ações e dos recursos estabelecidos para esse fim. Do ponto de vista da *lege ferenda*, tal controle deveria perseguir o correto cumprimento do princípio democrático e de seu substrato axiológico (transparência, objetividade), além da defesa do direito de sufrágio ativo e passivo. Esquemáticamente, poder-se-ia dizer que a jurisdição eleitoral deve garantir eleições livres e honestas (NOHLEN, 2011, p. 319).

Assim, restariam salvaguardadas as possibilidades oferecidas pelo sistema eleitoral democrático e pelo exercício da cidadania: a escolha real e limpa de representantes, com a transparência necessária para realizar verificações exigidas pela confiança no sistema. Do seu caráter jurisdicional, decorre a necessidade de que a sobredita atividade seja levada a cabo por um órgão independente, cujos atos submetam-se ao direito, sob a forma de argumentação jurídica norteada pelo princípio do contraditório. Igualmente, a prestação jurisdicional deve ser provocada e ter como premissa o julgamento e sua execução.

Distintas da jurisdição eleitoral são as categorias de justiça eleitoral e administração eleitoral. Justiça eleitoral assumiria sentido mais amplo e genérico, compreendendo o conjunto de atividades de supervisão, impugnação e controle das eleições (perspectiva que incluiria não somente a prestação de jurisdição eleitoral, mas também outras atuações de caráter meramente administrativo e/ou político). A justiça eleitoral é um dos elementos que influem no processo político e que assume notória importância. Essa justiça afeta a legitimidade de entrada, mas não a legitimidade de saída do sistema democrático (dependente dos resultados sociais e econômicos). Contudo, “no cabe democracia sin elecciones libres, y no caben elecciones libres sin controles o garantías jurisdiccionales” (EZQUIAGA GANUZAS, 2006, p. 29).

Por sua vez, a administração eleitoral⁴ seria o conjunto de órgãos e autoridades que organizam e supervisionam o desenvolvimento das eleições. Portanto, esse seria um conceito diferente, sempre presente, porque é sempre necessário ter alguém para organizar as eleições. Essa administração é por vezes uma administração especial. Como observado por García Soriano (2005, p. 82), pegando uma ideia de Santolaya Machetti, essa administração especial “aparece cuando se considera que existen insuficiencias o fallos, tanto en términos materiales como de neutralidad, en el poder ejecutivo, en el judicial, o en ambos y por ello resulta necesario crear una administración específica para las cuestiones electorales”. Dessa forma, “ésta será tanto más poderosa e independiente cuanto mayor sea la desconfianza en sus instituciones ordinarias a las que no se considera legitimadas para adoptar decisiones si lo que está en juego es la decisión de quien ostentará el poder en los años siguientes”.

É preciso ter em mente que o alcance desses conceitos (e também na área de jurisdição eleitoral), geralmente, não abrange crimes eleitorais, que são tratados no campo do Direito Penal, substantivo e adjetivo.

⁴ Ela é a verdadeira protagonista jurídica das eleições. Geralmente, tem uma estrutura de vários níveis, como uma pirâmide (mesas, comissões eleitorais territoriais, comissão eleitoral central) e opera sob um modelo hierárquico de modo que a cabeça dá unidade ao conjunto e foco à resolução final dos recursos administrativos. A preparação das eleições requer registro e dar luz verde para os candidatos. A supervisão do desenvolvimento eleitoral leva a fixar seu resultado.

3 Modelos teóricos: tipologia em que se adota como variável a jurisdição eleitoral

Tomando como referência a variável de jurisdição eleitoral, poder-se-ia construir a seguinte tipologia teórica:

- a) inexistência de jurisdição eleitoral;
- b) a jurisdição eleitoral é a jurisdição ordinária;
- c) a jurisdição eleitoral é reservada a tribunais *ad hoc* (tribunais eleitorais especializados);
- d) a jurisdição eleitoral é a jurisdição constitucional.

O modelo b) inclui os casos de tribunais de direito comum e tribunais administrativos pertencentes ao Poder Judiciário.

4 Análise DAFO: aspectos positivos e negativos dos modelos teóricos

O objetivo desta seção não esgota o título do tópico em si, mas foca as questões que nós compreendemos como de maior capacidade explicativa e maior relevância com a operação real dos modelos.

Dessa forma, em seguida, constam alguns aspectos positivos e negativos, considerando-se que vários são discutíveis. Também vários desses argumentos são intercambiáveis, dependendo da perspectiva tomada (ou seja, podem ser pontos fortes ou fracos, conforme o caso).

a) Inexistência de jurisdição eleitoral: essa situação desemboca em um controle político e/ou administrativo.

Aspectos negativos

- As ausências das características da jurisdição reduzem a independência e o rigor das resoluções. Além disso, a qualificação de eleições materialmente assume natureza jurisdicional, razão pela qual não se deve prescindir de um controle da mesma natureza.

- O controle jurisdicional dos atos de poderes políticos pode ser considerado como um princípio próprio do Estado de direito.
- O órgão político envolvido pode ser constituído de juiz e parte, com a tendência de imposição da maioria à margem das considerações ajustadas ao direito. A regularidade de uma eleição pode depender da maioria política (como exemplo, pode-se citar o problema na França, nas eleições de 2 de janeiro de 1956: a assembleia invalidou a eleição de numerosos deputados “poujadistes”, diante do protesto geral – por isso, a Constituição de 1958 encomendou tal controle ao *Conseil Constitutionnel*).

Aspectos positivos

- Sobre o controle político, os critérios de oportunidade política são discricionários e, portanto, dotados de maior flexibilidade e apego à realidade concreta.
- Pode ser argumentado um maior respeito pelo princípio de divisão de poderes: cada órgão do poder público é independente dos outros, por isso não devem ser envolvidos nas decisões próprias dos outros. Assim, seria uma arma defensiva nas mãos do Legislativo frente ao Executivo para assegurar sua autonomia e independência.
- Evita disputas partidárias em âmbito judicial e, por conseguinte, atenua a judicialização da política. A intenção é não danificar o sistema judicial, que do contrário estaria imerso nas lutas políticas dos partidos em detrimento de seu papel principal (a resolução técnica jurídica de litígios).

b) A jurisdição eleitoral é a jurisdição ordinária

Aspectos negativos

- A saturação de processos ordinários pode prejudicar a especialização e a atenção requeridas pelas características do contencioso eleitoral.

- O permanente problema da judicialização da política. O problema pode se agravar quando os responsáveis políticos não procuram acordos ou compromissos. Nesse caso, não querem negociar e levam a controvérsia aos tribunais. Afirmar Ezquiaga Ganuzas (2006, p. 14) que “se suple la falta de legitimidad involucrando al poder judicial” e “no se fomenta una cultura política de diálogo, compromisos y consensos”. “Los jueces se ocupan de conflictos que son de naturaleza política y que deben resolverse en ese ámbito”. “El Derecho no sirve para todo, ni debe ni puede sustituir a la política”.⁵

Aspectos positivos

- Não se fragmenta a unidade da jurisdição, favorecendo-se, assim, a igualdade e a segurança jurídica, fortalecedoras do Estado de direito.
- Semelhança entre o jurídico eleitoral e o jurídico ordinário, ou seja, os critérios de aplicação judicial do direito são similares em seus vários domínios. Igualmente, os juízos de valor e a formação são similares em todos os âmbitos de aplicação judicial do direito.
- A ação de julgar e qualificar materialmente as eleições tem natureza jurisdicional e, em consequência, o exercício de tais atribuições deve corresponder a um órgão jurisdicional, para garantir a autenticidade, regularidade e validade das eleições, ao evitar que os integrantes do órgão envolvido se convertam em juiz e parte ao realizar a qualificação das eleições involucrado se conviertan en juez y parte al realizar la calificación de las elecciones en que contenderão [...] se evita o risco de que a maioria política atue conforme seus interesses políticos e partidários, ignorando considerações de direito e de justiça.

⁵ “En ocasiones, la acusación a los jueces de activismo o, directamente, de utilizar criterios políticos en sus decisiones es consecuencia de la incapacidad de la política de resolver problemas que son exclusivos de su ámbito y que, por tanto, deben solucionarse con criterios políticos y no jurídicos, es decir, con acuerdos, negociación, consenso o juego de las mayorías y las minorías y no por medio de normas jurídicas” (EZQUIAGA GANUZAS, 2006, p. 14).

c) Tribunais eleitorais

Aspectos negativos

- Ruptura da unidade jurisdicional, com possibilidade de aumento de pressões, e comprometimento da igualdade substancial.
- De novo, o permanente problema da judicialização da política e, também, da politização da justiça eleitoral. Há um risco evidente em admitir-se que a composição dos órgãos da justiça eleitoral seja uma questão de primeira ordem política, que faz a justiça eleitoral objeto da política. Esse risco é potencializado ainda mais neste modelo que no modelo de justiça ordinária. Assim, as resoluções podem ser vistas como uma faceta da disputa eleitoral, envolvendo os órgãos judiciais na própria política.
- O debate eleitoral torna-se permanente. Na verdade, os tribunais eleitorais dirimem litígios continuamente, ainda que fora do período eleitoral. Isso causa estranheza à cultura judiciária europeia, onde, em palavras simples, uma vez que passadas as eleições, são resolvidos imediatamente os recursos, e o tema, juridicamente, torna-se pacífico.
- Há um risco de simplificação negativa ou de visão limitada: a democracia reduzida ao eleitoral, ao adjetivo-formal. A dimensão substancial é necessária e indispensável à democracia.
- Por último, o perigo de conflitos com os tribunais superiores ordinários ou com o tribunal constitucional. O tribunal eleitoral tende a se converter em um órgão de justiça constitucional, paralelo ao tribunal constitucional próprio. Não obstante, o intento de assunção de capacidade para o controle de constitucionalidade é disfuncional nos sistemas concentrados de controle de constitucionalidade.⁶ Esse risco pode gerar uma perigosa bicefalia na função de controle de constitucionalidade.

⁶ Não obstante, parte da doutrina defende que o tribunal eleitoral tenha competência para controlar a constitucionalidade das leis. Assim, Ezquiaga Ganuzas afirma que “solo de ese modo podrá cumplir adecuadamente con su carácter de máxima autoridad judicial en materia electoral [...] y sólo así podrá ser un agente activo de consolidación democrática” (*op. cit.*, p. 25). Parece, sem dúvida, uma afirmação exagerada.

Aspectos positivos

- A especialização de ditos tribunais, que pode apreender plenamente as especificidades do contencioso eleitoral. A partir dessa posição, defende-se que os juízes requerem uma formação específica.
- A liberação do Poder Judiciário ordinário das típicas insídias partidárias do mundo eleitoral.
- Completando esta argumentação, Ezquiaga Ganuzas (2006, p. 20) alude a diferenças de ordem material: “la dimensión política de la materia aconseja aislarla de las demás materias más jurídicas [...] los criterios de interpretación son diferentes [...] los juicios de valor con los que deben afrontarse los márgenes legislativos son diferentes”.

d) A jurisdição constitucional como jurisdição eleitoral

Aspectos negativos

- Risco de saturar a alta magistratura e de forçá-la a entrar em alguma questão de mera legalidade (irrelevante constitucionalmente).
- Os problemas eleitorais assumem caráter demasiadamente fático, e o juiz constitucional não é um juiz do fático; é um juiz de interpretação do direito (acima de tudo, de interpretação abstrata do direito).
- O contencioso eleitoral é um dispositivo de urgência, que se activa *ad hoc*, em relação a cada concreto processo eleitoral: não persegue uma finalidade de depuração constitucional do sistema eleitoral. Em vez disso, aproxima-se de um controle da legalidade eleitoral.

Aspectos positivos

- O tribunal constitucional deve supervisionar as questões básicas do poder público como guardião da supremacia constitucional (e a temática eleitoral é uma dessas questões básicas do poder público). Assim,

las elecciones son un proceso formal y materialmente constitucional, vinculado a la propia legitimación del Estado

Constitucional como forma concreta de organización de lo social [...] La inclusión en la Constitución de las normas rectoras del sistema electoral encuentra su fundamento primero en el proceso de racionalización de lo político iniciado, con desigual fortuna, por las revoluciones francesa y norteamericana. Racionalización, entendida como positivización de ciertas reglas de convivencia, aceptadas por todos, y no disponibles por la mayoría existente en cada momento (CAAMAÑO, 1997, p. 94).

E, na mesma direção,

la elección parlamentaria es un acto de Derecho Constitucional, a través del cual se constituye el poder político legítimo [...] la calificación electoral se ejerce fuera de la jurisdicción ordinaria y administrativa. El proceso electoral corresponde a un acto específico de creación de un órgano de Estado a nivel federal. Por esta razón, los reclamos no pertenecen al ámbito de la jurisdicción administrativa (NOHLEN, 2006b, p. 6).

Frente à situação na Europa, na América Latina, o habitual é a existência de tribunais eleitorais especializados, tanto autônomos quanto integrados a um ramo especializado dentro do Poder Judiciário.

Há juristas que, pontualmente, têm vislumbrado essa fórmula como “una de las aportaciones más significativas de la región a la Ciencia Política y al Derecho Electoral” (OROZCO HENRÍQUEZ, 1996, p. 5). Talvez se quisesse obter um efeito simbólico que consolidasse a democracia ou o sistema eleitoral. Mesmo que ultrapassasse os obstáculos encontrados em tribunais comuns. Em tempos de transição para a democracia, pode-se permitir a seleção de juízes mais comprometidos com uma questão como a eleitoral, questão tão sensível e estratégica. No entanto, por todas as razões mencionadas acima, nós acreditamos que é melhor o modelo dos tribunais ordinários, complementado com alguns monitoramentos em certos casos pelo tribunal constitucional. Miranda (2003, p. 192), referindo-se a Portugal, embora o faça em uma reflexão que extrapola o escopo do presente estudo, indica que o litígio eleitoral é um litígio constitucional e, portanto, também inclui a opção de confiar no tribunal constitucional. Em sua estrutura, no entanto, não deixa de ser um litígio administrativo *sui generis*.

De qualquer forma, surpreende negativamente como em algum caso americano os tribunais eleitorais e tribunais especializados, competentes para a resolução de litígios relativos às eleições, também organizam as próprias eleições. Ser juiz e parte em um tema tão relevante como a eleição merece uma crítica retumbante concernente ao comprometimento das garantias essenciais do Estado democrático. Também é muito questionável a posição da doutrina minoritária, segundo a qual a justiça eleitoral especializada deve liberar-se da tutela da justiça constitucional (que os tribunais constitucionais não revejam as decisões dos tribunais eleitorais) (SOBRADO GONZÁLEZ, 2009, p. 8-9).

Seja como for, a longa tradição da América Latina de estabelecer jurisdições especializadas fora do Poder Judiciário para decidir certos tipos de casos (laborais, agrícolas, administrativos, militares, eleitorais), sem sujeição ao controle judicial ordinário, levou ao enfraquecimento do próprio Poder Judiciário na região (ROSENN, 1988, p. 1258).

5 Modelos no direito comparado europeu

É preciso ter em mente que os modelos “práticos” não correspondem exatamente aos modelos teóricos, uma vez que existem componentes de hibridismo e mistura decorrentes da própria evolução histórica e contextual de cada Estado. Referido hibridismo explica a presença de elementos de vários modelos teóricos num mesmo modelo prático. Existe, na maioria dos casos, combinação de opções. O exame de alguns países permite-nos estabelecer a seguinte tipologia, própria da realidade do direito comparado europeu (tendo em conta esses elementos híbridos).

De um ponto de vista “clássico”, o controle eleitoral na Europa tinha uma natureza predominantemente político-parlamentária. A assembleia política ostentava a decisão última sobre as controvérsias eleitorais, seguindo o princípio de autocomposição (no Bloco do Leste, na época comunista, estava presente, curiosamente, esse aspecto clássico do parlamentarismo).

Na atualidade, já não existem sistemas dotados de um contencioso eleitoral exclusivamente político, mas, sim, muitos que misturam tal elemento político com outro de natureza jurídica.

De 1604 a 1868, o parlamento inglês assumiu a competência de controle dos resultados eleitorais. Na França, a assembleia exerceu tal competência desde os Estados Gerais do século XVIII até a Constituição de 1958. Procurava-se uma prevenção frente à intervenção do Poder Judiciário, nessa área, com resultado de uma concepção rígida do princípio da separação de poderes. Sobre a influência da Constituição espanhola de Cádiz na América Latina, durante o século XIX, estabeleceu-se um contencioso político.

Na Inglaterra e na França, a alegação de competência exclusiva das assembleias eleitas para verificar os títulos de seus próprios membros foi um momento relevante em seu confronto contra o poder real. Com o início do século XX na Europa, o tema diversificou-se entre a competência parlamentar e jurisdicional. Fernández Segado (1993, p. 66), seguindo a Elía, assinala que isso é

[...] fruto de la aparición de situaciones psicológicas diferentes en diversos países, como podrían ser la seguridad acerca de la irreversibilidad de la victoria parlamentaria en su confrontación con el monarca, o también la conciencia más o menos viva de los abusos a que podría dar lugar la verificación por el propio Parlamento de los poderes de sus miembros.

– Modelo híbrido com jurisdição ordinária

Praticamente todos os países são dotados de um sistema de controle judicializado de uma maneira ou de outra.

Um modelo híbrido político-jurisdicional pode-se encontrar na Itália ou na Suíça. Outros exemplos seriam Bélgica, Holanda, Luxemburgo, Dinamarca ou Noruega. Também são casos mistos político e jurisdicional ordinário Estônia, Hungria, Letônia, Lituânia e Macedônia. Lara Sáenz (2006, p. 306) indica que na Itália existem

recursos, protestas e impugnaciones frente a los órganos electorales (nacionales, regionales y provinciales), finalmente resueltos por las cámaras de Diputados y Senadores, que se erigen en colegios de calificación electoral, y el sistema jurisdicional que se sigue ante los tribunales administrativos regionales, la Corte de Casación, el Tribunal Constitucional y el Consejo de Estado.

– Misto administrativo-jurisdicional ordinário

Esse modelo pode ser detectado na Europa Central e Oriental.

No entanto, Krystian Complak (p. 130) sustenta, em relação à justiça eleitoral, que o mais óbvio na Europa Central e Oriental é o crescente papel dos tribunais constitucionais. Em oito Estados da região, a última palavra na verificação de poderes pertence a essas instituições. A esse elenco de Estados devemos adicionar os países em que os tribunais retêm uma virtual potencialidade – devido à introdução do recurso de amparo constitucional – como é o caso de Hungria, Polônia e Rússia. Também receberam alguns poderes nesse domínio os tribunais da Lituânia e da Ucrânia.

Mas o verdadeiro poder em matéria eleitoral pertence ao Judiciário. Não há nenhum país em que não haja a possibilidade de se recorrer dos atos eleitorais perante os tribunais de direito comum. É verdade que a justiça eleitoral na Europa Central e Oriental está passando por um período de grandes mutações. Seus diversos modelos básicos são atualmente difundidos na região. No entanto, todos esses modelos são vinculados aos tribunais de direito comum e à administração eleitoral. Um caso peculiar é a Polônia, com o controle concentrado no Supremo Tribunal de Justiça.

– Proeminência da jurisdição constitucional na decisão dos meios de impugnação eleitorais

Podem-se citar Áustria, França, Grécia, Portugal e parte de Europa do Leste (Albânia, Bulgária, República Checa, Croácia, Eslováquia, Eslovênia, Moldávia, Romênia).

Com respeito a Portugal, assinala Miranda (2003, p. 192) que a disputa política eleitoral é um contencioso constitucional, o que permite compreender a opção de confiar no tribunal constitucional (na sua estrutura, no entanto, continua a ser um contencioso administrativo porque decorre de uma atividade administrativa e porque os chamados recursos eleitorais seguem essencialmente o processo de ações de contencioso administrativo). Prossegue afirmando que as disputas eleitorais devem responder à demanda tripla: garantir os direitos fundamentais de eleger e ser eleito, garantir a periodicidade das eleições e da renovação dos titulares dos órgãos nos prazos constitucionais e legitimar os resultados das eleições.

Na Alemanha, seria um caso misto político e jurisdicional constitucional (o exame dos recursos é feito em primeira instância pelo próprio parlamento, após a sua própria escolha, e em segunda instância pelo tribunal constitucional federal). O tribunal constitucional da Alemanha influenciou poderosamente o sistema eleitoral alemão. O prestígio do Tribunal de Karlsruhe ajudou (analisou o princípio de igualdade de voto – problemático na Alemanha pela coexistência do sistema proporcional e majoritário, BVerfGE 95, 335 –, de acordo com a ideia de representação proporcional personalizada; também a barreira legal em um sistema proporcional, possível dentro de uns limites, BVerfGE 1, 208; os mandatos excedentes, BVerfGE, 95, 335; ou a cláusula de mandatos mínimos). Assim, afirma-se que a eleição parlamentar é um ato de direito constitucional, que constitui o poder político legítimo, premissa máxima que leva a três conclusões: primeiro, que a qualificação eleitoral é exercida fora da jurisdição ordinária e administrativa; em segundo lugar, que a qualificação eleitoral tem como principal objetivo a proteção da constituição do órgão representativo, o parlamento; e a terceira, que prevalece como segundo objetivo a defesa da validade da eleição e da conservação do ato eleitoral, o que significa restringir os direitos e as possibilidades dos cidadãos de fazer valer suas reclamações e recursos no processo de qualificação eleitoral. O efeito de uma irregularidade sobre a composição do parlamento é o maior critério para julgar sobre a reclamação ou queixa (NOHLEN, 2006b, p. 6-7).

Não há dúvida de que existe uma tendência nos últimos anos na Europa consistente em confiar ao órgão de justiça constitucional a competência do contencioso eleitoral, dadas as características próprias de um tribunal constitucional. A fisionomia de tal processo varia de caso para caso, uma vez que varia o tipo de eleições controladas (presidenciais, legislativas e locais), o momento da intervenção (antes ou depois da eleição) e a extensão do controle (condições de elegibilidade ou regularidade das operações eleitorais).

Também por meio do processo de amparo constitucional (uma ação extraordinária de defesa de direitos fundamentais) ocorre controle eleitoral. Os direitos eleitorais (direito de sufrágio) pertencem à classe dos direitos protegidos pelo amparo. Às vezes, há no mesmo país o processo específico de controle eleitoral e o processo de amparo (Albânia, República Checa, Croácia, Eslováquia, Eslovênia). Em outros casos, o

recurso de amparo é o único mecanismo de defesa dos direitos eleitorais ante os tribunais constitucionais (Hungria, Polônia, Rússia).

Na Grã-Bretanha, os juízes ordinários são competentes para decidir em sede de tais meios de impugnação. E elo desde 1868, quando o juízo das eleições deu-se a dois juízes da *King's Bench Division* da *High Court of Justice*. Como é sabido, o específico sistema da Grã-Bretanha fez importantes os poderes assumidos pelos tribunais, já no século XVII. No entanto, no mesmo século, forjaram-se o princípio da supremacia parlamentar e a absorção de poderes soberanos pela assembleia. Mas a soberania parlamentar parece entrar em conflito com a independência dos tribunais, embora, na prática, ela seja respeitada (GONZÁLEZ OROPEZA, 2006, p. 531 e ss).

A Espanha apresenta um forte caráter misto ao consagrar controle administrativo e controle jurisdicional, tanto ordinário quanto constitucional. Por essa razão, catalogamos esse sistema à parte. Por conseguinte, existe na Espanha um sistema de garantias mais complexo e mais amplo que o habitual no direito comparado. Os distintos e especializados processos, em distintos níveis jurisdicionais, representam um risco para a garantia de um critério unitário de interpretação.

Assim, na Espanha, podem ser usados os recursos administrativos ordinários: *recurso de alzada*, *recurso de reposición*, *recurso de revisión*. E também recursos administrativos específicos no âmbito eleitoral: recurso contra atos da administração dos meios de comunicação públicos para garantia do pluralismo e da neutralidade informativa; recurso contra a distribuição das mesas eleitorais; recurso contra o escrutínio geral; recurso contra a atualização do cadastro (recenseamento) eleitoral; recurso contra a retificação do cadastro (recenseamento) em período eleitoral; recurso contra as cifras globais do recenseamento. Além disso, temos recursos ante a jurisdição ordinária: recursos ordinários de índole contencioso-administrativa. Também recursos jurisdicionais específicos no âmbito eleitoral: recurso contra a atualização ordinária do recenseamento eleitoral, recurso contra a retificação extraordinária do recenseamento em período eleitoral; recurso contra a proclamação dos candidatos, recurso contra a proclamação dos candidatos eleitos (este é o denominado recurso contencioso-eleitoral), recurso contra a proclamação de candidaturas de um partido ilegal, recurso contra os resultados provinciais de *referendum*. Esses recursos, nas eleições locais e regionais, resolvem-nos os tribunais

regionais (tribunais superiores das comunidades autônomas), nas eleições europeias e gerais, o tribunal supremo. Não se deram todos os poderes nesse âmbito ao tribunal supremo por temor a que restara bloqueado. No entanto, perdeu-se a oportunidade de unificar a doutrina (que na esfera administrativa a unifica à *Junta Electoral Central*). E, finalmente, existem recursos ante o tribunal constitucional: recurso de amparo com certas características específicas (sobretudo tramitação sumária e acelerada); recurso de amparo eleitoral contra a proclamação de candidatos e recurso de amparo eleitoral contra a proclamação de candidatos eleitos. Também poderia ser usado o recurso de amparo ordinário.

Em suma, na Espanha, resulta difícil garantir um critério único para interpretação do direito eleitoral. Por elo, critica-se a existência dos processos diferentes e especializados que conhecem uma pluralidade de órgãos judiciais, às vezes de jurisdições diferentes (CAAMAÑO, 1997, p. 101).

Também existe um tipo de sistema misto caracterizado pela presença de órgãos de composição não exclusivamente judicial. Um exemplo poderia ser a Suécia.

6 Desafios da jurisdição eleitoral europeia

Chegando aqui, é necessário referir as questões pendentes e as estradas que passam no futuro. Tudo isso pode ser resumido em uma série de desafios.

Em primeiro lugar, temos a necessidade de consolidar de maneira definitiva a democracia em alguns países do antigo Bloco do Leste. A consolidação democrática ocorre dentro de uma cultura que respeite os direitos e a tolerância. Assim, as funções da lei eleitoral podem ser preenchidas: a função garantidora, a função conformadora e a função legitimadora e integradora. Em outras partes do mundo, a justiça eleitoral poderia servir como um fator de inclusão política das mulheres, dos indígenas ou dos portadores de necessidades especiais. Na Europa, esses problemas não existem com intensidade, assim não é necessário que a justiça eleitoral assuma o papel de inclusão política ou de ativismo.

Também, atualizar a defesa dos princípios democráticos (pluralismo, transparência, participação, liberdade) em uma época em

que surgem novas legitimidades e emerge uma crise institucional e de representação. No marco da justiça eleitoral, a jurisdição eleitoral deve conectar-se com o peculiar contexto sociopolítico. A democracia participativa não é substituta da democracia representativa, mas, sim, um complemento.

Além disso, a justiça eleitoral tem condições para ser fonte de legitimidade de entrada (*input legitimacy*) do sistema democrático. O rigor das suas resoluções ajudará a esse respeito.

Outro desafio da justiça eleitoral é ir além do papel secundário ao qual está relegada em grande parte pela proeminência da administração eleitoral no âmbito do controle das eleições. Essa administração intenta garantir a transparência e a objetividade do processo eleitoral e trata de assegurar a igualdade. No entanto, a justiça eleitoral pode fornecer elementos de maior rigor jurídico que pacificam os conflitos.

Também é necessário superar os problemas relativos à falta de unidade interpretativa do direito eleitoral devido à intervenção de mais de uma ordem jurisdicional. Isso é recomendado para a segurança jurídica, que é prejudicada por essas discrepâncias.

Compensar, de certo modo, a excessiva atenção ao direito eleitoral objetivo, que se dá em detrimento do direito eleitoral subjetivo. Assim, na Alemanha, como já foi dito, é característico orientar a qualificação eleitoral para a proteção desse sentido objetivo. Com efeito, é garantido o parlamento eleito, isto é, a validade do ato eleitoral ante irregularidades alegadas, e não o estudo da validade da eleição como cumprimento de todos e cada um dos requisitos legais. A esse respeito, Nohlen (2006b, p. 8) afirma claramente:

El procedimiento de calificación electoral [...] tiene como objetivo la protección del Derecho Electoral Objetivo, es decir, de la validez y garantía de la composición legal del Parlamento. El objetivo no es la protección de los derechos subjetivos [...] es necesaria la demostración efectiva de la influencia concreta de una irregularidad sobre el resultado electoral específico [...] este criterio es extremadamente excluyente.⁷

⁷ Esta relevância para a distribuição dos escaños (ou *mandatsrelevant*) provoca que o importante é o efeito sobre a composição do parlamento. O sistema alemão funciona bem do ponto de vista da eficiência e economia. No entanto, juridicamente, é criticada a desatenção do direito eleitoral subjetivo.

Da mesma forma, um desafio é ir em busca de uma democracia substancial ou material, além de um entendimento formal de democracia. Contudo, atenção para evitar o permanente perigo da judicialização da política e da politização da justiça eleitoral. A sua imparcialidade significa *self restraint* judicial e não tomar parte da luta e polêmica política. Manter a independência a todo custo, aumentando a confiança da opinião pública. Em suma, buscar o adequado equilíbrio entre o direito e a política.

Todos esses desafios serão superados cumprindo as virtudes judiciais que permitem a independência e a imparcialidade (honestidade, prudência, coragem, sentido da justiça). Qual é o caminho certo para adquirir essas virtudes? Predisposição, formação adequada, experiência, independência de espírito, sujeito à Constituição e à lei.

7 Conclusões

A jurisdição eleitoral se encontra consolidada na Europa, razão pela qual se pode afirmar que seu labor tem contribuído para o Estado democrático e para a geração de confiança da opinião pública. Assistiu-se, de uma perspectiva diacrônica, a uma progressiva judicialização dessa matéria, que em alguns casos chega a ser plena. Como resultado, dos atores políticos exigiu-se que empregassem argumentações jurídicas nas impugnações eleitorais, para além da simples mobilização política. Essa jurisdição introduz elementos de objetividade e imparcialidade na resolução de controvérsias, razão pela qual o juízo de valor sobre ela é certamente positivo.

A jurisdição eleitoral na Europa adotou a cultura judiciária europeia no que diz respeito ao patrimônio eleitoral do velho continente. A Comissão de Veneza do Conselho da Europa refere-se a esse patrimônio europeu eleitoral e o coloca no sufrágio universal, igual, livre, direto e secreto.

No entanto, seu papel (ressalvadas algumas intervenções de certos tribunais constitucionais) é secundário em relação ao desempenhado pela administração eleitoral no âmbito da supervisão do desenvolvimento das eleições, embora, quando surjam denúncias de irregularidades, passe a jurisdição a ocupar o centro da atenção jurídica e midiática.

A diferença significativa entre a jurisdição eleitoral europeia e a latino-americana é o contexto, imposto pelas diferentes condições socioculturais e econômicas, assim como pela própria evolução histórica. Isso se traduz em diferentes níveis de confiança em relação ao sistema democrático. Essas diferenças recomendam, por exemplo, que o juiz eleitoral na Europa autolimite-se e o juiz eleitoral em algum país americano seja mais intervencionista ou ativista. Nohlen acrescenta ainda que “la confianza en el correcto procedimiento del acto electoral depende de un sinnúmero de variables que se podrían diferenciar entre factores de cultura política, instituciones públicas y experiencias históricas” (NOHLEN, 2006b, p. 17).

Mas não é admissível cair no dogmatismo estéril: esperemos que o caminho aberto em cada país com base em características contextuais sirva para alcançar uma sociedade democraticamente avançada e justa, mas caso falhe, que haja capacidade de reação para reformar as suas instituições de controle. O direito comparado sempre fornecerá exemplos de onde extrair utilidade. Como afirmava André Malraux, pensar é comparar.

Referências

CAAMAÑO, Francisco. Elecciones y tribunal constitucional: ¿una intersección no deseada? *Revista de las Cortes Generales*, n. 41, 1997, p. 94.

COMPLAK, Krystian. Sistemas de justicia electoral en la Europa Central y Oriental. *Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, n. 36/37, Valencia, p. 130.

EZQUIAGA GANUZAS, Francisco Javier. Justicia, justicia electoral y democracia. *Vniversitas. Revista de Ciencias Jurídicas*, Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, n. 112, jul./dez. 2006, p. 13.

FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco. Los recursos contra la proclamación de candidaturas y candidatos en el ordenamiento electoral español. *Justicia Electoral. Revista del Tribunal Federal Electoral*, n. 3, 1993, p. 66.

GARCÍA SORIANO, María Vicenta. *Elementos de derecho electoral*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2005.

GONZÁLEZ OROPEZA, Manuel. Reino Unido de la Gran Bretaña e Irlanda del Norte: Orígenes y justicia electoral. In: *El contencioso y la jurisprudencia*

electorales en derecho comparado. Un estudio sobre veintiún países de América y Europa. Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, México, DF, 2006, p. 531 e ss.

LARA SÁENZ, Leoncio. Estudio comparado sobre el contencioso y la jurisprudencia electoral italiana. In: *El contencioso y la jurisprudencia electorales en derecho comparado. Un estudio sobre veintiún países de América y Europa*. Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, México, 2006, p. 306.

MIRANDA, Jorge. *Direito constitucional III. Direito eleitoral, direito parlamentar*. Lisboa: Associação Acadêmica da Faculdade de Direito, 2003.

NOHLEN, Dieter. *Institucionalismo contextualizado*. Porrúa, México, 2006a.

_____. La calificación electoral en Alemania Federal. In: *El contencioso y la Jurisprudencia electorales en derecho comparado. Un estudio sobre veintiún países de América y Europa*. México, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación. 2006b, p. 6.

_____. *La democracia, instituciones, conceptos y contexto*. UNAM, México, DF, 2011.

OROZCO HENRÍQUEZ, Jesús. Los sistemas contenciosos electorales en América Latina. Justicia Electoral. *Revista del Tribunal Federal Electoral*, México, v. 5, n. 7, 1996, p. 5.

SOBRADO GONZÁLEZ, Luis Antonio. La jurisprudencia electoral como factor de profundización democrática en América Latina. *Revista de Derecho Electoral*. Tribunal Supremo de Elecciones, Costa Rica, n. 7, 2009, p. 8-9.

ROSENN, Keith S. The Protection of Judicial Independence in Latin America. In: *Estudios en homenaje al Doctor Héctor Fix-Zamudio*. UNAM, México, DF, 1988. t. 2, p. 1258.

O PRINCÍPIO DA NÃO CULPABILIDADE E SUA APLICABILIDADE EM MATÉRIA ELEITORAL

Bianca Lorena Dias Cantero¹

Resumo

Objetiva analisar se o princípio da não culpabilidade, também conhecido por princípio da presunção de inocência, é afeto exclusivamente ao Direito Penal ou se tem aplicabilidade para o ramo eleitoral, tendo o estudo concluído afirmativamente em relação à segunda hipótese. Para tanto, abordaram-se as origens do princípio em questão e os seus desdobramentos, trazendo a lume o estudo de caso da Lei Complementar nº 135/2010, vulgarmente chamada de Lei da Ficha Limpa, restando evidenciado que o referido princípio deve extrapolar a seara penal para alcançar tudo o que leve à primazia dos direitos humanos, principalmente considerando a atual orientação de se maximizar a proteção à dignidade da pessoa humana.

Palavras-chave: Princípio da não culpabilidade. Matéria eleitoral. Lei da Ficha Limpa. Direito Penal. Direitos humanos.

Abstract

This academic work aimed to verify if the principle of non-culpability, also known as presumption of innocence, applies exclusively to criminal matters or also has applicability to the electoral ones, and the conclusion was for the second hypothesis. For this purpose, the origins of the principle and its developments were discussed, bringing the study case of Complementary Law 135/2010, commonly called Law of the "Clean Record", being evident that this principle should extrapolate the criminal matters to reach every matters that leads to the primacy of human rights, especially considering the current orientation to maximize the protection of human dignity.

Keywords: Principle of non-culpability. Electoral matters. The Law of "Clean Record". Criminal Law. Human Rights.

¹ Analista judiciário e chefe de Cartório da 42ª ZE/GO, doutoranda em ciências jurídicas e sociais pela Universidad del Museo Social Argentino, especialista em Direito Público e em Gestão Pública pela Universidade FORTIUM.

1 Introdução

No direito brasileiro – a exemplo do que acontece na maioria dos países, em especial no ocidente –, muitos foram os avanços na seara das garantias conferidas pelo Estado aos imputados/réus do processo penal, sendo que a maioria delas, atualmente, tem natureza constitucional. São as chamadas garantias constitucionais criminais.

Assim, a Carta Política do Brasil, de 1988, conferiu mais força e efetividade aos direitos enunciados pelas declarações e demais textos legais internacionais, por meio das soluções/ações nela positivadas (na Constituição Federal de 1988), que tiveram como escopo assegurá-los (os direitos referidos), o que, por via direta, priorizou a dignidade e o respeito à pessoa humana.

E, justamente por esse motivo, as disposições normativas em comento são tratadas por “garantias”, sendo forçoso reconhecer o caráter de complementaridade existente entre “direitos” e “garantias”, uma vez que estas têm caráter instrumental, enquanto aqueles são meramente declaratórios.

Podem-se elencar, pois, como garantias constitucionais previstas e que mais se destacam – tratando aqui especificamente das adstritas ao âmbito penal – a legalidade da prisão e a sua comunicabilidade, o *habeas corpus*, o direito à fiança nos delitos, a ampla defesa e o contraditório, a vedação aos tribunais de exceção e ao foro privilegiado (juiz natural), o devido processo legal, a independência e a imparcialidade do juiz, o tribunal do júri, a pena individual, pessoal e humana, a publicidade e a motivação dos atos judiciais, o fim da prisão civil por dívida, a impossibilidade de se extraditar brasileiro ou estrangeiro por crime político ou de opinião, o duplo grau de jurisdição, o direito de recorrer em liberdade e o princípio da não culpabilidade.

Em relação à última garantia, assim está disposto na Constituição Federal, em seu artigo 5º, inciso LVII: “Ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.

E é por despertar interesse pela particularidade de sua abrangência e íntima relação com a dignidade da pessoa humana que o presente estudo tratará do tema, tendo como objetivo verificar se ele é

estritamente aplicável à seara penal ou se deve ser observado também por outros ramos do direito, especificamente o eleitoral.

2 Princípio da não culpabilidade

O objeto tutelado pelas garantias do processo penal é, em linhas gerais, o indivíduo (e a sua liberdade pessoal). Tais garantias têm o condão de inibir a atuação do Estado em sua pretensão punitiva, evitando, no caso concreto, que um cidadão inocente seja lesado em seus direitos, haja vista a possibilidade de qualquer pessoa vir a passar pelo constrangimento de uma acusação penal.

Quando se fala no princípio da não culpabilidade (também conhecido por princípio da presunção de inocência ou estado de inocência, não sendo objeto do presente estudo definir qual seria a melhor nomenclatura), é preciso compreender que nele está resumida toda a ideologia do processo penal atual, em contraposição ao sistema inquisitório que existia anteriormente.

Segundo esse princípio fundamental, a postura que se adota é a de que o imputado terá sua culpa apurada no decorrer do processo, em contraposição a presumir-se inicialmente que ele seja culpado.

Ainda, há a adoção de que, em caso de dúvida, prevalece a absolvição, ou seja, a interpretação deve ser feita a favor do acusado, o que é conhecido como princípio do *in dubio pro reo*, já vislumbrado pelo direito romano e que nada mais é do que a consagração do princípio em tela (da não culpabilidade).

Outro desdobramento de indigitado princípio diz respeito ao ônus da prova, cabível exclusivamente à acusação, mesmo porque vigora no ordenamento jurídico (por interpretação efetiva do direito constitucional do réu ao silêncio) que ninguém é obrigado a produzir provas contra si mesmo (*nemo tenetur se ipsum accusare* ou *nemo tenetur se detegere*), o que permite ao réu não só permanecer calado, mas também mentir, no curso do processo em que é acusado.

É oportuno comentar que tal disposição/princípio igualmente se encontra no Código de Processo Penal Brasileiro, no parágrafo único

de seu artigo 186, segundo o qual “O silêncio, que não importará em confissão, não poderá ser interpretado em prejuízo da defesa”.

Nesse tocante, vale frisar que também dispõe o Código de Processo Penal, na parte inicial de seu artigo 156, que “a prova da alegação incumbirá a quem a fizer”, dando a entender que cabe à defesa comprovar a sua alegação, quando trazida aos autos, por exemplo, qualquer causa exculpante da conduta do acusado.²

Mas, em que pese a aparente relativização de quem deva produzir a prova, essa cabe tão somente à acusação, o que se visualiza pela interpretação do dispositivo mencionado (artigo 156) combinado com a leitura do artigo 386, inciso VI, do Código em questão, abaixo transcrito:

Art. 386. O juiz *absolverá o réu*, mencionando a causa na parte dispositiva, desde que reconheça:

[...] VI – existirem circunstâncias que excluam o crime ou isentem o réu de pena (arts. 20, 21, 22, 23, 26 e § 1º do art. 28, todos do Código Penal), ou mesmo *se houver fundada dúvida sobre sua existência [do crime]*. (Sem grifos no original e sem a expressão entre colchetes)

Assim, esclarece Jardim (2003, p. 210), a parte acusatória do processo penal deve alegar e tem o ônus de provar a ocorrência do fato típico não só no seu aspecto objetivo, mas também subjetivo. Isso porque “a defesa não manifesta uma verdadeira pretensão, mas apenas pode se opor à pretensão punitiva do autor” (JARDIM, 2003, p. 212), isto é, o acusado apenas nega os fatos a ele imputados na peça acusatória. O réu não assume, pois, a obrigação de provar fato positivo que refute a acusação, estando mantido para o autor o ônus da prova do que foi originalmente alegado (JARDIM, 2003, p. 213).

Enfim, voltando dessa breve digressão sobre o tema, pode-se dizer que o princípio da não culpabilidade tira o imputado da condição de objeto, dentro da relação processual, levando-o para a condição de

² Tourinho Filho (2001, p. 233): a regra concernente ao *onus probandi*, ao encargo de provar, é regida pelo princípio *actori incumbit probatio* ou *onus probandi incumbit ei qui asserite*, isto é, deve incumbir-se da prova o autor da tese levantada. Se o promotor denuncia B por haver praticado lesão corporal em L, cumpre ao órgão da acusação carrear para os autos os elementos de prova necessários para convencer o julgador de que B produziu lesão corporal em L. Se a defesa alegar qualquer causa que vise exculpar a conduta de B, inverte-se o *onus probandi*: cumprirá à defesa a prova da tese levantada.

sujeito de direitos, não permitindo que ele seja tratado como culpado – e, conseqüentemente, não sofra sanções punitivas – até que haja o trânsito em julgado de sua sentença penal condenatória.

E a fundamentação não poderia ser mais simples: ao final do processo, pode-se concluir pela inocência do acusado ou, no mínimo, pela falta de provas robustas que o incriminem, razão pela qual deve todo imputado ser tratado com a devida dignidade, para que o mínimo de lesão (ou nenhuma) lhe seja ocasionada.

Esse tratamento digno deve estender-se igualmente aos casos de condenação definitiva, quando o imputado deixa de ser réu e é declarado culpado, já que a punição do Estado alcança (restringindo ou ceifando!) apenas alguns direitos da pessoa humana (como os direitos políticos, a liberdade de locomoção ou mesmo o patrimônio), não perdendo a pessoa, ainda que reclusa, a sua condição “humana” e, portanto, permanecendo na plenitude do gozo de seu direito à dignidade.

2.1 Breve abordagem histórica

Mas nem sempre as coisas foram assim. Como já dito, no momento histórico anterior à enunciação e consagração desse direito ao réu, o sistema penal da maioria dos países – senão de todos – fazia justamente o contrário, presumindo culpado todo aquele que figurasse como réu no processo penal.

Desde sempre se tem verificado a contraposição de direitos e interesses quando o assunto é criminal, estando de um lado o direito/faculdade de punir do Estado e, do outro, os direitos e as garantias individuais da pessoa humana, basilarmente sustentados pelo devido processo legal.

Alguns autores defendem que as ideias iluministas (em especial as de Montesquieu – e seu discípulo Beccaria –, Voltaire e Rousseau) são responsáveis pela gênese do princípio da não culpabilidade, tendo em vista que tais ideias influenciaram fortemente a Revolução Francesa (1879), que culminou na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão – instrumento em que se materializou o princípio em comento como sendo uma das garantias processuais dos acusados.

Assim dispunha o artigo 9º da Declaração em comento: “Todo acusado é considerado inocente até ser declarado culpado e, se se julgar

indispensável prendê-lo, todo o rigor desnecessário à guarda da sua pessoa deverá ser severamente reprimido pela lei.”

Não restam dúvidas de que tal disposição foi uma reação direta e proposital ao regime totalitário e repressivo que imperava anteriormente, substancialmente inquisitório, sustentado em um sistema de provas legais e no uso indiscriminado da tortura como forma válida de se obter uma confissão.

Referido artigo (plenamente vigente e operativo) teve repercussão universal – em que pese a existência de correntes doutrinárias tendentes a rechaçá-lo, especialmente na Itália – e foi reproduzido, recentemente, na Declaração Universal dos Direitos Humanos da ONU (1948), que previu em seu art. XI que: “Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência, enquanto não se prova sua culpabilidade, de acordo com a lei e em processo público no qual se assegurem todas as garantias necessárias para sua defesa.”

Por fim, em 1969, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), em seu artigo 8º, nº 2, enunciou que “Toda pessoa acusada de um delito tem direito a que se presuma sua inocência, enquanto não for legalmente comprovada sua culpa”.

Desde então, indigitado princípio tem plena aplicabilidade na maioria dos países, seja por meio de sua previsão no texto constitucional (como se verifica no Brasil), seja por meio da sua incorporação à legislação pátria, segundo a qual os tratados internacionais dos quais os países são signatários têm força de lei em território nacional.

É oportuno, pois, registrar que esse princípio está presente em praticamente todos os países, mas em especial nos desenvolvidos, sendo forçoso concluir que o grau de desenvolvimento de uma nação é diretamente proporcional à sua preocupação com os direitos e as garantias fundamentais da pessoa humana.

2.2 O princípio da não culpabilidade no Brasil

No Brasil, conforme já mencionado, a Carta Política vigente trouxe a previsão expressa do princípio da não culpabilidade no inciso LVII do seu artigo 5º: “Ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.

É importante salientar que, apesar de o tratamento devido ao imputado ser o de inocente, há *situações excepcionais, de caráter cautelar (e não sancionatório)*, em que ele (o imputado) pode ter ceifada a sua liberdade antes de sentença condenatória definitiva, não havendo, no caso, afronta à sua presunção de inocência.

Nesse sentido, foi editada a Súmula nº 9 do Superior Tribunal de Justiça, que assim dispõe: “A exigência da prisão provisória, para apelar, não ofende a garantia constitucional da presunção de inocência”.

Por óbvio, exige-se a estrita observância dos pressupostos legais, que são a prova da materialidade do crime e indícios suficientes de autoria, bem como que a medida restritiva da liberdade vise garantir a ordem pública, o cumprimento da pena ou facilitar a instrução criminal. Assim, permanecem válidas as prisões temporárias, preventivas, em flagrante, decorrentes de sentença penal condenatória sem trânsito em julgado e decorrentes de pronúncia.

É interessante notar que o Brasil levou longos 40 anos para positivar um princípio com o qual concordou (e aderiu) em 1948, embora seus juristas já o reconhecessem. Mesmo antes da promulgação da Constituição atual (1988), já tratavam sobre o assunto a doutrina e a jurisprudência pátrias, justamente por conta de citada adesão do país à Declaração Universal dos Direitos Humanos.

Gomes Filho (1991, p. 31-32) traz a lume julgados do Supremo Tribunal Federal (STF) de um período anterior à constitucionalização do princípio em referência, que expressamente o citam e o reconhecem, a saber: 1) *Habeas Corpus* 45.232-GB, j. 21-2-1968, rel. Min. Themístocles Cavalcanti, RTJ, 44:322-34, ano de 1968; e 2) Recurso Extraordinário Eleitoral 86.297-SP, j. 17-11-1976, rel. Min. Thompson Flores, 79:671-715, ano de 1977.

Ainda, o Congresso Nacional pátrio, por meio do Decreto Legislativo nº 27, de 26/5/1992, aprovou o texto da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), que entrara em vigor internacionalmente em 18 de julho de 1978. O governo brasileiro, em 25/9/1992, depositou a carta de adesão a essa convenção, determinando o seu integral cumprimento pelo Decreto nº 678, de 6/11/1992, publicado no Diário Oficial da União de 9/11/92.

A peculiaridade, pois, é que tal princípio, mesmo que não tivesse sido positivado expressamente na Constituição Federal de 1988, ainda assim teria aplicabilidade no direito brasileiro, por força do § 2º, art. 5º, da Constituição Federal, que é taxativo ao declarar que: “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.

Inclusive, em casos de tratados internacionais que versem sobre matéria de direitos humanos, há a possibilidade de incorporação ao ordenamento brasileiro com *status* de norma constitucional, bastando, para tanto, que sua aprovação no Congresso se dê com quórum específico (equivalente ao que se exige para aprovação das emendas constitucionais) e nos mesmos moldes de sua tramitação parlamentar (como a votação em duas casas).

3 Direito Eleitoral e princípio da não culpabilidade

Restando conhecidas a origem e a evolução da presunção de não culpabilidade, bem como verificando a sua presença no ordenamento jurídico de vários países, é oportuno que se delimitem a sua natureza e o seu alcance, a fim de se definir se é um princípio afeto apenas à seara penal ou se tem repercussão nos ramos extrapenais do direito, em especial, no direito eleitoral.

Já foi dito, ainda que superficialmente, que o princípio da não culpabilidade tem como *desdobramento processual* a definição sobre o regime jurídico da prova, é dizer: sobre quem recai o ônus da prova no processo penal.

Não há divergências sobre o caso nesse tocante, cabendo à acusação não só provar o delito, mas também fornecer provas cabais (e lícitas) da sua autoria.

Assim, em se tratando de natureza jurídica, temos que o princípio em tela é uma *garantia* do processo penal, uma vez que o legislador retirou do réu a incumbência de provar a sua inocência, além de ter imposto limites ao poder de punir do Estado. Por essa perspectiva, a abordagem do princípio é meramente processual.

Partindo-se do pressuposto de que seu desdobramento processual é o único de seus desdobramentos, de fato esse princípio deve ser encarado como uma garantia constitucional especificamente em matéria penal, como concluem os defensores do brasileiro Projeto Ficha Limpa (que será abordado adiante), estando entre eles grandes juristas nacionais, como o ex-procurador-geral da República Aristides Junqueira Alvarenga; o juiz eleitoral e presidente da Associação Brasileira de Magistrados, Procuradores e Promotores Eleitorais, Márlon Jacinto Reis; o advogado, professor e escritor Celso Antonio Bandeira de Mello e o advogado e fundador da Escola de Governo, Fábio Konder Comparato, estando os dois últimos entre os signatários do manifesto em defesa da constitucionalidade da Lei da Ficha Limpa, entregue ao STF em setembro de 2010.³

Dentre as considerações de indigitado manifesto, tem-se:

Ao definir a inelegibilidade dos condenados por órgãos colegiados, a LC nº 135 não instituiu punições. É de conhecimento elementar – e o STF sempre o soube e reconheceu à unanimidade – que “inelegibilidade não constitui pena” (MS 22.087, Rel. Min. Carlos Velloso, julgamento em 28-3-1996, Plenário, DJ de 10-5-1996).

Nenhuma inelegibilidade se baseia na ideia de culpa, mas na de proteção, segundo o declara a própria Constituição Federal. É por isso que é aceita normalmente a inelegibilidade dos cônjuges, dos analfabetos e dos que não se desincompatibilizaram de seus cargos e funções dentro de certos prazos. Que ilícito praticaram? Por que estariam sendo “punidos”? E o que dizer da inelegibilidade decorrente da rejeição de contas, decidida por um órgão auxiliar do Legislativo, os Tribunais de Contas, que não exercem função jurisdicional?

Tais casos bastam para demonstrar que não estamos diante de medidas de caráter punitivo, mas de regras de proteção fundadas em presunções constitucionalmente admitidas e que têm por escopo a proteção das nossas instituições políticas. Mandato é múnus público, não se configurando como bem individual. A inelegibilidade não é pena, mas apenas critério de dispensa do sacrifício de servir ao povo.

³ Inteiro teor do manifesto disponível em: <<http://site.portalcofen.gov.br/node/5631>> Acesso em: 10 fev. 2012.

O princípio do estado de inocência simplesmente não é aplicável às inelegibilidades. Aqui vigora outro princípio constitucional: o da proteção. A sociedade tem o direito político negativo de fixar critérios para a elegibilidade, desde que o faça – tal como empreendido por meio da LC nº 135/2010 – por via legislativa complementar à Constituição. Ao fazê-lo, não considera a lei que os condenados por tribunais sejam culpados de qualquer coisa, apenas estabelecendo que suas candidaturas não são convenientes segundo o crivo do legislador.

No mesmo sentido, Aristides Junqueira alega que o princípio da precaução – afeto ao Direito Eleitoral – deve prevalecer em relação ao princípio da presunção de inocência, pois esse teria aplicabilidade apenas no Direito Penal.⁴

E complementa Márton Reis, ao comentar para o *blog* de Frederico Luiz⁵, sobre o julgamento de referida lei no Supremo:

Não faz sentido que se afirme a incidência desse princípio [da presunção de inocência] sobre uma inelegibilidade. Inelegibilidade não é pena, por isso não se baseia na ideia de culpa. Não se indaga sobre culpa na verificação de uma inelegibilidade. Um analfabeto é inelegível porque a norma assim o quis. Ponto. Da mesma maneira, um condenado por um tribunal por corrupção ou narcotráfico fica inelegível não por ser culpado, mas simplesmente por ostentar uma condenação. Ponto final. Quem leva em consideração a culpa é o juiz criminal, a quem se dirige o princípio segundo o qual apenas após o exaurimento dos recursos pode sobrevir a pena definitiva. O juiz eleitoral aplica outro princípio igualmente previsto na Constituição: o princípio da proteção, expressamente enunciado no § 9º do art. 14 da CF. Ele determina que o legislador estabeleça hipóteses de inelegibilidade para proteger os mandatos, considera a vida progressa dos candidatos. A Lei da Ficha Limpa, por outro lado, não relativiza a aplicação do princípio da presunção de inocência, que não se aplica a qualquer ramo do Direito que não o Penal. Pelo contrário, afirmamos a plena correção

⁴ Vídeo sobre a Campanha Ficha Limpa, introduzido e apresentado pelo ator Milton Gonçalves, disponível em: <http://www.youtube.com/watch?v=lrs8X_h6REg&feature=player_embedded>. Acesso em: 10 fev. 2012.

⁵ Disponível em: <<http://cesaradopt.blogspot.com/2011/11/ficha-limpa-marlon-reis-comentou-ao.html>>. Acesso em: 10 fev. 2012.

desse princípio, atestando a sua importância civilizatória, restrita, contudo, ao âmbito da aplicação das penas criminais. A grande maioria das regras contidas na Lei da Ficha Limpa sequer se refere a matéria criminal. Ou pretenderão aplicar esse princípio também a condenações civis por atos de improbidade administrativa ou aos que tiveram suas contas públicas rejeitadas?

Ainda, o magistrado expõe em seu artigo “Inelegibilidade e Vida Progressa. Questões Constitucionais” (REIS, 2009):

No plano das inelegibilidades, todavia, temos a Constituição dirigindo seu horizonte principiológico a norte diverso. Se no campo penal antevemos uma especial proteção dos acusados, no capítulo das inelegibilidades a proteção volta sua vista – de conformidade com a expressa dicção constitucional – para a moralidade e a probidade administrativas e a normalidade e legitimidade dos pleitos.

O indivíduo aqui cede a sua primazia aos elevados interesses da coletividade, porque estamos agora nos domínios da política, onde direitos e deveres não são considerados senão à luz da finalidade pública a que se destinam. Não mais cuidamos da defesa dos direitos constitucionais de um indivíduo, salvo em sua imediata relação com a tutela do interesse geral que nesse campo prepondera.

Como visto, entre os argumentos esposados, está a não verificação desse princípio em outros ramos do direito, seja pela necessidade de observância de outro princípio (em detrimento do da presunção de inocência) ou por defenderem que ele tem por escopo tão somente evitar o encarceramento dos indivíduos quando não existe a certeza de que haverá condenação, o que implicaria, necessariamente, sua inaplicabilidade em esfera diversa da criminal.

Em outras palavras, os juristas ponderam que o Direito Eleitoral e o Direito Penal têm sujeitos e bens/objetos tutelados bem distintos, sendo forçoso observar para cada um deles o que é adequado, considerado o seu universo. E apenas o princípio da proteção tem interesse para a esfera eleitoral, por relacionar-se com a elegibilidade.

Pode-se argumentar, ainda, que mesmo em matéria penal – na qual a observância do princípio da inocência é imperativa – houve a

previsão de exceções a esse princípio (como a prisão preventiva ou mesmo a temporária), sem que isso signifique afronta ao princípio em tela.

Inclusive, o STF, reiteradamente, decidiu que as prisões ocorridas antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória são constitucionais, desde que observados estritamente os ditames legais.

Em conclusão – adotando-se os argumentos dos favoráveis à constitucionalidade da Lei da Ficha Limpa, quanto à presunção de inocência –, tem-se que, no caso penal, recai a tutela sobre o indivíduo e que, por sua vez, o Direito Eleitoral deve tutelar, como o próprio art. 14, § 9º, da Constituição diz, “a moralidade para o exercício do mandato considerada a vida pregressa do candidato”. E moralidade (ou a falta dela) não é algo que necessite de sentença condenatória transitada em julgado para se atribuir a alguém. O ente tutelado, pois, seria a coletividade, a sociedade; não o indivíduo.

Assim, os princípios a serem observados no Direito Eleitoral seriam apenas os da probidade, da precaução, da moralidade e da proteção, para que a sociedade não seja lesionada. Conseqüentemente, o interesse público, em se tratando de cargos políticos, deve sobrepor-se ao individual.

Além disso, alegam que a consequência de inelegibilidade não pode ser vista como pena, mas sim pelo mesmo prisma que se enxerga a exigência de alfabetização (e, acrescente-se, de desincompatibilização, de contas aprovadas ou de idade mínima para cargos específicos).

É dizer: não há penalidade na inelegibilidade, mas sim a necessidade de se preencherem certos requisitos para que se concorra a cargos eletivos, o que originou o atual jargão “inelegibilidade não é pena; é critério”.

Salientou Agassiz Almeida Filho (2010) que as hipóteses de inelegibilidade existem em face da necessidade de se “submeter aqueles que pretendem disputar cargo eletivo ao crivo do princípio da moralidade político-representativa”.

A intenção, em suma, não é punir o cidadão por algo que ele tenha feito, mas sim evitar que ele faça algo que venha a causar prejuízos à sociedade.

3.1 A Lei da Ficha Limpa (LC N° 135/2010)

O fato é que existem outras formas de analisar a questão e o argumento sobre a total aplicabilidade do princípio da inocência ao Direito Eleitoral. Em matéria de elegibilidade, há vezes tão renomadas quanto as dos juristas citados, sendo exatamente esse impasse, de intrigante interesse, a mola propulsora para o aprofundamento do assunto neste trabalho.

O que chama a atenção nessa lei e nos julgamentos sobre a sua “validade” é que a matéria pode ser questionada em vários dispositivos e um deles é justamente sobre a constitucionalidade do item que prevê a inelegibilidade de candidatos que tiverem em seu desfavor decisão colegiada (ainda sem trânsito em julgado) em sede de abuso de poder econômico ou político.

Assim dispõe o artigo 1º, I, alínea *d*, da LC nº 64/90, com a redação dada pelo art. 2º da LC 135/2010:

[São inelegíveis]... os que tenham contra sua pessoa representação julgada procedente pela Justiça Eleitoral, em decisão transitada em julgado *ou proferida por órgão colegiado*, em processo de apuração de abuso do poder econômico ou político, para a eleição na qual concorrem ou tenham sido diplomados, bem como para as que se realizarem nos 8 (oito) anos seguintes. (sem grifos no original)

Pode-se questionar, pois, se a inexigência do trânsito em julgado para conferir a inelegibilidade a determinado candidato – ainda que só nos casos de abuso de poder econômico ou político – fere o princípio constitucional da não culpabilidade, ou melhor, se esse princípio é aplicável em matéria político-eleitoral ou se, de fato, não tem cabimento nessa seara (em nome da moralidade administrativa).

Isso significa que, apesar de definida a sua aplicabilidade para o pleito vindouro – Eleições Municipais de 2012 –, ainda paira no ar a insegurança jurídica sobre a sua eficácia.

Tanto o é que, no dia 3 de maio de 2011, a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) protocolizou no STF uma Ação Declaratória

de Constitucionalidade (ADC), com o escopo de que a Lei Complementar 135/2010 seja declarada constitucional em seu inteiro teor.^{6/7}

E, em que pese a possibilidade de se discutirem outros pontos controversos do texto da lei, é importante lembrar que o presente estudo tem como único escopo tratar da aplicabilidade do princípio da não culpabilidade em sede de inelegibilidade, razão pela qual não serão tratados outros aspectos ou feitas reflexões estranhas ao questionamento inicialmente proposto.

Retomando, pois, os argumentos esposados pelos favoráveis à Ficha Limpa nos moldes em que se encontra, muito embora haja uma tendência a se concordar com o raciocínio de que a presunção de inocência é apenas para o ramo penal do direito, é muito importante lançar mão de uma interpretação teleológica das normas (regras/leis e princípios).

Isso deve ser feito não só procurando a real intenção dos “legisladores”, quando pensaram e positivaram o estado de inocência, mas igualmente buscando a verdadeira intenção da inelegibilidade inserida na Lei da Ficha Limpa.

Em palavras mais simples, deve-se analisar a finalidade das normas criadas e, para tanto, é fundamental considerar os seus contextos históricos e sociais.

A partir dessa análise, torna-se mais fácil se posicionar sobre a aplicabilidade do princípio, com chances menores de equívoco, não estendendo a análise a outros ramos do direito que não o eleitoral (especificamente, tratando de elegibilidade).

3.2 Matéria eleitoral (inelegibilidade) e princípio da não culpabilidade

Quando o assunto é o conflito de interesses, fica extremamente difícil valorar o que tem maior carga de importância.

⁶ Em referida ação (ADC 30), a OAB alega que a Lei da Ficha Limpa, ao estabelecer novas hipóteses de inelegibilidade, não fere os princípios da razoabilidade ou da proporcionalidade. Afirma também que a aplicação da norma a atos e fatos pretéritos não ofende a coisa julgada, o direito adquirido e o ato jurídico perfeito. Ainda, que não é aplicável à norma o argumento de que estaria retroagindo para prejudicar candidatos já condenados.

⁷ É oportuno mencionar que existem outras duas ações que tramitam no STF – ADIn 4578 e ADC 29 – cujos objetos referem-se também à (in)constitucionalidade da Lei Ficha Limpa.

De um lado, o direito subjetivo do réu (portanto, interesse particular/privado) de receber o tratamento de inocente durante todo o trâmite processual, até que recaia sobre ele sentença condenatória irrecorrível. E de outro, os princípios da moralidade administrativa e política, da segurança e da proteção (todos de interesse público, portanto, da coletividade). Qual deles, então, deve sobressair?

Note-se uma colocação interessante do parágrafo anterior: a de que o imputado tem o direito de ser tratado como se não fosse o autor (ou partícipe) do crime ou delito que lhe esteja sendo atribuído, até que se prove o contrário (presunção relativa – *iuris tantum*).

Pergunta-se: tal afirmação guarda relação apenas com a restrição de direitos, falando, nesse caso, especificamente da liberdade do acusado, ou vai além desse aspecto?

E aqui deve entrar a interpretação teleológica, é dizer: considerando o que fundamenta os tratados internacionais – que são a gênese do princípio em apreço –, é indubitavelmente acertado afirmar que tal princípio está substancialmente voltado para a liberdade, mas não se podem esquecer os demais direitos fundamentais – consagrados nos próprios tratados e, posteriormente, nas constituições das nações do mundo –, que dizem respeito, de uma forma geral e extremamente abrangente, à dignidade da pessoa humana, sendo a liberdade apenas um deles.

É certo que a inelegibilidade do Direito Eleitoral – por tratar, aparentemente, de mero critério – parece não restringir direitos, em especial o de liberdade. Mas é preciso considerar que o princípio da inocência não foi positivado meramente para impedir a imposição de penas criminais a pessoas que ainda têm a chance de se defender. E muito menos com a única razão de retirar do acusado o ônus de provar a sua inocência.

Ele ultrapassa a esfera penal por guardar íntima relação com a dignidade da pessoa humana em seus múltiplos aspectos, como o da honra. E nesse tocante percebe-se que há mais que o desdobramento processual penal – que se refere ao ônus *probandi* – do princípio insculpido no artigo 5º da CF/88. Alcança, pois, o desdobramento da proteção da dignidade da pessoa humana (extraprocessual), que parece ser o seu principal desdobramento.

Quando se analisam detidamente a intenção e a justificativa dos tratados internacionais e os dispositivos constitucionais que tratam do princípio da não culpabilidade, percebe-se, com muita facilidade, que o foco deles são os direitos humanos, ou melhor, a dignidade humana.

Deixar de aplicar o princípio da não culpabilidade a candidatos que tenham decisão colegiada em seu desfavor é feri-los em sua liberdade cívica e, portanto, em sua honra.

Vale lembrar (e já o dissemos anteriormente no presente estudo) que mesmo antes da promulgação da Carta Magna, o STF, já respeitando os tratados internacionais dos quais o Brasil era signatário, decidiu um caso fundamentando-se no princípio da não culpabilidade, a saber: *Habeas Corpus* nº 45.232⁸, julgado em 1968, no qual se declarou a inconstitucionalidade da Lei de Segurança Nacional, no tópico em que instituiu a pena de suspensão do direito ao exercício profissional por aqueles acusados de prática de crime de segurança nacional.

Outro importante caso é do Recurso Extraordinário nº 482.006-4 (RE 482.006-4-MG, STF, Pleno, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJE de 14.12.2007), julgado em 2007 – já sob a égide da CF/88 –, em que o Supremo firmou entendimento, por unanimidade, de que a redução de vencimentos de servidores públicos processados criminalmente, ainda que em nome da preservação da moralidade administrativa, porém não condenados com trânsito em julgado, é prática sancionatória que colide com o disposto no inciso LVII, do Art. 5º da Carta Política de 1988.

O destaque é que, em ambos os casos, a matéria tratada é *extrapenal*. E também que nas duas situações havia a possibilidade de se alegar a *prevalência de princípios como o da segurança nacional ou da moralidade, em detrimento do direito individual à presunção de inocência. Contudo, não prevaleceu essa argumentação.*

Carlos Luiz Strapazzon (2010) – em seu artigo “Presunção de não culpabilidade em matéria político-eleitoral: evolução jurisprudencial do STF e valores constitucionais atuais” –, faz relevantes considerações sobre o assunto ora tratado. Ele concluiu, pela leitura da exposição de motivos do Projeto Ficha Limpa, que “o direito individual ao benefício da dúvida seria relativizado para, em seu lugar, prevalecer a presunção

⁸ HC 45.232-GB, j. 21-2-1968, rel. Min. Themístocles Cavalcanti, RTJ, 44:322-34, ano de 1968 (já citado).

de culpabilidade em matéria eleitoral, tudo em nome do dever geral de precaução". E, com razão, acrescenta que "em democracias constitucionais, até mesmo a vontade popular de mudar as leis que instituem sanções (privação de bens ou restrição a direitos) também tem limites". Segundo ele, uma democracia madura tem como característica a coexistência da proteção à moralidade pública com a necessidade de ampliar as liberdades individuais, não podendo uma anular a outra, nem cada uma delas deixar de ter os seus efeitos.

É preciso, pois, que as causas de inelegibilidade que visam salvaguardar a moralidade administrativa sejam compatíveis com a presunção de inocência e as liberdades cívicas.

Strapazzon (2010) menciona experiências passadas do STF sobre sanções de inelegibilidade, citando o caso da ADPF nº 144-DF/2008⁹, cujo relator e *voto vencedor* foi o ministro Celso de Mello, que cuidadosamente trouxe aos autos as recentes interpretações constitucionais dadas pela Corte Superior para a matéria de inelegibilidade enquanto sanção – em face do princípio da inocência –, para demonstrar que o que se tem discutido já foi alvo de discussões e conclusões por parte do Poder Judiciário, deixando evidentes as intenções políticas de se submeter novamente o assunto à apreciação.

No referido voto, o ministro Celso de Mello, em seus apontamentos sobre as discussões pretéritas, constatou que a intenção era sempre garantir a observância dos direitos fundamentais, em face das pretensões punitivas do Estado.

Nessa sessão de julgamento, a ministra Cármen Lúcia contribuiu, acrescentando que "o veto a candidato processado sem sentença transitada em julgado estaria transgredindo o princípio da segurança jurídica".

Foi exatamente esse o conflito de interesses levado à apreciação, sob o aspecto constitucional, mesmo sob o manto do regime militar, do art. 1º, I, n, da Lei Complementar nº 5/70, que disciplinava o artigo 151 (inelegibilidades) da Constituição Federal de 1969, alterado pela Emenda Constitucional nº 8/77, cuja redação era a seguinte:

⁹ STF, ADPF 144-DF, Pleno, rel. Min. Celso de Mello, DJ de 25.2.2010. A ADPF em questão foi protocolizada pela Associação dos Magistrados do Brasil e tinha por objeto a definição de critérios para indeferimento de candidaturas daqueles que respondessem a processo crime ou por improbidade administrativa.

Art. 1º - São inelegíveis: I - para qualquer cargo eletivo: [...] n) os que tenham sido condenados ou respondam a processo judicial, instaurado por denúncia do Ministério Público recebida pela autoridade judiciária competente, por crime contra a segurança nacional e a ordem política e social, a economia popular, a fé pública e a administração pública, o patrimônio ou pelo delito previsto no art. 22 desta Lei Complementar, enquanto não absolvidos ou penalmente reabilitados.

Apesar de os pronunciamentos do Tribunal Superior Eleitoral reconhecerem a validade constitucional do dispositivo em referência, houve dissidências do ministro Xavier de Albuquerque, quando do julgamento do Recurso Especial Eleitoral 4.221/RS¹⁰ e do Recurso Ordinário 4.189/RJ¹¹, sob o argumento de que não se poderia admitir que o mero recebimento de uma denúncia implicasse tão severa restrição a um cidadão, qual seja, a perda de sua capacidade eleitoral passiva. Em especial, levando-se em consideração o princípio da não culpabilidade insculpido na Declaração Universal dos Direitos do Homem, que seria, nas palavras de Albuquerque, “uma inexistente, mas evidente Constituição de todos os povos”, tendo o Brasil incorporado-a em seu ordenamento. Em decisão final, o STF declarou a constitucionalidade da norma em referência (RE 86.297-SP, j. 17.11.1976, pub. 26.11.1976, RTJ VOL-00079-02 PP-00671), mas posteriormente ela foi retirada do ordenamento jurídico brasileiro por meio da Lei Complementar nº 42/82, que em seu artigo 1º dispunha:

Art. 1º - As alíneas b e n do inciso I do art. 1º da Lei Complementar nº 5, de 29 de abril de 1970, passam a vigorar com a seguinte redação: ‘Art. 1º [...] I - [...] n) os que tenham sido condenados (Vetado) por crime contra a segurança nacional e a ordem política e social, a economia popular, a fé pública, a Administração Pública e o patrimônio, ou pelo delito previsto no art. 22 desta Lei Complementar, enquanto não penalmente reabilitados [...]’.

Importante salientar que, nessa redação, o texto mencionou somente a condenação, mas o STF firmou entendimento de que, apenas com o seu trânsito em julgado, haveria que se falar na perda da capacidade

¹⁰ RESPE 4.221-RS, TSE, Pleno, rel. Min. Xavier de Albuquerque, 15.10.1974.

¹¹ RO 4.189-RJ, TSE, Pleno, rel. Min. José Francisco Boselli, 14.10.74, Boletim Eleitoral, v. 279, t. 1, p. 558.

eleitoral passiva¹², tendo o ministro Oscar Corrêa, no relatório condutor do acórdão, fundamentado nos seguintes termos:

[...] Na verdade, quando a lei - qualquer que seja - se refere à condenação, há que se entender condenação definitiva, transitada em julgado, insuscetível de recurso que a possa desfazer. Nem se alegue [...] que 'essa interpretação era a que se coadunava com a moralidade que o art. 151, IV da Constituição visa a preservar': há que preservar a moralidade, sem que, sob pretexto de defendê-la e resguardá-la, se firam os direitos do cidadão à ampla defesa, à prestação jurisdicional, até a decisão definitiva, que o julgue, e condene, ou absolva.

Não preserva a moralidade interpretação que considera condenado quem não o foi em decisão final irrecorrível. Pelo contrário: a ela se opõe, porque põe em risco a reputação de alguém, que se não pode dizer sujeito a punição, pela prática de qualquer ilícito, senão depois de devida, regular e legalmente condenado, por sentença de que não possa, legalmente, recorrer.

É irresponsável, pois, não reconhecer que a postura mais adequada para o Estado democrático é a garantista e não aquela que reage ao clamor popular. Para se assegurarem os direitos fundamentais dos homens (sejam eles políticos, civis ou sociais), é preciso, pois, abraçar o constitucionalismo rígido contemporâneo.

E é necessário considerar o dano irreparável que se provoca ao pretendo candidato ao negar-lhe a candidatura pelo estigma da falta de moralidade, que pode vir a ser afastada em grau de recurso.

É fato notório e está insculpida na legislação a celeridade dos prazos e procedimentos eleitorais. Entre as convenções partidárias em que os candidatos são escolhidos, ocorridas entre 10 e 30 de junho, e a eleição em si, que ocorre no primeiro domingo de outubro, independentemente de haver um ou dois turnos, não há sequer o transcurso de quatro meses.

Isso, por óbvio, é fator impeditivo para que um candidato tenha o julgamento de seus processos em tempo hábil, ou seja, não há como dizer, com a certeza que só o trânsito em julgado de uma decisão pode

¹² STF, RE 99.069-BA Pleno, rel. Min. Oscar Dias Corrêa, 12.11.82, *Boletim Eleitoral*, v. 402, p. 66.

conferir, se o aspirante a candidato é realmente um sujeito propenso às más condutas.

Outro princípio desrespeitado quando se afasta da matéria eleitoral a aplicação da presunção de inocência é o princípio da proibição ao retrocesso social, defendido por Canotilho em sua obra *Direito Constitucional e Teoria da Constituição* (2002, p. 340), tendo em vista que deixar de observar a presunção de inocência é voltar aos primórdios, em um momento em que o direito social não era efetivo.

Uma vez que determinado direito foi realizado e efetivado no pretérito, em especial se constitucionalmente garantido ao longo dos tempos, é inadmissível – e, em consequência, vedado – que tal direito deixe de ser observado posteriormente.

E tal hipótese se amolda perfeitamente ao caso da inelegibilidade por condenação, tratada na Lei Complementar nº 135/2010, para a qual seus defensores entendem ser inaplicável o princípio da presunção de inocência, em flagrante retrocesso ao momento social em que a dignidade da pessoa humana não era respeitada.

Outro aspecto, também tratado por Strapazon em seu já citado artigo, diz respeito às hipóteses de inelegibilidades e sua classificação em de natureza sancionatória ou preventiva.

Há, na Lei de Inelegibilidades, critérios desprovidos de qualquer natureza punitiva, como os que tratam da alfabetização, da incompatibilidade para determinados cargos ou mesmo da vedação em razão de parentesco ou vínculo matrimonial. São casos que não têm como causa jurídica a prática de conduta ilícita.

Por outro lado, há aqueles que constituem uma reação do Estado às condutas ilegais praticadas pelos cidadãos, privando-os de seus direitos políticos passivos e, algumas vezes, também dos ativos.

Entre as inelegibilidades, pois, umas têm natureza de sanção – quando decorrem de ilícitos – e outras são apenas preventivas.

Assim, não há dúvidas de que a inelegibilidade tratada pela LC 135/10, referente às decisões condenatórias proferidas por órgão colegiado (ainda não transitadas em julgado), tem o claro propósito de

punir o suposto autor da conduta vedada, pois é a reação do Estado à prática que se lhe imputa.

E por esse aspecto de caráter absolutamente penal-punitivo confirma-se o dever de se observar a presunção de inocência em matéria de inelegibilidade, pois praticamente todas as nações do mundo – incluindo-se em absoluto o Brasil – aderiram à efetividade do princípio em tela em respeito à dignidade da pessoa humana, estando essa disposição expressamente disposta no texto constitucional pátrio.

Não se pode punir alguém sem o trânsito em julgado de sentença penal condenatória e a inelegibilidade em comento tem a clara intenção de punir o cidadão (que pretende ser candidato) por uma conduta ilícita a ele atribuída. Conduta pela qual pode o inelegível vir a ser absolvido.

Para saber se uma norma viola a liberdade geral da pessoa humana ou se apenas a disciplina, restringindo-a, é preciso verificar se o núcleo do direito fundamental está sendo atingido, de forma a não restar ações possíveis à pessoa. Isso é o que caracteriza as violações, enquanto o mero regramento das liberdades implica restrições. São coisas bem diferentes.

Toda pessoa tem o direito de ver respeitados os seus direitos políticos ativos e passivos.

Disciplinar as regras para o exercício da capacidade eleitoral passiva é restrição, enquanto impedir esse exercício em razão de um fato incerto no mundo jurídico é violação, pois atinge o direito da pessoa em seu núcleo fundamental, tolhendo-lhe a liberdade de se candidatar e ferindo-lhe a dignidade humana.

4 Conclusão

Nos julgados do STF colacionados ao presente estudo, restou claro o entendimento firme e pacificado da Corte de que o princípio da não culpabilidade deve ser estendido e aplicado a todos os ramos do direito e não estritamente ao ramo penal.

Além disso, o avanço do direito em termos de garantias e direitos fundamentais é reflexo do desenvolvimento das sociedades, evidenciando que a pessoa humana atualmente ocupa o centro das preocupações, devendo ser preservada.

Retirar, pois, o ser humano dessa posição é retroceder, a passos largos, em direitos conquistados a passos tão curtos quanto árduos, razão pela qual o direito da coletividade deve prevalecer apenas quando há imoralidade indubitável (portanto, irrecorrível), em relação ao indivíduo.

Antes disso, ele não pode ser punido nem carregar o prejuízo moral que lhe causam as violações – mascaradas de restrições – impostas em razão de um fato ainda passível de discussão (portanto, incerto).

É necessário zelar pelos dispositivos constitucionais fartamente fundamentados e a espelhar valores gerais, em especial por aqueles que foram avalizados não só por toda a nação brasileira, mas por praticamente toda a população mundial, como é o caso daqueles decorrentes dos tratados internacionais sobre direitos humanos.

É medida de cautela e responsabilidade aprofundar sobre as polêmicas que envolvam a aplicabilidade de normas, em especial as de cunho constitucional, mas sem permitir que se contaminem pelas paixões dos discursos de conteúdo com aparência politicamente correta, mesmo reconhecendo que os valores sociais mudam com o tempo e que o povo é o verdadeiro detentor do poder constituinte.

Mas reconhecer que o povo é detentor desse poder não é permitir que clamores sociais, baseados em argumentos com forte apelo à moralidade – contudo vazios e ofensivos a direitos referentes à dignidade da pessoa humana –, definam os rumos da nação, sob pena de se provocarem danos irreparáveis a quem tem o direito de não se ver lesado. E especialmente considerando o Projeto Ficha Limpa, menos ainda se deve falar em interesse público ou proteção/precaução social, já que a sociedade tem em seu poder o principal instrumento para afastar os candidatos de conduta “suspeita” dos cargos políticos, que é por meio do voto.

O Brasil tem avançado em preocupação com a corrupção, mas não pode recuar em relação aos direitos fundamentais: não se pode seguir a esse preço. Por essa razão, o princípio da inocência deve ser plenamente observado em matéria político-eleitoral, por se tratar de um princípio garantidor do direito fundamental à dignidade. O estado de inocência só cessa com o trânsito em julgado da condenação.

Como visto, a inelegibilidade ora analisada tem irrefutável caráter de punição por representar uma reação do Estado a uma conduta

ilícita supostamente praticada pela pessoa. É o Estado em seu direito (?) de punir.

Assim, aplicar a pena/punição/sanção de inelegibilidade àquele que se viu condenado por órgão colegiado é violar os seus direitos políticos passivos, subtraindo-lhe a honra e o livre acesso aos cargos políticos garantido pelo nosso Estado democrático. É, acima de tudo, antecipar-lhe a condenação e os seus efeitos.

Não se está discutindo o inegável direito dos eleitores a conhecer a vida pregressa dos candidatos à eleição, mas sim a posição totalitária do Estado de direito que viola direitos fundamentais, ceifando da pessoa humana aquilo que já lhe foi efetivamente garantido, sob o pretexto da moralidade.

Isso é insegurança jurídica e retrocesso em matéria de direito, que merece toda a atenção dos julgadores e operadores do direito, a quem a Carta Política de 1988 *não* autorizou promover a subversão das garantias para atender à opinião pública e/ou ao clamor popular.

Referências

ALMEIDA FILHO, Agassiz. Ficha limpa: posição contrária. *Carta Forense*, jul. 2010.

BECCARIA, Cesare. *De los delitos y de las penas*. Madrid: Alianza, 1994.

BRASIL. Constituição (2009). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado, 1988.

BRASIL. Decreto-Lei nº 3689 (2011). *Código de processo penal*. Brasília: Senado, 1941.

BRASIL. Lei Complementar nº 135/2010.

BRASIL. Senado Federal. *Direitos humanos*. Declarações de direitos e garantias. Brasília: Subsecretaria de Edições Técnicas, 1996.

CAPEZ, Fernando. *Curso de processo penal*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. Coimbra: Livraria Almedina, 2002.

FONSECA, Adriano Almeida. O princípio da presunção de inocência e sua repercussão infraconstitucional. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 4, n. 36, 1 nov. 1999. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/162>>. Acesso em: 23 maio 2011.

GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Presunção de inocência e prisão cautelar*. São Paulo: Saraiva, 1991.

_____. O princípio da presunção de inocência na Constituição de 1988 e na Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica). São Paulo, *Revista do Advogado*, n. 42, abr. 1994.

GRECO FILHO, Vicente. *Tutela constitucional das liberdades*. São Paulo: Saraiva, 1989.

JARDIM, Afrânio Silva. *Direito processual penal*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

MIRABETTI, Julio Fabrini. *Processo penal*. São Paulo: Atlas, 1991.

REIS, Márlon Jacinto. Inelegibilidade e vida pregressa. Questões constitucionais. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 14, n. 2086, 18 mar. 2009. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/12481>>. Acesso em: 8 fev. 2012.

SOUZA NETTO, José Laurindo de. *Processo penal: sistemas e princípios*. Curitiba: Juruá, 2003.

STRAPAZZON, Carlos Luiz. Presunção de não culpabilidade em matéria político-eleitoral: evolução jurisprudencial do STF e valores constitucionais atuais. Biblioteca *Digital Revista Brasileira de Direito Eleitoral - RBDE*, Belo Horizonte, ano 2, n. 2, jan./jun. 2010. Disponível em: <<http://www.editoraforum.com.br/bid/bidConteudoShow.aspx?idConteudo=66890>>. Acesso em: 26 jun. 2011.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 1.

TUCCI, Rogério Lauria. *Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1993.

WOLKMER, Antonio Carlos; LEITE, José Rubens Morato. (Org.). *Os "novos" direitos no Brasil: natureza e perspectivas*. São Paulo: Saraiva, 2003.

ESTUDOS REFERENTES À DISTRIBUIÇÃO POR DEPENDÊNCIA PREVISTA NO ART. 253, I, CPC NO ÂMBITO DA JUSTIÇA ELEITORAL

Alessandro Rodrigues da Costa¹

Resumo

Analisa a possibilidade de conexão das ações eleitorais, para fins de se determinar a prevenção de juízo, por meio da aplicação subsidiária das regras previstas no Código de Processo Civil. Para isso, trata da definição de pedido e causa de pedir e aborda a classificação das ações em idênticas, análogas ou diversas, a partir da comparação desses dois elementos nas ações. Diante dessas premissas, apresenta as situações em que a doutrina processual civil considera existir conexão entre ações e analisa a jurisprudência em matéria eleitoral sobre o tema.

Palavras-chave: Processo civil. Elementos da ação. Conexão. Prevenção. Ações eleitorais.

Abstract

The article proposes the analysis of the occurrence of connection between electoral actions, to determine which will be the competent judge, applying the civil processual laws since there are no specific electoral laws. So, it studies the definition of request and of cause of action and classifies the actions as identical, analogous or different, by comparing the elements request and cause of action. Finally, presents the situations that the doctrine about civil process point as connection and analyses the decisions of electoral Courts about the matter.

Keywords: Civil process. Elements of the lawsuit. Connection. Prevention. Electoral actions.

O presente estudo tem por propósito analisar os requisitos insertos para caracterização da conexão de ações, responsáveis pela prevenção anotada no artigo 253, I, do Código de Processo Civil, bem como suas implicações na esfera eleitoral, uma vez que o diploma civilista deve ser utilizado de forma subsidiária à norma eleitoral.

¹ Coordenador de Registros Partidários, Autuação e Distribuição do TSE. Professor universitário e escritor.

Aduz o artigo 253 do Código de Processo Civil brasileiro:

Art. 253. Distribuir-se-ão por dependência as causas de qualquer natureza:

I - quando se relacionarem, por conexão ou continência, com outra já ajuizada;

II - quando, tendo sido extinto o processo, sem julgamento de mérito, for reiterado o pedido, ainda que em litisconsórcio com outros autores ou que sejam parcialmente alterados os réus da demanda;

III - quando houver ajuizamento de ações idênticas, ao juízo prevento.

Parágrafo único. Havendo reconvenção ou intervenção de terceiro, o juiz, de ofício, mandará proceder à respectiva anotação pelo distribuidor.

A regra contida no art. 252, CPC, assevera que a distribuição será alternada entre juízes e escrivães; entretanto, como exceção, o art. 253 traz a figura da distribuição por dependência.

Já sobre isso importa ressaltar que a doutrina diverge quanto ao termo “distribuição por dependência”, já que, para boa parte dela, inexistente a ocorrência de distribuição, mas tão somente a atribuição do feito ao juízo competente, com o devido registro. Acompanham essa tese Egas Dirceu Moniz (2005, p. 339) e Hélio Tornaghi (1978, p. 249). Em linha contrária, tem-se o entendimento de Pontes de Miranda, seguido pelo professor Daniel Francisco Mitidiero (2005, p. 432-436), ao concluir que: “No caso do art. 253 já houve distribuição e registro e apenas se impõe a subordinação ao que já ocorreu. No fundo, não se afasta a distribuição, apenas já se impôs ao escrivão, como ao juiz, atender ao que já foi feito.”

E. D. Moniz de Aragão (2005, p. 339) lembra, ainda, que a disposição do texto também se aplica aos casos de conexão por sucessividade, a execução contra a Fazenda seguida do processo de conhecimento e este após a ação cautelar.

O vocábulo “prevenção” vem do latim – *praeventionem* – com significado de “vir antes”, “avisar”, “prevenir”. Santos (1995, p. 268) “define um fenômeno processual pelo qual, dada a existência de vários

juízes igualmente competentes, firma-se a competência daquele que em primeiro lugar tomar conhecimento da causa”.

Já a conexão é um vínculo, um nexo, um elo entre duas ou mais ações de tal maneira relacionadas entre si que faz com que sejam conhecidas e decididas pelo mesmo juiz e, às vezes, até no mesmo processo. Segundo Theodoro Júnior (2005, p. 79), “é um vínculo que entrelaça duas ou mais ações, a ponto de exigir que o mesmo juiz delas tome conhecimento e as decida”. O fundamental para o reconhecimento do instituto da conexão é a identidade do pedido ou da causa de pedir, e existe prejudicialidade de uma em relação à outra. O visio é evitar decisões contraditórias.

Nos moldes do art. 103 do Código de Processo Civil, se entre duas ou mais ações existir identidade de objeto ou de causa de pedir, restará caracterizada a conexão. De outra banda, reza o art. 104 do CPC que, se entre elas houver identidade quanto às partes e à causa de pedir, mas o objeto de uma, por ser mais amplo, abranger o da outra, dar-se-á o que o Código denomina de continência.

Ocorrendo qualquer dos fenômenos acima citados, é imprescindível que se reúnam os feitos para que sejam julgados simultaneamente, evitando decisões contraditórias, como se lê no art. 105 do CPC: “Art. 105. Havendo conexão ou continência, o juiz, de ofício ou a requerimento de qualquer das partes, pode ordenar a reunião de ações propostas em separado, a fim de que sejam decididas simultaneamente.”

A conexão e a continência têm por características modificar ou prorrogar a competência, isto é, a propositura de ação ligada por algum desses institutos a outro feito, já previamente distribuído, resultará na distribuição daquela por dependência a este.

Não obstante o caráter pedagógico inerente à conceituação acima exposta, o renomado processualista Bueno Vidigal (1976, p. 185) aduz que a doutrina da conexão de causas não é absolutamente pacífica. Ao contrário, tais são as suas dificuldades e as divergências entre os juristas e especialistas no assunto que a sua sistematização está ainda por ser feita, no que se utiliza dos ditos de Rezende Filho (1968, p. 119), que afirmava tratar-se de um dos mais delicados problemas da processualística.

Para maior contextualização, faz-se necessária uma atenta leitura do disposto no artigo 103 do Código de Processo Civil brasileiro, que trata das ações conexas, *in verbis*: “Art. 103 - Reputam-se conexas duas ou mais ações, quando lhes for comum o objeto ou a causa de pedir.”

Pela análise literal da norma, percebe-se que, antes de adentrar as miudezas que envolvem a conexão, torna-se necessário compreender os elementos inerentes à ação (elementos da ação) que fundamentam sua ocorrência.

São elementos da ação a causa de pedir, o pedido, juntamente com as partes. Serão destacados, para fim do estudo que ora se propõe, os elementos objetivos da ação, quais sejam: o pedido (ou objeto) e a causa de pedir.

O pedido (ou objeto) é conceituado por Santos (1995, p. 272) como o “pedido do autor, ou seja, o que ele solicita lhe seja assegurado pelo órgão jurisdicional”. Uma singular exegese seguiria a possível exemplificação: o autor pede uma providência jurisdicional que tutele um seu interesse, isto é, uma providência jurisdicional quanto a um bem pretendido, material ou imaterial.

Divide-se o pedido (ou objeto) em:

- Pedido imediato: consiste na providência jurisdicional solicitada: sentença condenatória, declaratória, constitutiva ou mesmo providência executiva, cautelar ou preventiva.
- Pedido mediato: é a utilidade que se quer alcançar pela sentença ou providência jurisdicional, isto é, o bem material ou imaterial pretendido pelo autor. Ex.: recebimento de um crédito, a entrega de uma coisa, etc.

Compreendidos os conceitos dos elementos da ação que possibilitam a ocorrência da conexão, podemos afirmar que o art. 103 trata, basicamente, de uma circunstância processual que se caracteriza quando duas ou mais ações têm o mesmo objeto ou causa de pedir, devendo ser julgadas por um mesmo juiz para evitar decisões conflitantes. Ex: ações de pessoas que requerem o benefício previdenciário pela morte do mesmo segurado (mesmo objeto) ou ação de cobrança fundada num contrato e ação anulatória do mesmo contrato (mesma causa de pedir).

Ao pedido deve corresponder uma causa de pedir (*causa petendi*). Sem sombra de dúvida, a causa de pedir é, dos elementos da ação, o mais sutil e de mais difícil precisão. O nosso CPC refere-se à causa de pedir ao determinar que o autor, já na petição inicial, indique o fato e os fundamentos jurídicos do pedido (art. 282, III). Para Giuseppe Chiovenda, causa de pedir é “o fundamento, a razão de uma pretensão, isto é, do pedido do autor”.

Conceituemos, portanto, causa de pedir como o fato que dá origem ao ingresso da ação, ou ainda, os fatos alegados pelo autor como fundamento de sua pretensão. É a razão pela qual se pede. O direito brasileiro, a exemplo do direito alemão, adotou a teoria da substanciação do pedido, segundo a qual se exige, para a identificação do pedido, a dedução dos fundamentos de fato e de direito da pretensão. Divide-se também a causa de pedir em causa de pedir próxima e causa de pedir remota.

- Causa de pedir próxima/imediata: é a razão imediata do pedido. Caracteriza-se, segundo Nelson Nery Júnior (2006, p. 183), “pelo inadimplemento do negócio jurídico, pela lesão ou ameaça de lesão a direito”.
- Causa de pedir remota: é a razão mediata do pedido. Nas palavras de Nelson Nery Júnior (2006, p. 191), “é o direito que embasa o pedido do autor; o título jurídico que fundamenta o pedido”.

Pelos juízos apresentados na miríade de autores elencados até então, forçoso acrescentar que não há conexão entre processos com pedido e causa de pedir diversos. Repisamos, ainda, que, a partir do exposto, verifica-se como vago o conceito de conexão, bem como sua incidência.

Buscando uma resposta para várias dificuldades apresentadas no cotidiano jurídico quanto à incidência do instituto da prevenção, Pescatore² elaborou uma orientação doutrinária, datada de quase cem anos, e que é adotada até hoje pela maioria dos processualistas, visando à verificação de causas conexas. Sua doutrina parte da observação de que

² A primeira teoria que tentou sistematizar e definir conexão foi criada pelo processualista italiano Matteo Pescatore, em sua clássica obra *Sposizione Compendiosa della Procedura Civile e Criminale nelle somme sua ragioni e nel suo ordine naturale com appendici di complemento sui temi principali di tutto il Diritto Giudiziario* (ARAGÃO, p. 50).

as coisas, nas suas relações lógicas, são idênticas, diversas ou análogas, conforme sejam os seus elementos constitutivos. Duas coisas são idênticas quando todos os seus elementos são os mesmos; são diversas quando todos os seus elementos se diferem; são análogas quando algum ou alguns dos seus elementos são os mesmos e outro ou outros são diversos.

Trasladadas tais considerações para o campo processual, poderíamos dizer que duas ações são idênticas quando seus elementos são os mesmos; são diversas quando diferentes são os seus elementos; e são análogas quando um ou dois de seus elementos são idênticos e outro ou outros são diversos.

Como já dito, toda ação se compõe de três elementos: partes, objeto e causa de pedir.

Pela teoria de Pescatore, portanto, se duas ações têm idênticos dois desses elementos – partes e objeto, ou partes e causa de pedir, ou objeto e causa de pedir –, são elas análogas. Também são análogas se apenas um desses elementos lhes é comum: objeto ou causa de pedir.³

Dadas as referidas analogias, a doutrina lhe empresta as expressões: conexão de ações, conexão de causas ou conexidade. Em resumo, a conexão se daria pelo vínculo entre duas ou mais ações, por terem um ou dois elementos comuns. Duas ou mais ações são conexas quando um ou dois de seus elementos são idênticos, com a ressalva do caso da identidade de partes, que por si só não pode estabelecer conexão entre elas.

Santos (1995, p. 275) afirma que o Código de Processo Civil brasileiro adotou tal orientação doutrinária exposta por Pescatore, visto que o artigo 103 assevera que “Reputam-se conexas duas ou mais ações, quando lhes for comum o objeto ou a causa de pedir”.

Entretanto, importante ressaltar que, na doutrina de Pescatore, não se acha toda a teoria da conexão, ainda mais considerando as peculiaridades inerentes ao processo eleitoral, como se pretende demonstrar a seguir.

³ Moacyr Amaral Santos (1995, p. 97) complementa, aduzindo que, “no caso das partes, embora também o sejam análogas, tal coincidência não tem o condão de ensejar a conexão”.

A regra contida no artigo 105 do CPC explicita a necessidade da reunião das ações conexas, a fim de que sejam decididas simultaneamente. Em verdade, é o risco de contradição de julgados que informa a necessidade da reunião dos autos processuais perante um único juízo. Não é a simples e mera afinidade jurídica entre causas distintas que estabelece o fenômeno processual da conexão, mas, sim, uma evidente e clara identidade entre o objeto de ambas as ações, cujas demandas não podem permanecer afastadas, gerando, em tese, a possibilidade de decisões antagônicas.

Acerca da continência, é mister salientar a maior clareza do assunto por tratar-se simplesmente do encontro de duas ou mais ações, em que o objeto de um dos pedidos é mais vasto que os outros, sendo possível a absorção dos outros por esse, ou ainda, pode-se dizer que haverá continência entre ações que tiverem as mesmas partes e a mesma causa de pedir e, quanto aos pedidos, um deve ser mais amplo e abranger o outro (os pedidos devem ser diferentes, ou não haveria litispendência): “Art. 104 - Dá-se a continência entre duas ou mais ações sempre que há identidade quanto às partes e à causa de pedir, mas o objeto de uma, por ser mais amplo, abrange o das outras.”

Tendo em vista que uma vez que dentro da concepção adotada pelo Código de Processo Civil tanto a conexão quanto a continência produzem exatamente o mesmo efeito, entendemos desnecessário o estudo mais aprofundado desta última, visto que se configura como simples espécie do gênero conexão.

Indubitável o fato de que a verificação das hipóteses de prevenção pela conexão ou continência a que se refere o artigo 253, inciso I, do Código de Processo Civil, não é de fácil visualização, ensejando, não raro, dúvidas quanto à sua consumação, principalmente quando considerados os pormenores inerentes à Justiça Eleitoral.

A título exemplificativo, julgados recentes do Tribunal Superior Eleitoral, em precedentes relativos ao recurso contra expedição de diploma, à ação de impugnação de mandato eletivo e à investigação judicial eleitoral, firmam não haver litispendência entre essas classes de ações eleitorais, ainda que fundadas nos mesmos fatos, por serem ações autônomas, com causa de pedir própria e consequências distintas, o que

impede que o julgamento favorável ou desfavorável de alguma delas tenha influência sobre as outras⁴.

Vê-se, portanto, que, embora possa haver coincidência entre as referidas ações e outras quanto à causa de pedir, ou mesmo quanto ao objeto (pedido), o que ensejaria o instituto da conexão, vislumbra-se a possibilidade de que não haja a reunião dos feitos, porquanto a natureza autônoma de cada uma das ações afasta o efeito nefasto que se espera exaurir com a conexão, ou seja, o risco de contradição de julgados.

Entretanto, a matéria não recebe aderência uníssona, mesmo nos tribunais que compõem a Justiça Eleitoral.

Em questão alusiva à conexão de Ação de Impugnação de Mandato Eletivo (AIME) e de Ação de Investigação Judicial Eleitoral (AIJE), o Tribunal Regional do Piauí (TRE/PI), analisando demanda jurisdicional proveniente do município de Pau D'Arco do Piauí/PI, no julgamento dos embargos de declaração, reconheceu a existência de conexão entre as ações e a desnecessidade de separação dos processos.

O voto vencedor entendeu haver, daquela Corte, a possibilidade de se reconhecer conexão entre uma ação de impugnação de mandato eletivo e uma ação de investigação judicial eleitoral, considerando a patente identidade de fatos alegados nos dois feitos e justificando que “tal providência tem finalidade apenas de evitar decisões contraditórias em relação ao exame dos mesmos fatos”. Assinalou, ainda, que:

[...] a AIME foi ajuizada para apuração dos seguintes fatos: a) inelegibilidade constitucional do primeiro embargante; b) transporte irregular de eleitores; c) utilização de prédio público com finalidade eleitoreira; d) uso indevido de veículo oficial para transporte de eleitores e e) captação ilícita de sufrágio. A seu turno, a AIJE foi manejada com base nas mesmas alegações, à exceção da última conduta ilícita. Ou seja, a AIME aborda todos os fatos reportados na AIJE.

Não obstante, tendo a lide chegado ao Tribunal Superior Eleitoral por meio do Recurso Especial Eleitoral nº 390-14, esta Corte entendeu

⁴ TSE, Recurso Contra Expedição de Diploma nº 696, Diário da Justiça Eletrônico de 5.4.2010, p. 207; Recurso Especial Eleitoral nº 21.248/SC, Diário da Justiça de 8.8.2003 e Agravo Regimental no Recurso Especial Eleitoral nº 36.277/BA.

contrariamente ao assentado por aquele regional, seguindo voto exarado pelo relator ministro Arnaldo Versiani, que reproduzimos em parte:

Analisando os autos, verifica-se que não se trata do fenômeno da conexão. O pedido formulado na inicial da Ação de Impugnação de Mandato Eletivo refere-se à cassação do diploma, declaração de inelegibilidade e diplomação do segundo colocado e na Ação de Investigação Judicial Eleitoral, a declaração de inelegibilidade e a cassação do registro. Além dos fatos noticiados na investigação, a ação de impugnação fora ajuizada sob o argumento de que eleitores residentes nos imóveis do genitor do prefeito foram coagidos a votar nos impugnados, sob pena de terem as casas destruídas ou serem despejados.

Esmiuçando o gabaritado voto do relator, verificamos que as razões do afastamento da conexão entre os autos encontram guarita na falta de identidade de objeto ou causa de pedir. Assim, posta a premissa, no entendimento do Tribunal Superior Eleitoral, não há motivos para reunião dos feitos, ratificando, ainda, tal entendimento, o fato de que as aludidas ações têm procedimentos diversos.

Oportuno lembrar que, conforme entendimento pacífico do Tribunal Superior Eleitoral, como já citado alhures, tais ações são autônomas e têm requisitos próprios e consequências distintas. Dessa forma, apregoa categoricamente o ministro relator:

Sob esses fundamentos, a preliminar suscitada deve ser acolhida a fim de que se proceda à separação dos processos. A respeito do pleito de prequestionamento, verifica-se que pode ser acolhido no que se refere à matéria relacionada à omissão da análise do pedido de separação dos processos, uma vez que, consoante o exposto, esta questão não fora devidamente analisada no v. acórdão. Observo que a jurisprudência desta Corte é de que não existe conexão entre ação de investigação judicial eleitoral e ação de impugnação de mandato eletivo, porquanto possuem ritos próprios e consequências distintas.

Na esteira da tese acolhida pelo magistrado, é farta a jurisprudência colhida da mais alta Corte Eleitoral brasileira, da qual extraímos julgados mais recentes:

AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL ELEITORAL.
DECISÃO AGRAVADA EM CONSONÂNCIA COM A

JURISPRUDÊNCIA DA CORTE. AÇÕES ELEITORAIS. AUTONOMIA. IMPUGNAÇÃO PARCIAL DA DECISÃO. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

I – As ações eleitorais são autônomas, com causas de pedir diversas, sendo inviável o reconhecimento, seja de conexão, seja de continência entre elas.

II – É dever do agravante atacar especificamente os fundamentos da decisão agravada.

[...] II – Agravo regimental desprovido.

(Agravo Regimental no Recurso Especial nº 36.277, rel. Min. Ricardo Lewandowski, de 8.4.2010, grifo nosso).

RECURSO ESPECIAL - INVESTIGAÇÃO JUDICIAL - PREFEITO - ABUSO DO PODER - ART. 22 DA LEI COMPLEMENTAR Nº 64/90 - NÃO-CARACTERIZAÇÃO - DOAÇÃO DE TELHAS E PREGOS A ELEITOR - CAPTAÇÃO VEDADA DE SUFRÁGIO - ART. 41-A DA LEI Nº 9.504/97 - CONFIGURAÇÃO - CONSTITUCIONALIDADE - CASSAÇÃO DE DIPLOMA - POSSIBILIDADE. GRAVAÇÕES CLANDESTINAS - PROVA ILÍCITA - PROVAS DELA DECORRENTES - CONTAMINAÇÃO.

Ausência de ofensa aos arts. 22 e 23 da Lei Complementar nº 64/90 e aos princípios constitucionais do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório, da proporcionalidade e da não-admissão das provas ilícitas. Art. 5º, incisos LIV, LV e LVI, da Carta Magna.

[...]

2. Rejeitam-se os pedidos de conexão deste feito com ação de impugnação de mandato eletivo em curso perante o juiz eleitoral, na medida em que as ações são autônomas, possuem requisitos legais próprios e conseqüências distintas, o que não justifica a reunião dos processos ou o sobrestamento desse julgamento. Precedentes.

[...].

(Recurso Especial Eleitoral nº 26.248, rel. Min. Fernando Neves, de 3.6.2003, grifo nosso).

Pautado nas razões acolhidas, verifica-se remansosa a tese sobre o afastamento de conexão quando vinculada às ações denominadas modificadoras do pleito eleitoral, quais sejam, RCED, AIJE e AIME.

Passa-se, então, a perquirir sobre a utilização ou o afastamento do instituto da conexão quanto aos recursos apresentados nas ações que, de origem, dizem respeito a RCED, AIJE e AIME.

Dessa forma, o Recurso Especial Eleitoral apresentado por inconformismo ao acórdão proferido no RCED que busca a cassação de diploma de determinado candidato eleito deve ser distribuído pela prevenção instituída pelo art. 253, I, CPC a Agravo de Instrumento apresentado para determinar subida de RESPE manejado contra acórdão proferido em AIJE referente ao mesmo candidato?

Tomando os preceitos iniciais do presente estudo, voltemos ao fato de que, na origem, tanto o RCED quanto a AIJE, amiúde, terão pedidos ou causa de pedir semelhantes, o que, em tese, poderia suscitar a conexão pela simples interpretação literal do art. 103 do CPC, já estudado *ab initio* ao presente, porém, socorrendo-nos, de outro lado, pela remansosa jurisprudência assinalada no Tribunal Superior Eleitoral, uma vez que, na origem, tais ações não devem ser objeto de conexão por conta das peculiaridades inerentes a cada uma e, ainda, porque é sabido que, sujeitas a ritos próprios e consequências distintas, utilizando do paralelismo jurídico quanto ao afastamento de conexão entre as ações denominadas RCED, AIJE e AIME, parece-nos claro que os recursos a elas vinculados também padeceriam do mesmo julgamento.

Assim, também os recursos interpostos em face das ações de Recurso Contra Expedição de Diploma (RCED), Ação de Investigação Judicial Eleitoral (AIJE) e Ação de Impugnação de Mandato Eletivo (AIME) não devem ser objeto de prevenção oriunda pelo disposto no art. 253, inciso I, do Código de Processo Civil, utilizado de forma subsidiária na exegese eleitoral, visto que, na origem, tais ações não estão vinculadas entre si, pelas peculiaridades inerentes a cada uma, já mencionadas neste estudo.

Longe de assolar a matéria, o presente assunto apenas pretendeu fomentar a inteligência sobre questão ainda passível de discussão quanto à sua inteira aplicação tanto na Justiça Eleitoral quanto no processo civil brasileiro.

Referências

ARAGÃO, Egas Dirceu de Moniz de. *Comentários ao código de processo civil*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. v. 2.

BUENO VIDIGAL, Luís Eulálio de. *Comentários ao código de processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1976. v. 6.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. Notas de Enrico Tullio Liebman. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1969. v. 1.

MITIDIERO, Daniel Francisco. *Comentários ao código de processo civil*. São Paulo: Memória Jurídica, 2005. t. 2.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade. *Código de processo civil comentado e legislação extravagante*. 9. ed. São Paulo: RT, 2006.

REZENDE FILHO, Gabriel José Rodrigues. *Curso de direito processual civil*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 1968.

SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, 1995.

TORNAGHI, Hélio. *Comentários ao código de processo civil*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1978. v. 2.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. 42. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. v. 1.

LEI COMPLEMENTAR 135/2010: NATUREZA JURÍDICA DAS INELEGIBILIDADES E DIÁLOGO CONSTITUCIONAL

Luciano Feres Fonseca da Cunha¹

Resumo

A Lei Complementar 135/2010 introduziu no sistema eleitoral brasileiro relevantes modificações na Lei de Inelegibilidades, as quais, diante do tratamento de temas constitucionais, devem ser confrontadas com os princípios fundamentais prescritos na Constituição Federal. Prefacialmente, em virtude de sua multifacetada base fática, é imperioso definir com precisão a natureza jurídica das inelegibilidades, procedendo-se, a seguir, ao seu confronto com os princípios constitucionais da irretroatividade, devido processo legal substancial, proporcionalidade e presunção de inocência. Somente a partir de uma leitura constitucionalizada do referido diploma normativo é que será possível aferir sua compatibilidade com os demais preceitos do ordenamento jurídico.

Palavras-chave: Inelegibilidades. Natureza jurídica. Lei Complementar nº 135/2010. Direitos fundamentais. Princípios constitucionais.

Abstract

The Complementary Law 135/2010 introduced in the brazilian electoral system changes in the Law of Ineligibility, which, before the treatment of constitutional issues, must be confronted with the basic principles prescribed in the Constitution. Prefatory, because of its multifaceted factual basis, it is imperative to accurately define the legal status of ineligibility, proceeding, then, to his confrontation with the constitutional principles of retroactivity, substantive due process of law, proportionality and presumption of innocence. Only from a constitutionalized reading of that normative statute is that you can assess their compatibility with the other precepts of the law.

Keywords: Ineligibility. Legal status. Complementary Law 135/2010. Fundamental rights. Constitutional Principles.

¹ Analista judiciário lotado na Área Judiciária do Tribunal Regional Eleitoral de Minas Gerais. Bacharel em Direito.

1 Introdução

Inserida no arcabouço jurídico pátrio pela Lei Complementar nº 64/90, a Lei de Inelegibilidades visa desenvolver aplicabilidade ao art. 14, § 9º, da Constituição Federal², prescrevendo restrições à capacidade eleitoral passiva.

Em 4 de junho de 2010, originário do movimento popular de princípios republicanos, foi publicada a Lei Complementar nº 135/2010, promovendo alterações na referida Lei de Inelegibilidades e visando conciliar o tratamento jurídico da matéria com o clamor público pela defesa da moralidade.

Não obstante, apesar do desiderato valorativo que desencadeou a confecção das referidas alterações, sólidas controvérsias surgiram diante do confronto de suas disposições com preceitos constitucionais relacionados à matéria, mormente no que tange ao âmbito dos direitos e garantias fundamentais, máxima expressão do Estado democrático de direito.

Os primeiros questionamentos se fundaram quanto ao âmbito temporal de aplicação das novas disposições, tendo em vista que a Lei Complementar nº 135/2010 previu tipos penais ensejadores de inelegibilidade até então não previstos na Lei Complementar nº 64/90, tornando duvidosa a possibilidade de sua aplicação retroativa.

Essa foi a tônica dos primeiros debates travados acerca da matéria, secundado pela possibilidade franqueada pelo novo diploma normativo de reconhecer a aplicação da inelegibilidade antes do trânsito em julgado da decisão judicial condenatória, bastando, para isso, o pronunciamento de um órgão judicial colegiado.

Não obstante os valores buscados pelo legislador, imperioso se torna estabelecer um diálogo entre os novos dispositivos da Lei de Inelegibilidades com a Constituição Federal, buscando definir a subsunção ou não da espécie à sistemática de tratamento dos direitos fundamentais.

² Art. 14, § 9º, Constituição Federal: 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.

Assim, para o deslinde dessas questões, o presente estudo pretende estabelecer a correta determinação da natureza jurídica das inelegibilidades e promover o enquadramento constitucional da matéria, com vistas a aferir a compatibilidade dos dispositivos da Lei Complementar nº 135/2010 com a Constituição Federal.

2 Natureza jurídica das inelegibilidades

A análise dos institutos jurídicos em questão e, por consequência, a verificação da constitucionalidade dos dispositivos da Lei Complementar nº 135/2010, somente podem ser feitas a partir da correta compreensão da natureza jurídica das inelegibilidades. Bem compreender a inserção de tal instituto no sistema jurídico é fundamental para determinar suas consequências.

Preliminarmente, considerando que as disposições constitucionais e legais consagram uma base fática variada, tendo em vista as diferentes situações de fato ensejadoras da inelegibilidade, conclui-se pela impossibilidade de se determinar uma natureza jurídica única e suficiente para explicar todas as hipóteses de inelegibilidade. Aliás, acaso pretendêssemos determinar uma natureza jurídica única para tal instituto, desconsiderando as diferentes situações ensejadoras de sua aplicação, seria como pretender capturar todas as faces de um cubo em apenas uma fotografia.

De fato, não seria possível analisar dentro de uma mesma perspectiva a situação do indivíduo condenado por uma sentença penal condenatória pela prática do crime de tráfico ilícito de entorpecentes e a situação daquele inelegível para concorrer ao cargo de presidente da República uma vez que, sendo ministro de Estado, não procedeu à sua desincompatibilização no prazo legal.

É importante ser compreendido que as causas de inelegibilidade decorrentes de eventos ilícitos apresentam uma dinâmica própria que não pode ser analisada na vala comum daquelas decorrentes de eventos lícitos. Aliás, essas últimas mais bem compreendidas seriam se fossem enquadradas como simples incompatibilidades.

Estabelecida tal premissa, cumpre pontuar que as inelegibilidades decorrentes de uma base fática ilícita têm nítida natureza sancionatória,

a qual deflui não apenas da dinâmica causal do direito sancionatório como também do próprio sistema jurídico-positivo.

Nesse contexto, estão presentes duas ideias que não podem ser dissociadas: fato-ilícito-ensejador e inelegibilidade-sanção (consequência). De outro modo, quando a situação reflete uma simples incompatibilidade, a equação apresenta-se composta dos seguintes elementos: fato-lícito-ensejador e inelegibilidade-incompatibilidade.

Defender a tese da simples incompatibilidade para todas as situações de eventos lícitos e ilícitos é deturpar a relação de causalidade, sendo um argumento mais aparente do que real que não oferece maiores resistências a uma análise mais acurada.

A ideia determinante para a ocorrência da inelegibilidade reside no pressuposto fático do perfazimento de uma das situações legais eleitas pelo legislador como determinantes de sua aplicação. A relação de causa-consequência nas inelegibilidades de origem ilícita é inegável, sob pena de desvirtuamento dos tenros princípios da lógica.

Nesse ponto, invocam-se os ensinamentos de Larenz (1997, p. 356), ex-catedrático da Universidade de Munique, o qual, apesar de pontuar seus estudos na seara do direito privado, endossou inegáveis contribuições à ciência metodológica do direito. O referido autor, quando do estudo da estrutura lógica da proposição jurídica, argumenta:

A proposição jurídica enlaça, como qualquer outra proposição, uma coisa com a outra. Associa a situação de fato circunscrita de modo geral, à previsão normativa, *uma consequência jurídica*, também ela circunscrita de modo geral. O sentido dessa associação é que, sempre que se verifique a situação de facto indicada na previsão normativa, entra em cena a consequência jurídica, quer dizer, vale para o caso concreto. [...] O sentido do enlace do pressuposto de facto com a consequência jurídica não é, como na proposição enunciativa, uma afirmação, mas uma *ordenação de vigência*. O dador da norma não diz assim: assim é de facto; mas diz: assim deve ser de Direito, assim deve valer.

Os argumentos propostos pelo doutrinador tedesco, no âmbito da metodologia jurídica, são aplicáveis ao tema das inelegibilidades, confirmando-se que qualquer evento colocado topologicamente após a

prática de um ilícito a este se liga indissociavelmente, apresentando-se como sua inarredável consequência.

Mais que uma consideração ôntica, a discussão é axiológica, fundamentando-se a inelegibilidade, neste caso, como um juízo de reprovação incidente sobre uma conduta que atentou contra o ordenamento jurídico. Por esse motivo, não é possível afastar sua natureza jurídica sancionatória.

Aliás, *obter dictum*, na seara do direito germânico, as inelegibilidades decorrentes de ilícitos penais têm previsão no Código Penal Alemão (StGB – Strafgesetzbuch), assumindo inegável natureza sancionatória (efeito colateral da sentença penal condenatória)³: “§ 45. Perda da capacidade oficial de elegibilidade e direitos de voto. (1) Quem é condenado por um crime à prisão de pelo menos um ano perde por um período de cinco anos a capacidade de ocupar cargos públicos e de obter os direitos de eleições públicas.”

De outro giro, no que concerne às inelegibilidades não decorrentes de ilícitos, observa-se uma situação de incompatibilidade, a qual, por imperativo jurídico-positivo, é denominada de *inelegibilidade*, não assumindo, nesse caso, natureza sancionatória.

A propósito, no que concerne a essas últimas, ainda cumpre ponderar que podem ser afastadas por meio do instituto da *desincompatibilização*, expressão intuitivamente utilizada pelo legislador, aclarando a natureza jurídica não sancionatória das inelegibilidades não decorrentes de ilícitos.

Por seu turno, as inelegibilidades em sentido estrito (aquelas decorrentes de ilícitos) não podem ser desvencilhadas, sendo impostas de maneira cogente pelo ordenamento jurídico aos seus destinatários, revelando-se absolutas e sancionatórias, portanto.

Sendo assim, a par das considerações acima expendidas, conclui-se que as inelegibilidades têm naturezas jurídicas diversificadas, variando de acordo com a licitude do evento que lhe deu causa. Aquelas

³ Nebenfolgen - § 45 Verlust der Amtsfähigkeit, der Wählbarkeit und des Stimmrechts. (1) Wer wegen eines Verbrechens zu Freiheitsstrafe von mindestens einem Jahr verurteilt wird, verliert für die Dauer von fünf Jahren die Fähigkeit, öffentliche Ämter zu bekleiden und Rechte aus öffentlichen Wahlen zu erlangen.

decorrentes de ilícitos (penal/administrativo) têm natureza jurídica sancionatória; aquelas, não decorrentes de ilícitos, têm natureza jurídica de incompatibilidade (inelegibilidade em sentido amplo).

3 Direitos fundamentais e as inelegibilidades decorrentes de ilícitos

Os *direitos políticos* têm estatura de direito fundamental e, como tal, gravitam em torno dos atributos da dignidade da pessoa humana, situação que enleva a exponencial importância a escorreita interpretação de seus desdobramentos (RAMAYANA, 2007, p. 71).

Integrantes da primeira geração dos direitos fundamentais, abrangem, conforme Mendes, Coelho e Branco (2009, p. 779), “o direito de votar, de participar na organização da vontade estatal e no direito de ser votado”.

Tendo as inelegibilidades um poder restritivo do alcance de tal direito fundamental, toda e qualquer atividade exegética deverá levar em consideração sua natureza jurídica em cotejo com o direito fundamental ao qual se opõe.

3.1 Novas inelegibilidades: aplicação retroativa ou prospectiva?

Diante de todo esse contexto, seria possível a aplicação retroativa do art. 1º, inciso I, alínea e, da lei complementar nº 135/2011, que prescreve tipos penais ensejadores da inelegibilidade a situações não previstas na lei anterior? Poderia aplicar-se a sanção de inelegibilidade para os crimes contra o patrimônio privado praticados antes da vigência da referida lei?

Refletindo a inelegibilidade uma causa restritiva da capacidade eleitoral passiva, indiretamente, tal instituto reflete uma limitação a um direito fundamental, qual seja, aos direitos políticos, impondo-se, portanto, uma resposta negativa. Mais do que isso. Especificamente em relação às inelegibilidades decorrentes de ilícitos, assumindo elas uma natureza sancionatória, tratar-se-ia de uma frontal violação à garantia fundamental individual a irretroatividade da lei gravosa, previsto rol do art. 5º da Constituição Federal.

Tal análise se faz imperiosa na medida em que as inovações legislativas que versarem sobre limitações à capacidade eleitoral passiva deverão ser cotejadas com os direitos aos quais elas se opõem. Daí a importância de determinar-se a natureza jurídica da inelegibilidade, pois, tratando-se daquelas decorrentes de um ilícito, não poderão ser aplicadas retroativamente, dada sua natureza sancionatória.

A propósito da envergadura valorativa do princípio da irretroatividade, veja-se Mendes, Coelho e Branco (2009, p. 646):

O princípio da anterioridade e da legalidade penal consagram direito fundamental não submetido a restrição expressa. [...] Ressalvadas as questões associadas a problemas estritamente técnico-jurídicos, como aquele referente à lei temporária ou à definição do *tempus delicti*, não está o legislador autorizado a proceder a qualquer intervenção que reduza o âmbito de aplicação desse direito.

Assim, não seria dado ao legislador infraconstitucional excepcionar o princípio em questão e permitir o alcance retroativo da Lei Complementar nº 135/2010, devendo tal premissa pautar toda e qualquer atividade hermenêutica.

Outrossim, impende salientar que, apesar do art. 5º, inciso XL, da Constituição Federal, positivar a irretroatividade da lei penal decerto que o poder constituinte originário tornou expresso menos do que pretendeu. O que se busca no dispositivo em questão é a irretroatividade de qualquer lei sancionatória, e não apenas a penal, sob pena de vulnerar outros princípios inerentes ao Estado democrático de direito, como os princípios do devido processo legal substancial, da segurança jurídica, da confiança e da proporcionalidade.

No que concerne ao princípio da confiança, deve ser ponderado que, nesse caso, constitui-se em uma contraface do princípio da irretroatividade das leis sancionatórias, sendo oportuno colacionar importante reflexão proposta por Canotilho (2000, p. 86):

O homem necessita de segurança para conduzir, planificar e conformar autônoma e responsabilmente a sua vida. Por isso, desde cedo se consideravam os princípios da segurança jurídica e proteção à confiança como elementos constitutivos do Estado de Direito. Estes dois princípios – segurança jurídica

e proteção à confiança – andam estreitamente associados, a ponto de alguns autores considerarem o princípio da proteção da confiança como um subprincípio ou como uma dimensão específica da segurança jurídica. Em geral, considera-se que a segurança jurídica está conexiada com os elementos objetivos da ordem jurídica – garantia de estabilidade jurídica, segurança de orientação e realização do direito – enquanto a proteção da confiança se prende mais com as componentes subjetivas da segurança, designadamente a calculabilidade e previsibilidade dos indivíduos em relação aos efeitos jurídicos dos actos.

Ora, pautando-se as discussões na seara do direito sancionatório, não é lícito ao Estado surpreender o anuente do contrato social⁴ com sanções de alcance retroativo, o que se revelaria inconcebível em qualquer ordenamento de origem democrática e consensual.

Prosseguindo na análise *jus* fundamental, deve ser observado que ninguém será privado de seus bens ou direitos sem observância substancial do devido processo legal. Esse último deve garantir não apenas que seja observado o procedimento legalmente previsto, mas que a decisão na qual culmine seja substancial e razoavelmente justa. Para tanto, mais que uma técnica de decidir, trata-se da arte de interpretar.

Seria substancialmente justa uma interpretação que culminasse no esvaziamento do conteúdo protetivo de determinado direito fundamental?

A resposta negativa se impõe. É que deflui da concepção substancial do devido processo legal o princípio da salvaguarda do núcleo essencial, o qual limita as possibilidades de restrição a um direito fundamental de modo a admitir somente aquelas que não vulneram a essência do instituto.

⁴ Acerca do contrato social, é importante invocar os ensinamentos de Norberto Bobbio (1996, p. 64), para o qual “se a única forma de legitimação do poder político é o consenso daqueles sobre quem esse poder se exerce, na origem da sociedade civil deve ter existido um pacto, se não expresso, pelo menos tácito, entre os que deram vida a tal sociedade. Mais do que um fato histórico, o contrato é concebido como uma verdade de razão, na medida em que é um elo necessário da cadeia de raciocínios que começa com a hipótese de indivíduos”.

Sendo assim, toda e qualquer restrição a um direito fundamental somente pode ser admitida se efetivada dentro de certos limites, os quais visam garantir a intangibilidade de seu núcleo protetivo.

No mesmo desiderato, argumenta-se que a orientação valorativa consagrada no princípio da salvaguarda do núcleo essencial constitui-se também em uma implicação da doutrina do limite dos limites⁵, ou dos limites imanentes, segundo a qual as restrições aos direitos fundamentais somente legitimam-se quando realizadas de maneira limitada.

Sendo assim, admitir-se a aplicação retroativa na situação acima testilhada é infirmar a própria existência do princípio da irretroatividade gravosa das leis sancionatórias e, bem assim, dos direitos políticos como espécie de direito fundamental.

Portanto, as novas inelegibilidades previstas na Lei Complementar nº 135/2011, quando se revestirem de natureza jurídica sancionatória, não podem ser aplicadas aos fatos ocorridos antes de sua publicação, sob pena de frontal colidência com os princípios acima referidos.

Por fim, pontue-se que, quando se tratar de inelegibilidade de caráter não sancionatório, é possível a retroatividade para alcançar os efeitos dos atos jurídicos anteriores, refletindo tal permissivo na correção técnica da teoria da retroatividade média⁶. Em uma análise hipotética, se eventualmente não fosse prevista a inelegibilidade do cônjuge em qualquer preceito do ordenamento jurídico e fosse promovida uma alteração legislativa prevendo tal situação, seria possível aplicá-la para alcançar as pessoas que se casaram antes da vigência da lei.

3.2 Inelegibilidade antes do trânsito em julgado: uma questão constitucional

A Lei Complementar nº 135/2010 inovou no quadro de inelegibilidades ao admitir a possibilidade de sua incidência antes da existência de um pronunciamento judicial definitivo, quando versarem sobre as seguintes matérias previstas nas alíneas do art. 1º da LC nº 64/90:

⁵ Schranken-Schranken.

⁶ Na doutrina, encontram-se os seguintes graus de retroatividade: máxima - a lei nova ataca a coisa julgada e os fatos consumados; média - a lei nova atinge os efeitos pendentes de ato jurídico verificados antes dela; e mínima: a lei nova atinge apenas os efeitos dos atos anteriores produzidos após a data em que ela entra em vigor.

[...] d) os que tenham contra sua pessoa representação julgada procedente pela Justiça Eleitoral, em decisão transitada em julgado ou proferida por órgão colegiado, em processo de apuração de abuso do poder econômico ou político, para a eleição na qual concorrem ou tenham sido diplomados, bem como para as que se realizarem nos 8 (oito) anos seguintes;

e) 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:

h) os detentores de cargo na administração pública direta, indireta ou fundacional, que beneficiarem a si ou a terceiros, pelo abuso do poder econômico ou político, que forem condenados em decisão transitada em julgado ou proferida por órgão judicial colegiado, para a eleição na qual concorrem ou tenham sido diplomados, bem como para as que se realizarem nos 8 (oito) anos seguintes;

j) os que forem condenados, em decisão transitada em julgado ou proferida por órgão colegiado da Justiça Eleitoral, por corrupção eleitoral, por captação ilícita de sufrágio, por doação, captação ou gastos ilícitos de recursos de campanha ou por conduta vedada aos agentes públicos em campanhas eleitorais que impliquem cassação do registro ou do diploma, pelo prazo de 8 (oito) anos a contar da eleição;

l) os que forem condenados à suspensão dos direitos políticos, em decisão transitada em julgado ou proferida por órgão judicial colegiado, por ato doloso de improbidade administrativa que importe lesão ao patrimônio público e enriquecimento ilícito, desde a condenação ou o trânsito em julgado até o transcurso do prazo de 8 (oito) anos após o cumprimento da pena; [...]

A par da múltipla base fática ensejadora das inelegibilidades acima, sobressalta a existência de um denominador comum a todas elas: todas são decorrentes da existência de um ilícito (ilícito eleitoral nas alíneas *d*, *h* e *j*; ilícito penal na alínea *e*; ilícito civil-administrativo na alínea *l*).

Sendo assim, analisando-se sob o viés constitucional, seria possível a aplicação prematura da sanção de inelegibilidade antes do trânsito em julgado da decisão judicial proferida por órgão colegiado?

De início, cumpre verificar que tratamento a Constituição Federal concede ao tema da limitação dos direitos políticos para somente a partir daí verificar-se a legitimidade do texto infraconstitucional que pretende consagrar uma limitação prematura da capacidade eleitoral passiva.

Perscrutando o texto constitucional, verifica-se que ele condiciona ao trânsito em julgado da sentença penal condenatória tanto *suspensão de direitos políticos quanto perda do mandato eletivo*.

Art. 15. É vedada a cassação de direitos políticos, cuja perda ou suspensão só se dará nos casos de:

III - condenação criminal transitada em julgado, enquanto durarem seus efeitos;

Art. 55. Perderá o mandato o Deputado ou Senador:

VI - que sofrer condenação criminal em sentença transitada em julgado.

Reconhecendo a envergadura valorativa dos direitos aos quais se opõe, o poder constituinte condicionou, nos casos referidos acima, a limitação dos direitos políticos à existência do trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

Ora, se o próprio estatuto fundamental condiciona a suspensão de direitos políticos e a perda do mandato eletivo ao trânsito em julgado da sentença penal condenatória, como seria possível ao legislador infraconstitucional pretender aplicar a sanção de inelegibilidade prematuramente à decisão judicial definitiva?

Decerto que este descompasso no tratamento da matéria permite concluir pela ilegitimidade do legislador complementar para, por uma espécie legislativa de hierarquia inferior à Constituição, conceder ao tema das inelegibilidades um tratamento mais rigoroso àquele concedido à suspensão de direitos políticos e à perda de mandato eletivo.

Outrossim, cumpre reconhecer que, além de pretender limitar um direito político por mecanismo não previsto na Constituição Federal

(inexistência de trânsito em julgado), constitui-se tal medida em clara afronta ao princípio da presunção de inocência, previsto no art. 5º, LVII.

O referido dispositivo prescreve que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória. Nesse ponto, deve ser asseverado que mais que uma regra específica da processualística penal reflete a norma em comento um princípio do Estado democrático de direito, que, segundo os princípios da confiança e da segurança jurídica, estende as implicações daquele princípio a outras searas distintas do Direito Penal.

De fato, não seria possível, até mesmo racional, admitir a presunção de inocência na seara penal e infirmá-la nas searas política, administrativa, constitucional e eleitoral.

O referido princípio permeia qualquer ordenamento de origem democrática, como um instrumento limitador de excessos e abusos de origem estatal. Aliás, diga-se que a própria ideia de constitucionalismo encontra-se atrelada a essa aplicação difusa dos direitos e garantias fundamentais.

Atualmente, qualquer medida que tencione excepcionar o princípio da presunção de inocência somente se justifica dentro de um sistema de cautelaridade, como ocorre com as prisões processuais, as quais somente diante da necessidade do caso concreto poderão ser decretadas.

Nesse ponto, poderia ser arguido: admitindo-se exceções pontuais ao princípio da presunção de inocência, seria razoável admitir a limitação cautelar da liberdade de locomoção (prisão processual) e não admitir a limitação cautelar da capacidade eleitoral passiva (inelegibilidade)?

A resposta positiva se impõe. É que, especificamente em relação à prisão, esta instrumentaliza o objeto principal do *jus puniendi* estatal, ou seja, realiza-se cautelarmente em relação aos fins específicos do processo penal.

No que se refere à limitação cautelar da capacidade eleitoral passiva, ou mesmo prematura, como pretendido pela Lei Complementar nº 135/2010, tal forma de entender implica frontal colisão com o tratamento concedido em relação à suspensão de direitos políticos e à perda de mandato eletivo, situações que, conforme o texto constitucional, exigem o trânsito em julgado.

Portanto, admitindo o princípio da presunção de inocência um espaço de conformação/limitação, seria legítima a limitação cautelar da capacidade eleitoral passiva somente se estivesse prevista em dispositivo de estatura constitucional, sob pena de se violar o sistema de garantias ao qual nosso ordenamento está submetido.

Sendo assim, conclui-se pela inconstitucionalidade dos dispositivos da Lei de Inelegibilidades que preveem a aplicação prematura da sanção de restrição à capacidade eleitoral passiva antes do trânsito em julgado, uma vez que incompatível com o tratamento da matéria previsto nos artigos 15, inciso III, e 55, inciso VI, ambos da Constituição Federal, e, bem assim, ao art. 5º, inciso LVII.

4 Conclusão

A Lei Complementar nº 135/2010, fruto do movimento popular da sociedade civil organizada, pretendeu sedimentar no ordenamento jurídico sólidos mecanismos de controle da moralidade e idoneidade daqueles que pretendem ocupar mandatos eletivos.

Apesar do legítimo desiderato impulsionador de tal movimento, convém observar que os fins não podem justificar os meios, pois permitir a intervenção pontual do legislador infraconstitucional no plano dos direitos e garantias fundamentais constitui-se em perigoso precedente para, em futuras ocasiões, vulnerar outros princípios constitucionais.

A propósito, oportunas as considerações de Carvalho (2001, p. 17), segundo o qual os direitos fundamentais têm *status* de intangibilidade, inserindo-se na esfera do não decidível, sobre o qual *sequer a totalidade pode decidir*.

Por esse motivo, é imperioso que se proceda a uma leitura constitucionalizada dos dispositivos da lei complementar, reconhecendo a aplicação dos princípios fundamentais e demais mecanismos de proteção aos direitos e garantias fundamentais.

Nesse mister, antes de perscrutar o enquadramento constitucional da matéria, incumbe ao intérprete determinar a correta natureza jurídica das inelegibilidades, diferenciando-se aquelas que decorrem de eventos lícitos daquelas originárias de eventos ilícitos.

Sendo marcante o caráter sancionatório das inelegibilidades decorrentes de eventos ilícitos, imperiosa a aplicação dos princípios constitucionais protetivos dos direitos fundamentais, mormente o da segurança jurídica, confiança, irretroatividade gravosa e devido processo legal substancial.

Essa observação permite concluir que os novos tipos penais incluídos pela Lei Complementar nº 135/2010 não podem ensejar a aplicação retroativa da sanção de inelegibilidade, revelando-se inconstitucional toda e qualquer interpretação que pretenda estender preteritamente tal sanção aos crimes consumados antes vigência da referida lei complementar.

Ademais, no mesmo sentido, impende concluir pela inconstitucionalidade dos dispositivos da Lei de Inelegibilidades que determinam o reconhecimento da causa restritiva da capacidade eleitoral passiva antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

Tal previsão ofende o texto constitucional, não apenas por malferir o princípio da presunção de inocência, como também por pretender conceder um tratamento mais gravoso que o concedido pelo texto constitucional à perda de mandato eletivo e à suspensão dos direitos políticos, casos em que a lei fundamental exige o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

Por essas considerações, a par de reconhecer a envergadura valorativa do movimento que originou a Lei Complementar nº 135/2010, é preciso lembrar que a autoridade da lei fundamental deve ser preservada, não podendo ser desrespeitada sem a devida observância de suas regras, mesmo que por vontade da maioria.

A propósito, em vez de se pretender o reconhecimento prematuro de uma inelegibilidade, sem a existência de um título judicial transitado em julgado, o que se deveria buscar é conceder ao Poder Judiciário os meios necessários para promover um célere julgamento, seja aumentando o número de magistrados, seja decotando o vasto arsenal de recursos que tornam perenes as discussões nas instâncias pretorianas.

O atalhamento de tal caminho, podando garantias constitucionais e vulnerando direitos fundamentais, revela-se inconcebível aos olhos da Constituição Federal.

Referências

BOBBIO, Norberto; BOVERO, Michelangelo. *Sociedade e estado na filosofia política moderna*. 4. ed. São Paulo: Brasiliense, 1996.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. Coimbra: Almedina, 2000.

CARVALHO, Salo de. *Pena e garantias*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

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

RAMAYANA, Marcos. *Direito eleitoral*. Niterói, RJ: Ed. Impetus, 2007.

LEGISLAZIONE ELETTORALE E FORMA DI GOVERNO ITALIANA

Giuseppe de Vergottini¹

1 L'influenza della legislazione elettorale sulla forma di governo. Cenni alle scelte della Assemblea Costituente in tema di rappresentanza politica. Il proporzionale come principio caratterizzante la costituzione sostanziale

La forma di governo della Repubblica italiana è stata caratterizzata nel corso del tempo dalla debolezza e instabilità del Governo e da un problematico rapporto fra lo stesso Governo e il Parlamento. Una sicura causa delle *crisi di governabilità* del sistema politico è dovuta alle scelte che hanno condizionato la legislazione elettorale. Scopo di queste pagine è offrire una disamina di tale legislazione, della sua origine, dei suoi sviluppi e delle prospettive di riforma.

Per meglio comprendere la situazione occorre richiamare sinteticamente alcune caratteristiche delle scelte effettuate dopo il secondo conflitto mondiale da parte della Assemblea Costituente relative alla formazione delle assemblee parlamentari e codificate nella Costituzione vigente dal 1948. Tali indirizzi erano condizionati dalla volontà di rigettare la previgente esperienza autoritaria fascista, con conseguente determinazione di ricorrere a scelte allocative di poteri tali da scongiurare l'affermarsi di nuovi modelli autoritari. Non soltanto il Governo veniva configurato come sostanzialmente debole, con un Presidente del Consiglio dei Ministri che è un mero *primus inter pares*, e con la prevalenza del principio collegiale su quello monocratico per quanto concerne l'attività di governo, ma, coerentemente con quell'impostazione, si intese adottare tutte quelle precauzioni che potessero scongiurare l'affermarsi di stabili e solide maggioranze di governo.

La conseguenza era l'adozione di modelli elettorali con un'impronta marcatamente *proporzionalista* per ogni livello di governo.

¹ Professore emerito di Diritto Costituzionale, Università di Bologna.

In quella fase storica, infatti, non solo le leggi per l'elezione della Camera dei Deputati e del Senato della Repubblica sono improntate ad un sistema elettorale *proporzionale puro*, ma anche quelle per l'elezione dei Consigli comunali e provinciali, nonché quella per l'elezione dei Consigli regionali, per le Regioni di diritto comune, quando inizieranno ad operare negli anni '70. Le stesse Regioni a statuto speciale si doteranno in quella fase di leggi elettorali proporzionali pure.

Occorre anche sottolineare che per quanto riguarda la legislazione elettorale, la Costituzione non contiene una esplicita opzione a favore della formula proporzionale o maggioritaria, anche se fu chiaro l'orientamento nettamente favorevole al proporzionale, recepito in un apposito ordine del giorno alla Assemblea Costituente. La legge elettorale per la stessa assemblea (d.lg.lt. 10 marzo 1946, n. 74) era basata sulla formula proporzionale, e ispirata al t.u. n. 1495/1919, antecedente alla fase costituzionale del fascismo. Nonostante il silenzio della Costituzione, secondo un'opinione radicata, il *principio proporzionale* si sarebbe rivelato come uno dei cardini dell'ordinamento repubblicano e in effetti per circa mezzo secolo la legislazione elettorale per il Parlamento nazionale, per le assemblee degli enti territoriali e per il Parlamento europeo è stata basata sul proporzionale.

Il Parlamento italiano è bicamerale essendo formato da due assemblee: Camera dei Deputati e Senato della Repubblica (art. 55, 1° c.). Esse sono formate tramite appositi procedimenti e utilizzando specifici sistemi elettorali. Mentre l'individuazione dei seggi e le caratteristiche dell'elettorato attivo e passivo, sono sinteticamente enunciate in Costituzione (artt. 56, 57, 58), altrettanto non è per la individuazione del sistema elettorale che è stato lasciato alla legge ordinaria che potrebbe quindi mutare senza le complicazioni procedurali proprie della legislazione di revisione costituzionale. Considerata la volontà dei costituenti di affidare a Camera e Senato identici poteri legislativi e di controllo politico (c.d. *bicameralismo perfetto*), un tentativo di differenziazione delle due assemblee è stato fatto con riferimento alla loro composizione.

L'età minima per essere eleggibili a deputati e senatori è rispettivamente di venticinque e quaranta anni. Il numero dei deputati è doppio di quello dei senatori, rispettivamente 630 e 315 (artt. 56, 2° e 3° c., 57, 2° c., 58, 2° c., come modificato dalla l. cost. 9 febbraio 1963, n. 2)

dovendosi tuttavia aggiungere a questi ultimi i senatori a vita di nomina presidenziale (art. 59, 2° c.).

Comuni alle due assemblee sono i principi relativi all'elettorato attivo e passivo. La Costituzione afferma che deputati e senatori sono eletti a suffragio universale e diretto (art. 56, 1° c. e art. 58, 1° c. dopo la l. cost. 1/1963); la capacità di votare (elettorato attivo) spetta per la Camera a chiunque abbia raggiunto la maggiore età (diciotto anni: l. 8 marzo 1975, n. 39) e per il Senato a chi abbia superato i venticinque anni (art. 58, 1° c.).

Simile è il regime delle cause di ineleggibilità e incompatibilità. Le prime (previste nel t.u. 30 marzo 1957, n. 361) non limitano il diritto di elettorato passivo, ma lo sottopongono alla condizione sospensiva del possesso di taluni *status* o rapporti giuridici. Cosicché la rinuncia allo *status* o al rapporto giuridico fa venir meno la causa di ineleggibilità, mentre il loro perdurare rende nulla la eventuale elezione. Al contrario le cause di incompatibilità non inficiano la elezione, ma limitano il diritto di rivestire contemporaneamente a più di un pubblico ufficio elettivo, obbligando chi si trovasse nella condizione di ricoprire incarichi incompatibili di optare per uno dei due rinunciando all'altro. Alcune cause di incompatibilità sono direttamente stabilite dalla Costituzione (artt. 65, 84, 104, 135), altre sono previste da norme di legge.

2 Il procedimento elettorale

I *procedimenti elettorali* (attualmente regolati da d.p.r. 30 marzo 1957, n. 361, d.lg. 20 dicembre 1993, n. 533 e l. 21 dicembre 2005, n. 270) vengono abitualmente distinti in *fasi*: di iniziativa, preparatoria, di votazione, di scrutinio e proclamazione degli eletti.

L'inizio del procedimento è dato da delibere governative seguite da decreti del Presidente della Repubblica (c.d. convocazione dei comizi elettorali) da pubblicarsi almeno quarantacinque giorni prima della votazione (art. 87, 3° c. Cost. e d.p.r. 30 marzo 1957, n. 361, art. 11 per la Camera dei deputati e d.lg. 20 dicembre 1993, n. 533 art. 4, 1° c. per il Senato).

Segue il *procedimento elettorale preparatorio* con la costituzione degli uffici elettorali (d.p.r. 361/1957, artt. 12 e 13; d.lg. 533/1993, artt. 6 e 7),

il deposito dei contrassegni dei partiti presso il Ministero dell'interno e la presentazione delle candidature nei collegi uninominali e delle liste di candidati contraddistinte dai contrassegni (d.p.r. 361/1957, artt. 14 ss.; d.lg. 533/1993, artt. 8 ss.). Seguono ancora la campagna elettorale (l. 10 dicembre 1993, n. 515, l. 22 febbraio 2000, n. 28), la costituzione dei seggi e le operazioni di voto (d.p.r. 361/1957; artt. 34 ss.).

Per quanto riguarda la campagna elettorale vanno richiamate le disposizioni circa la parità di trattamento, completezza ed imparzialità della informazione e circa il divieto di diffondere sondaggi di opinione. La Commissione bicamerale di indirizzo e vigilanza sui servizi radiotelevisivi, per il servizio pubblico, e l'Autorità per la garanzia nelle comunicazioni, per le emittenti private e per le aziende editoriali, hanno rilevanti compiti di vigilanza in materia. Una serie di limiti è prevista per quanto riguarda le spese elettorali dei candidati e dei partiti e movimenti e gli obblighi di rendicontazione. La vigilanza al riguardo è attribuita a appositi collegi di garanzia istituiti presso la Corte d'Appello, per i candidati alle camere, e a un apposito collegio presso la Corte dei Conti, per i partiti e movimenti politici.

Nella *fase della votazione* hanno particolare importanza i principi di personalità, eguaglianza, libertà e segretezza del voto (art. 48, 2° c.).

La personalità esclude il voto per procura. In casi gravissimi di impedimento fisico è consentito l'«accompagnatore» (art. 23, d.p.r. 361/1957). L'eguaglianza implica il pari peso da attribuire al voto di ogni elettore (non sarebbe quindi concepibile né attribuire maggiore valore al voto di alcune categorie di elettori, né consentire di ripetere il voto allo stesso elettore in più circoscrizioni). La libertà e la segretezza comportano modalità di espressione del voto tali da evitare condizionamenti, ossia in cabina e tramite schede compilate in modo tale da impedire la riconoscibilità del votante (artt. 55, 1° c., 58 ss., 70, 1° c. del d.p.r. 361/1957). La l. 27 dicembre 2001, n. 459 disciplina il voto per corrispondenza per i cittadini italiani residenti all'estero (art. 1).

Nella *fase dello scrutinio* in ogni seggio al termine delle operazioni di voto si svolge l'esame delle schede, con dichiarazione dei risultati e invio del materiale risultante agli uffici elettorali. Presso gli uffici vengono operate ulteriori verifiche e si provvede alla proclamazione degli eletti (d.p.r. 361/1957, artt. 77 ss.; d.lg. 533/1993, artt. 15 ss.).

3 La formula elettorale e le varianti del proporzionale e del maggioritario

L'insieme delle regole che consentono di trasformare i voti espressi dagli elettori in seggi da assegnarsi ai candidati rientra nel concetto di sistema elettorale. Più puntualmente, gli esperti riducono tale congegno al concetto di *formula elettorale*, mentre nel concetto di *sistema elettorale* fanno rientrare altresì il disegno delle circoscrizioni, l'esistenza del voto di preferenza, la disciplina della campagna elettorale e della informazione agli elettori, il finanziamento ai partecipanti alla campagna.

La formula elettorale riguarda le varianti del maggioritario e del proporzionale. Le formule maggioritarie comportano raramente l'assegnazione del seggio a chi ottenga la maggioranza assoluta dei suffragi (*majority*) e di regola quella relativa (*plurality*); quella proporzionale comporta l'assegnazione sulla base di una certa proporzionalità rispetto ai voti espressi. Nella formula maggioritaria si opera di regola in circoscrizioni *uninominali*, in quanto può essere eletto un solo candidato che ha riportato più voti. Rare le formule maggioritarie plurinominali.

In quella proporzionale si opera in circoscrizioni *plurinomiali*, in cui vengono eletti contemporaneamente più candidati. E, infatti, il sistema proporzionale è connaturale al cosiddetto scrutinio di lista. Mentre nei sistemi maggioritari risultano eletti i candidati cui gli elettori attribuiscono il maggior numero di voti, nei sistemi proporzionali occorre effettuare talune operazioni.

Si tiene conto dei voti validamente espressi (*cifra elettorale*); la cifra viene divisa per il numero dei seggi disponibile, ottenendo il *quoziente elettorale*; si determina la cifra elettorale di lista individuando il numero dei voti ottenuti da ogni lista; si verifica quante volte il quoziente elettorale si rapporta alla cifra elettorale di lista; possono essere variamente utilizzati i resti, cioè i voti non utili per l'assegnazione dei seggi. La determinazione del quoziente, il rapporto quoziente-lista, l'utilizzo dei resti avvengono secondo criteri che possono variare da legislazione a legislazione e hanno differenti conseguenze sull'operare della copertura dei seggi e quindi sulla formazione delle maggioranze e della forma di governo.

4 La successione storica della legislazione elettorale

Nel secondo dopoguerra, a livello statale, si registra la vigenza di tre diverse legislazioni elettorali, corrispondenti a differenti sistemi elettorali, vale a dire, il sistema proporzionale puro, entrato in vigore nel 1948 e rimasto in vigore fino al 1993, modificato sulla scia dei noti *referendum* elettorali del 1991 e del 1993, le leggi 276 e 277 del 1993, che hanno introdotto un sistema misto, maggioritario e proporzionale, rimasto in vigore dal 1993 al 2005, e la tuttora vigente legge 270 del 2005, che ha dato vita ad un sistema elettorale proporzionale corretto da premio di maggioranza e clausola di sbarramento.

Come si è ricordato la Costituzione non contiene una esplicita opzione a favore dell'una o dell'altra formula, anche se fu chiaro l'orientamento favorevole al proporzionale, recepito in un apposito ordine del giorno alla Costituente. La legge elettorale per l'Assemblea Costituente (d.lg.lt. 10 marzo 1946, n. 74) era basata sulla formula proporzionale, e ispirata al t.u. n. 1495/1919, antecedente alla fase costituzionale del fascismo. Secondo un'opinione radicata, il principio proporzionale sarebbe stato uno dei dati caratterizzanti l'ordinamento repubblicano e in effetti per circa mezzo secolo la legislazione elettorale per il Parlamento nazionale, per le assemblee degli enti territoriali e per il Parlamento europeo è stata basata sul proporzionale.

Esistono numerosi argomenti diretti a dimostrare la migliore adeguatezza dell'una o dell'altra formula alle esigenze delle democrazie contemporanee. Chi è favorevole al proporzionale sottolinea la democraticità della formula in quanto l'assemblea è tendenzialmente rispondente nella sua composizione all'effettivo rapporto di forze politiche presenti nella società civile. Chi propende per il maggioritario sottolinea che tale formula è in grado di assicurare la governabilità, in quanto la semplificazione del gioco politico parlamentare conseguente alla riduzione della frammentazione partitica provoca una maggiore responsabilizzazione della maggioranza e della opposizione, maggiore efficacia decisionale e stabilità governativa.

5 La legislazione elettorale statale in Italia dal 1948 al 1993: il prevalere del proporzionale

L'opzione legislativa elettorale del 1948 è *proporzionale pura*, decisamente sbilanciata a favore della rappresentanza di qualunque espressione politica presente nel Paese. L'Italia viene divisa in trentadue circoscrizioni elettorali plurinominali, ove dunque possono essere eletti una pluralità di candidati. All'interno di queste vengono calcolati i voti ricevuti dalle liste di partito, e le preferenze ricevute dai candidati (ogni elettore poteva esprimere fino a quattro preferenze), su due livelli, circoscrizionale e nazionale.

La distribuzione dei seggi avviene secondo metodi statistici tendenzialmente favorevoli alle liste meno votate.

Per la Camera dei Deputati (d.p.r. 30 marzo 1957, n.361), è adottato il sistema proporzionale, con la formula dei resti più alti, dunque, l'elettore poteva votare il partito ed esprimere una o più preferenze (mai più di quattro) per indicare i candidati. Le clausole di esclusione erano alquanto accessibili: per la ripartizione occorreva ottenere un minimo di trecentomila voti su scala nazionale e "fare il quorum" almeno in una circoscrizione, ossia raggiungere il quoziente pieno in una circoscrizione (circa sessantacinquemila voti). L'attribuzione dei seggi avveniva secondo il seguente meccanismo: i voti validamente espressi erano suddivisi per il numero dei seggi più due. Dopo aver eseguito il conteggio, si ottenevano i risultati. Tuttavia, alla fine del computo, rimanevano dei voti "inutilizzati", i cosiddetti resti, i quali erano sommati e combinati per ogni partito, e infine venivano destinati al Collegio Unico Nazionale, dal quale secondo un nuovo calcolo su base proporzionale, erano assegnati i seggi vacanti.

Il sistema elettorale del Senato (l. 6 febbraio 1948, n. 29) si differenziava da quello della Camera per tre fattori, di cui uno assolutamente formale. Si tratta di un sistema ad elezione su base regionale e non già circoscrizionale, ai sensi dell'art. 57 Cost.; in questo caso la distribuzione dei seggi avveniva secondo metodi statistici maggiormente favorevoli ai partiti più votati; in teoria esisteva un quorum che caratterizza formalmente questo modello come un sistema maggioritario.

Il quorum scattava unicamente quando una lista ottenesse il 65% dei voti validamente espressi a livello regionale. In ragione della sostanziale impossibilità di ottenere un così alto quorum, tale sistema ha operato sostanzialmente come un sistema proporzionale, con una lieve correzione a favore delle liste più votate.

Quanto alla concreta ripartizione dei seggi, al Senato operava la c.d. formula d'Hondt. Attraverso questo metodo diventavano senatori i candidati con quoziente individuale più alto nei rispettivi collegi uninominali. Tuttavia, i 315 seggi al Senato venivano distribuiti su 237 collegi, con un sistema proporzionale. Venivano a crearsi, perciò, situazioni paradossali, nelle quali un collegio era rappresentato da più senatori, mentre altri collegi non avevano rappresentanti.

Storicamente questo sistema nasce dall'esigenza di propiziare una riconciliazione nazionale dopo le due guerre mondiali ed il fascismo, garantendo la rappresentanza di tutte le tendenze politiche e culturali in Parlamento. Ma il proporzionale puro non garantiva governabilità e stabilità per gli esecutivi, e già degli anni cinquanta la l. 31 marzo 1953, n. 148 tentò di introdurre una correzione introducendo un premio di maggioranza a favore della coalizione che avesse raggiunto il 50% dei voti validamente espressi. Il che non avvenne e la legge fu successivamente abrogata.

6 Il progressivo abbandono del proporzionale puro nella legislazione riguardante gli enti locali

Il proporzionale ha garantito un'effettiva rappresentanza ma ha dato vita ad un sistema politico sostanzialmente bloccato al centro, con una sostanziale stabilità delle coalizioni succedutesi alla guida del Paese ma con una accentuata instabilità degli esecutivi. I gabinetti ministeriali risultavano condizionati dalle istanze dei piccoli partiti, che assicuravano la maggioranza al Governo, ma che detenevano un forte potere di ricatto.

Così, soprattutto dagli anni '90 del secolo passato inizia ad affermarsi un movimento di forte critica nei confronti di quel sistema politico e partitico, e dunque nei confronti del modello proporzionale che ad ogni livello di governo aveva incentivato l'affermarsi di logiche consociative. Tali critiche portarono a modificare la legislazione elettorale

a livello locale. Occorre quindi ricordare brevemente le modifiche intervenute alla legislazione elettorale per Comuni, Province e Regioni.

Per i Comuni e le Province la legge 25 marzo 1993, n. 81 razionalizza la forma di governo e modifica i principi di fondo del sistema elettorale.

Si introduce l'elezione diretta del vertice dell'esecutivo, Sindaco o Presidente di Provincia, producendo un effetto di bipolarizzazione del sistema politico e partitico. Si prevede l'elezione contestuale del Consiglio comunale o provinciale, con sistema proporzionale ma con premio di maggioranza a favore della coalizione che ha sostenuto il candidato Sindaco o Presidente risultato eletto e clausola di sbarramento per le formazioni non coalizzate che non raggiungono una data percentuale di voti. Si prevede la possibilità per il Sindaco ed il Presidente eletto direttamente di nominare e revocare liberamente gli altri componenti della Giunta, che divengono dunque suoi fiduciari e non saranno più in balia delle correnti consiliari, secondo i meccanismi imperanti in contesti parlamentari a tendenza assembleare. Si prevede, infine, la regola del *simul stabunt simul cadent*, stanno assieme e cadono insieme, in forza della quale, in ragione del carattere parlamentare della forma di governo, il Consiglio può sfiduciare il Sindaco od il Presidente, ma deve rendere conto del suo operato al corpo elettorale, cosicché, il Sindaco ed il Presidente saranno tenuti alle dimissioni, ma lo stesso Consiglio verrà sciolto anticipatamente e si perverrà a nuove elezioni contestuali dell'uno e dell'altro organo di governo.

Questo semplice meccanismo ha dimostrato in maniera chiara come la razionalizzazione della forma di governo può sicuramente transitare per la modifica del sistema elettorale e dunque per l'adozione di formule e meccanismi elettorali che siano variamente volti a *bipolarizzare* il sistema politico-partitico.

Le scelte del legislatore si sono dimostrate efficaci per assicurare la governabilità degli enti locali. E ciò conferma che la razionalizzazione della forma di governo deve necessariamente transitare per correttivi politici ed istituzionali, dunque per il sistema elettorale, ma anche per quello di governo, non potendo mancare né l'uno, né l'altro, pena l'insuccesso di ogni tentativo razionalizzatorio.

Qualche anno dopo anche per le Regioni a Statuto ordinario è stato adottato un modello analogo a quello comunale e provinciale, con l'unica differenza che si tratta di un sistema a turno unico e non già a doppio turno. Modello che fu introdotto per le Regioni a Statuto ordinario dalla legge costituzionale 22 novembre 1999 n. 1, a titolo di disciplina transitoria, e, dopo alcune resistenze regionali, fu poi fatto proprio da tutte le Regioni ordinarie in sede di adozione dei nuovi Statuti di autonomia. Analogo meccanismo fu introdotto per le Regioni a Statuto speciale dalla legge costituzionale 31 gennaio 2001 n. 2.

7 Il parziale abbandono del proporzionale a livello statale. Le leggi nn. 276 e 277 del 4 agosto 1993 e il sistema in vigore dal 1993 al 2005

Negli anni novanta anche a livello statale sono stati operati interventi sulla legge elettorale ma, in questo caso, non accompagnati da modifiche della forma di governo disciplinata da norme di rango costituzionale e da prassi e consuetudini costituzionali, difficilmente modificabili.

Il 18 aprile 1993 un *referendum* abrogativo della legge elettorale del Senato, inteso ad eliminare la condizione per cui il candidato nel collegio uninominale dovesse riportare almeno il 65% dei suffragi per essere eletto, trasformò in senso maggioritario la legislazione e il successo fu interpretato come indirizzo generale del corpo elettorale diretto a rimuovere il principio proporzionale sostituendolo col maggioritario. E tale esito ha aperto la strada alla riforma per via parlamentare delle leggi per l'elezione di Camera e Senato (leggi 4 agosto 1993, nn. 276 e 277).

Il nuovo sistema elettorale "misto", prevalentemente maggioritario ed in percentuale inferiore proporzionale, è in realtà l'effetto diretto di due eventi storici di grande importanza, seppur il secondo di rilevanza solo nazionale, vale a dire, il crollo del comunismo internazionale nel 1989 e le inchieste giudiziarie ("mani pulite") iniziate nel 1992, che hanno sostanzialmente cancellato il precedente sistema di partiti in Italia.

Il primo evento ha assicurato il superamento della tradizionale e storica contrapposizione tra comunisti ed anticomunisti; il secondo ha determinato la scomparsa di alcuni importanti partiti tradizionali,

la Democrazia Cristiana e il Partito Socialista, travolti dalle inchieste giudiziarie, prima ancora che dalle pronunce definitive dei tribunali. Il passaggio dal proporzionale al maggioritario rappresentò, peraltro, una fase cruciale per l'Italia e nel gergo giornalistico (del tutto improprio) fu evidenziato come passaggio dalla "Prima" alla "Seconda" Repubblica.

Tecnicamente la nuova legge prevedeva l'assegnazione dei due terzi dei seggi (475 su 630) alla Camera dei Deputati attraverso collegi uninominali, all'unico candidato che nel collegio ottenesse la maggioranza relativa dei voti validamente espressi.

I rimanenti 155 seggi venivano distribuiti con un complesso sistema proporzionale al quale erano aggiunti due correttivi: una soglia di sbarramento per i partiti che non raggiungano il 4% dei consensi a livello nazionale e un complicato meccanismo, c.d. scorporo, che favorisce sostanzialmente nel riparto proporzionale i partiti che avessero conseguito un minor numero di voti nei collegi uninominali, ottenendo un minor numero di seggi.

Per il Senato della Repubblica, invece, la formula adottata era più diretta e di conseguenza meno complessa. Il candidato, in primo luogo, poteva presentarsi nei collegi uninominali anche senza l'appoggio di un partito. Il 75% dei seggi veniva assegnato con le elezioni nei collegi uninominali, mentre il restante 25% su base proporzionale, ove venivano sottratti i voti necessari all'elezione nei collegi uninominali prima di pervenire alla distribuzione dei seggi.

8 Critiche alla nuova legislazione

Nonostante le tante aspettative che un tale sistema elettorale aveva ingenerato, ci si rese ben presto conto del fatto che non solo non era in grado di assicurare la tanto agognata stabilità degli esecutivi, ma non era nemmeno in grado di assicurare una bipolarizzazione del sistema politico che potesse definirsi realmente tale.

La nuova legislazione garantì la nascita di due diverse coalizioni, che non si mostrarono affatto coese, in ragione della convivenza in quel sistema elettorale di due logiche in contrasto tra loro, quella maggioritaria e quella proporzionale. Mentre la prima tipologia spinge

all'aggregazione delle forze, produce dunque una forza centripeta, la logica sottesa al modello proporzionale produce spinte centrifughe all'interno delle medesime coalizioni, tali da eliminare gli effetti positivi del maggioritario, soprattutto nella evenienza in cui il proporzionale sia accompagnato dalla possibilità di esprimere una o più preferenze, ciò che determina una "contesa" interna alla coalizione.

In sintesi, come quasi tutti i sistemi misti, anche questo si è rivelato di scarsa efficacia. Storicamente venne adottato per rispondere alle esigenze della "rivoluzione di mani pulite" e delle spinte populiste contro il sistema dei partiti, ma nel contempo per imbrigliarle e contenerle. In concreto si è agevolata la nascita di piccoli partiti che possono risultare decisivi nei collegi uninominali, dove pochi voti possono spostare un esito elettorale, e che mantengono ed accentuano visibilità politica grazie al recupero proporzionale ed al meccanismo dello scorporo.

Tale sistema misto, maggioritario, con recupero proporzionale, ha dunque prodotto paradossalmente un effetto non voluto di ulteriore frammentazione del sistema partitico, in forza della convivenza in quel sistema di due logiche opposte, quella maggioritaria e quella proporzionale, della visibilità conservata da parte dei piccoli partiti, grazie al sistema proporzionale, e del potere di ricatto che tali piccoli partiti conservano nella vittoria nel collegio uninominale.

9 L'attuale sistema elettorale per le elezioni politiche in Italia. La legge 21 dicembre 2005, n. 270

La successiva legge 21 dicembre 2005 n. 270, introduce un sistema elettorale proporzionale con un premio di maggioranza, a favore delle coalizioni e non già dei partiti, e clausola di sbarramento.

L'impianto è quello di un sistema proporzionale puro. L'Italia viene divisa in 27 circoscrizioni plurinominali, la novità è data dall'opportunità diretta che questo sistema offre per favorire la formazione di coalizioni tra partiti. Infatti, più liste possono collegarsi in una coalizione che deve sottoscrivere un programma comune — depositato in anticipo — e proporre un *capo coalizione*, non certo un candidato alla presidenza del Consiglio dei Ministri, posto che tale nomina secondo la Costituzione

spetta pur sempre al Presidente della Repubblica, che, a sua volta dovrà tenere conto delle dinamiche parlamentari.

La coalizione che ottiene il maggior numero di voti a livello nazionale riceve automaticamente un *premio* che le assicura la maggioranza dei seggi alla Camera dei Deputati. Non sono ammesse le preferenze poiché si vota su liste bloccate.

Il premio di maggioranza non dipende dal raggiungimento di un *quorum*, ma semplicemente dal miglior risultato ottenuto da una delle coalizioni in campo (purché superi il 10% dei suffragi).

Tecnicamente al Senato la differenza consiste solo nel calcolo su base regionale dei voti ottenuti, in ragione del vincolo derivante dall'art. 57 Cost. Per il Senato della Repubblica dunque è stato prescelto un meccanismo che poggia su un premio di maggioranza assegnato su base regionale (e non nazionale). Le circoscrizioni per il Senato sono quindi le Regioni in cui si concretizza il confronto elettorale. Va, comunque, evidenziato che Valle d'Aosta, Trentino Alto Adige e Molise hanno mantenuto i collegi uninominali, individuati dalla riforma del 1993. Nelle altre circoscrizioni, invece, sono previsti dei premi alle coalizioni vincenti.

Esistono anche delle soglie di sbarramento. Una coalizione per poter ottenere seggi deve ottenere almeno il 10% dei voti; un singolo partito non collegato ad una coalizione deve ottenere il 4%, mentre un partito collegato deve ottenere il 2%. È prevista, tuttavia, anche la "clausola del miglior perdente" che garantisce l'ingresso in Parlamento al primo dei partiti che non ha superato la soglia di sbarramento e che comunque ha contribuito al successo della coalizione.

Nella legge in vigore, inoltre, è stata abolita la possibilità di esprimere una preferenza da parte dell'elettore. Per tale ragione, dunque, si parla di "liste bloccate": sulla scheda bisogna apporre la croce sul simbolo del partito o della coalizione senza poter votare un candidato. Le candidature, infatti, sono decise dai partiti, che indicano anche la posizione (e di conseguenza la possibilità di elezione) dei singoli candidati in lista.

10 Osservazioni, critiche e proposte di riforma e abrogazione della vigente legge elettorale

La legge del 2005, quindi, propone un indirizzo marcatamente proporzionale, ma con l'intento di costituire coalizioni e proseguire nel percorso del bipolarismo.

Storicamente tale legge nasce per favorire la tendenza leaderistica sorta negli ultimi anni nella politica italiana (con la designazione formale di un capo coalizione e la non ammissibilità del voto di preferenza), onde rendere praticabile l'alleanza tra forze politiche perlomeno affini. Tale sistema elettorale non ha determinato ma ha accompagnato i processi politici che hanno condotto alla nascita di un unico partito nel centro-sinistra e di un unico partito nel centro-destra. La frammentazione politica è stata così indubbiamente ridotta, anche se questo obiettivo poteva essere raggiunto senza le forzature che questo sistema introduce, dando vita tuttavia, ancora una volta a coalizioni che si sono rivelate assai poco coese ed omogenee.

La osservazione critica più significativa si riferisce al fatto che da un lato la legge ha consentito il consolidarsi della bipolarizzazione, ma, dall'altro le due coalizioni formati si sono rivelate insanabilmente deboli. Poco coese e poco governabili. E infatti, a causa della conflittualità interna, la maggioranza di centro-sinistra vittoriosa alle elezioni del 9 e 10 aprile 2006 si è dissolta dopo soli due anni, aprendo la strada allo scioglimento anticipato delle Camere ed a nuove elezioni. Dalle elezioni politiche del 13 e 14 aprile 2008 vinte dalla coalizione di centro-destra pareva emergere una più marcata bipolarizzazione del sistema politico. Tuttavia, anche in questo caso, pochi anni dopo le elezioni, entrambe le coalizioni hanno evidenziato di essere troppo eterogenee, e quella vincente non si è dimostrata in grado di sostenere un forte ruolo del Governo, con continue minacce di crisi. Tali esiti non hanno dunque mancato di sollevare serie perplessità sull'opportunità di continuare ad eleggere Camera e Senato con tale legge elettorale; sono stati messi in luce i difetti di tale sistema e sono state avanzate diverse iniziative di riforma finanche in chiave referendaria.

I critici di tale legge ravvisano il principale difetto nella presenza di liste bloccate, che toglierebbe agli elettori la possibilità di scegliere i candidati, demandando invece tali scelte alle segreterie dei partiti,

rafforzando negli stessi partiti il potere di "ricatto" delle oligarchie nei confronti dei candidati.

Si è inoltre notato che la diversa distribuzione del premio di maggioranza, alla Camera su base nazionale ed al Senato su base regionale, determina il rischio di maggioranze diverse tra Camera e Senato, dove, in realtà, il difetto non sta nella legge elettorale, ma nell'anomalia unica al mondo del bicameralismo perfetto, che rischia di determinare situazioni di stallo difficilmente superabili.

Forse il vero grande difetto di tale legge consiste nel fatto che non viene fissata una soglia minima per il conseguimento del premio di maggioranza. Il che potrebbe in astratto provocare due diversi e contrapposti problemi: o il premio viene concesso a coalizioni di scarsa consistenza in un contesto di alta frammentazione e di scarso ricorso a coalizioni, oppure, al solo scopo di ottenere il premio di maggioranza; inoltre si dà vita ad ampie ed eterogenee coalizioni che, una volta vittoriose, evidenziano di non essere in grado di governare.

Il dibattito sull'argomento è in Italia particolarmente vivace e da più parti si propone una modifica dell'attuale legislazione. I propositi più condivisi mirano a sottrarre ai partiti il potere di imporre agli elettori liste complete di candidati, senza che gli stessi possano avere possibilità di scelta tramite voto di preferenza, e a rivedere il meccanismo del premio di maggioranza.

11 Conclusioni

Conclusivamente, possiamo notare come la Repubblica italiana non sia stata in grado di adeguare allo stesso tempo la legislazione elettorale e quella sulla forma di governo. La aspettativa di ottenere la governabilità del sistema incidendo soltanto sulla legge elettorale non ha avuto successo. L'introduzione di un correttivo maggioritario ha portato a un apparente semplificazione del sistema politico ottenendo una bipolarizzazione attraverso la formazione di due contrapposte coalizioni parlamentari, una di maggioranza e una di opposizione. Questo ha portato come risultato che il capo della coalizione vincente è inevitabilmente nominato dal Presidente della Repubblica come Presidente del Consiglio, cioè capo dell'esecutivo, ai sensi della attuale Costituzione. Ma tale

positivo risultato avrebbe dovuto essere completato con una profonda revisione costituzionale che assegnasse al capo dell'esecutivo incisivi poteri di indirizzo e decisione in modo da potere svolgere con efficacia e successo il suo ruolo. Così non è stato e l'attuale Presidente del Consiglio non ha quei poteri di nomina e revoca dei ministri e di decisione politica che sono necessari per assicurare la governabilità. Di conseguenza si è giunti al paradosso di avere ottenuto la bipolarizzazione, ma una bipolarizzazione in cui il polo governativo è condannato alla inefficienza per insufficienza di potere di governo.

Ben diversamente, invece, ci si è comportati per il governo delle Regioni, delle Province e dei Comuni dove il maggioritario si è opportunamente accoppiato al riconoscimento di un ruolo forte del vertice dell'esecutivo, in quanto sono stati assegnati ai vertici degli enti autonomi effettivi poteri di governo.

Appendice bibliografica

AMATO, G. *Le forme di governo*. Bologna, 2006.

BALDINI, G., Pappalardo A. *Sistemi elettorali e partiti nelle democrazie contemporanee*. Roma-Bari, 2004.

BARBERA, A.; BONFIGLIO, S.; CECCANTI, S. *La seconda volta del maggioritario: la transizione in Italia prima e dopo il 21 aprile*. Roma, 1996.

CECCANTI, S. *La forma di governo parlamentare in trasformazione*. Bologna, 1997.

CHIARAMONTE, A. *Tra maggioritario e proporzionale: l'universo dei sistemi elettorali misti*. Bologna, 2005.

D'ALIMONTE, R.; BARTOLINI, S. (a cura di) *Il maggioritario regionale: le elezioni del 16 aprile 2000*. Bologna, 2000.

_____. *Maggioritario finalmente?: la transizione elettorale 1994-2001*. Bologna, 2002.

_____. *Maggioritario ma non troppo: le elezioni politiche del 1994*. Bologna, 1995.

_____. *Maggioritario per caso: le elezioni politiche del 1996*. Bologna, 1997.

_____. (a cura di) *Proporzionale ma non solo: le elezioni politiche del 2006*. Bologna, 2007.

D'ALIMONTE, R.; FUSARO, C. (a cura di) *La legislazione elettorale italiana: come migliora e perché*. Bologna, 2008.

D'ALIMONTE, R.; CHIARAMONTE, A. (a cura di) *Proporzionale se vi pare: le elezioni politiche del 2008*. Bologna, 2010

FISICHELLA, D. *Elezioni e democrazia: un'analisi comparata*. Bologna, 1982.

_____. *Sviluppo democratico e sistemi elettorali*. Firenze, 1970.

FUSARO, C. *Le regole della transizione: la nuova legislazione elettorale italiana*. Bologna, 1995.

PASQUINO, G. *I sistemi elettorali*. Bologna, 2006.

PIRETTI, M.S. *La fabbrica del voto: come funzionano i sistemi elettorali*. Roma-Bari, 1998.

SARTORI, G. *Ingegneria costituzionale comparata*. Bologna, 2004.

VOLPI, M. *Sistema elettorale tedesco e riforma elettorale in Italia*. In: *Diritto pubblico comparato ed europeo*. 2001.

VOLPI, M.; OLIVIERO, M. *Sistemi elettorali e democrazie*. Torino, 2007.

IL CASO RUIZ ZAMBRANO TRA CITTADINANZA EUROPEA, DISCRIMINAZIONI A ROVESCIO E NUOVE POSSIBILITÀ DI APPLICAZIONE DELLA CARTA DEI DIRITTI FONDAMENTALI DELL'UNIONE

Fausto Vecchio¹

Con la sentenza C – 34/09 del 8 marzo 2011 la Grande sezione della Corte di giustizia è intervenuta per statuire su alcune questioni pregiudiziali che implicavano chiarimenti relativi all'estensione dei diritti connessi alla cittadinanza europea, alle possibilità di intervento del giudice europeo in materia di discriminazioni a rovescio e alle relazioni intercorrenti tra diritti fondamentali ed esercizio delle libertà economiche.

La vicenda giudiziaria in questione prende lo spunto dai due ricorsi presentati da un lavoratore colombiano avverso le decisioni con cui l'*Office national de l'emploi*, senza tenere in considerazione l'avvenuto versamento dei contributi previdenziali, gli ha negato il riconoscimento dell'indennità di disoccupazione a causa della mancanza di un permesso di lavoro. Secondo il ragionamento giuridico che accomuna i due ricorsi, il signor Ruiz Zambrano, a prescindere dall'assenza di un regolare permesso di lavoro (sostanzialmente motivata sulla base dell'illegittimità della sua permanenza in territorio belga), tra l'ottobre 2000 e l'ottobre 2006 avrebbe comunque maturato i requisiti richiesti dal regio decreto 25 novembre 1991 per ottenere i sussidi statali. In particolare, l'attore, sulla base della circostanza per cui il suo secondogenito e la sua terzogenita hanno acquisito la cittadinanza belga e la correlativa cittadinanza comunitaria, si richiama alle previsioni del Trattato sulla Comunità europea (e alla giurisprudenza europea rilevante in materia) e ritiene che, malgrado il rispetto delle norme nazionali sull'immigrazione e sul lavoro sia considerato come condizione per l'ottenimento dell'indennità di disoccupazione, in virtù delle disposizioni sovranazionali gli spetti sia la

¹ Assistant professor presso l'Università di Enna.

regolarizzazione della sua situazione di soggiorno, sia il riconoscimento del sussidio negato.

A fronte di un cittadino extracomunitario che sostanzialmente fonda la sua richiesta di indennità sul fatto di essere l'ascendente responsabile di minori che godono della cittadinanza europea senza aver mai usufruito delle libertà economiche e senza aver mai esercitato il diritto alla libera circolazione, il *Tribunal du travail* di Bruxelles ritiene che per risolvere il caso sia indispensabile sospendere il giudizio e chiedere alla Corte di giustizia di risolvere tre questioni pregiudiziali. Con il primo quesito si chiede di verificare se, prescindendo dal preventivo esercizio del diritto di circolazione, gli art. 12, 17 e 18 TCE (oggi rispettivamente art. 18, 20 e 21 TFUE) conferiscano al cittadino europeo un diritto di soggiorno sul territorio dello stato membro di cui hanno la cittadinanza. Con il secondo di essi si chiede, invece, di acclarare se - per evitare il rischio di creare discriminazioni tra i cittadini europei che risiedono nel paese in cui hanno la cittadinanza e cittadini europei che risiedono in un altro paese membro - le stesse disposizioni, lette congiuntamente con gli art. 21, 24 e 34 della Carta dei diritti fondamentali, non debbano essere interpretate nel senso che esse attribuiscono anche al genitore extracomunitario di un cittadino europeo che risiede nello stesso paese membro in cui ha la cittadinanza un diritto derivato di soggiorno. Infine, con la terza questione, si chiede alla Corte di precisare se gli art. 12, 17 e 18 TCE, letti ancora una volta in connessione con gli art. 21, 24 e 34 della Carta, debbano essere interpretati nel senso che il diritto di soggiorno di un cittadino minore implichi la possibilità per cui il genitore extracomunitario che lo ha in carico usufruisca di una deroga alle regole nazionali in materia di permesso di lavoro. Insomma, come premesso, il giudice del rinvio investe la Corte di giustizia dell'arduo compito di definire l'esatta estensione del concetto di cittadinanza comunitaria e di accertare l'eventuale esistenza di discriminazioni "a rovescio". Per lo meno implicitamente inoltre, egli, richiamandosi ad alcune disposizioni della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, chiede ai giudici lussemburghesi di pronunciarsi sull'ambito di applicazione relativo ad alcuni diritti fondamentali riconosciuti dall'ordinamento comunitario (ad esempio il diritto alla riunificazione familiare).

Intervenendo per suggerire un'adeguata soluzione di questa intricata vicenda, l'Avvocato generale Sharpston mostra pochi dubbi sulle

ragioni del signor Ruiz Zambrano e individua alcuni iter argomentativi di grande interesse teorico. In primo luogo, dopo aver risolto alcuni problemi preliminari, il ragionamento proposto con il parere giuridico in questione si incentra sulla necessità di riconoscere la piena autonomia del diritto al soggiorno. Infatti, pur mostrando una chiara consapevolezza del legame che (generalmente) intercorre tra i diritti riconosciuti dal sistema europeo e la circolazione transfrontaliera e pur rinviando al giudice di merito il controllo sul test di proporzionalità, l'Avvocato generale porta a compimento alcuni recenti orientamenti giurisprudenziali e riconosce che alcuni dei diritti di cittadinanza (ad esempio il ricorso al Mediatore) prescindono dall'effettivo attraversamento di una frontiera: se nei casi Carpenter e Zhu si è fatto ricorso ad un'accezione di spostamento talmente ampia da rendere quasi virtuale la dimensione del movimento transfrontaliero, in questo caso il parere preferisce fondare il riconoscimento del diritto (derivato) di permanenza del signor Ruiz Zambrano sul definitivo superamento del legame tra soggiorno e circolazione. In secondo luogo, come soluzione alternativa per riconoscere le ragioni del signor Ruiz Zambrano, l'Avvocato generale propone di superare il tradizionale atteggiamento di prudenza tenuto dai giudici europei in materia di discriminazione a rovescio e suggerisce di risolvere il caso adottando un'interpretazione fortemente innovativa (e assai estensiva) dell'art. 12 TCE. Secondo il ragionamento proposto, al fine di evitare che l'applicazione del diritto comunitario possa produrre effetti discriminatori tra i cittadini comunitari che risiedono nello stesso stato in cui sono cittadini e i cittadini comunitari che risiedono in uno stato diverso da quello di cui sono cittadini, occorre che la Corte di giustizia interpreti l'art. 12 TCE nel senso che, relativamente ai problemi connessi alla cittadinanza, esso «vieta la discriminazione alla rovescia provocata dall'interazione tra l'art. 21 TFUE e una legge nazionale che implica una violazione dei diritti fondamentali tutelati dal diritto dell'Unione, almeno quando non sia possibile una tutela equivalente in base al diritto nazionale». In terzo luogo – ed è questo il profilo delle conclusioni che sembra essere più gravido di conseguenze – l'Avvocato generale, pur individuando degli ostacoli cronologici (per la verità non insormontabili) per l'applicazione alla controversia in questione, approfitta delle peculiarità del caso concreto e offre una propria ricostruzione dei rapporti tra i diritti fondamentali riconosciuti dall'Unione europea e norme giuridiche nazionali. Con un sofisticato ragionamento giuridico viene infatti proposto il superamento dell'interpretazione che subordina la

tutela comunitaria all'esistenza di un atto in qualche modo riconducibile al sistema europeo e, senza giri di parole, viene prospettata la necessità di estendere la tutela comunitaria a tutte le ipotesi in cui le istituzioni europee possano vantare una competenza materiale: motivando con la responsabilità di garantire un'applicazione certa dei diritti fondamentali, le conclusioni statuiscano una regola secondo cui «purché l'Unione abbia competenza (esclusiva o condivisa) in un particolare settore di diritto, i diritti fondamentali dell'Unione dovrebbero tutelare il cittadino dell'Unione anche se tale competenza non è stata ancora esercitata».

Di fronte ai suggerimenti di una vera e propria "fuga in avanti" che almeno potenzialmente avrebbe contribuito ad una straordinaria espansione del sistema europeo, i giudici del Lussemburgo, probabilmente preoccupati dalle conseguenze federaliste delle interpretazioni dell'Avvocato generale, assumono un atteggiamento minimalista. Così, pur riconoscendo le ragioni del signor Ruiz Zambrano, nel loro iter argomentativo essi scelgono di configurare il caso come una questione attinente alla cittadinanza e preferiscono non fare menzione, né alla possibile esistenza di discriminazioni a rovescio, né alla ventilata violazione della Carta dei diritti fondamentali: lo sganciamento del diritto di soggiorno dalla preventiva circolazione è la base su cui poggia sia la decisione della Corte di pronunciarsi sul caso (contro il parere della Commissione e di tutti i governi europei intervenuti), sia la statuizione che il diritto comunitario osta «a che uno Stato membro, da un lato, neghi al cittadino di uno Stato terzo, che si faccia carico dei propri figli in tenera età, cittadini dell'Unione, il soggiorno nello Stato membro di residenza di questi ultimi, di cui essi abbiano la cittadinanza, e, dall'altro, neghi al medesimo cittadino di uno Stato terzo un permesso di lavoro, qualora decisioni siffatte possano privare detti figli del godimento reale ed effettivo dei diritti connessi allo status di cittadino dell'Unione». Nonostante la prudenza abbia spinto la Corte di giustizia a privilegiare la soluzione meno 'invasiva', sembra difficile negare che il caso Ruiz Zambrano segni un avanzamento importante lungo il cammino costituzionale seguito dalla Corte di giustizia: al di là del fatto che le "rivoluzionarie" prese di posizione della signora Sharpston aprono la porta a future evoluzioni del sistema sovranazionale, il loro non integrale accoglimento non impedisce comunque di cogliere la portata delle implicazioni "costituzionali" connesse alla ridefinizione dell'istituto della cittadinanza europea.

OCHO AÑOS SON SUFICIENTES LA ENMIENDA 22^a A LA CONSTITUCIÓN DE EEUU

Pedro María Fernández Barbadillo¹

Resumen

El presidente de Estados Unidos es el único cargo electo en ese país sobre el que pesa una interdicción temporal: sólo puede ser reelegido una vez. El origen de este veto no se encuentra en la Constitución, sino en una costumbre instaurada en los primeros años de la república y, posteriormente, en la Enmienda 22^a, que cumplió sus primeros sesenta años de vida en 2011. En este tiempo, sólo dos presidentes en ejercicio han planteado su supresión para permitir que los ciudadanos elijan a quien deseen y no pierdan la experiencia de un líder. Sin embargo, a diferencia de lo que ocurre con la institución del colegio electoral, que escoge al presidente, los ciudadanos parecen satisfechos con sus presidentes por dos mandatos.

Palabras Clave: Presidente. Estados Unidos. Reelección. Mandatos. Enmienda.

Abstract

The United States president is the only elected official in that country on a temporary injunction weighing: it can only be reappointed once. The origin of this veto is not in the Constitution, but a costum introduced in the early years of the republic and then in the 22nd Amendment, which had just celebrated its first sixty years of lifetime in 2011. By this time, only two presidents in office have expressed their democratic grounds of suppression, allowing citizens to elect whomever they choose and not to lose the experience of a successful leader. However, unlike what happens with the institution of the electoral college which chooses the president, citizens seem satisfied with their two-terms presidents.

Keywords: President. United States. Two-terms. Election. Amendment.

¹ Doctorado en Derecho Público. Diploma de Estudios Avanzados.

1 Presentación

El hombre más poderoso del mundo² tiene su mandato limitado no sólo por las leyes divinas³ sino, también, por las humanas. No más de ocho años. El presidente de Estados Unidos es el único cargo electo de su país con fecha de caducidad. Los senadores y los congresistas, tanto federales como de las legislaturas estatales, y los gobernadores pueden acumular décadas de servicio público si sus electores les mantienen en el cargo. Los magistrados del Tribunal Supremo, una vez nombrados, son vitalicios. Por el contrario, en cuanto el presidente jura por segunda vez su cargo, todo el mundo sabe que cuatro años más tarde, salvo que medien la muerte, la dimisión o la destitución, entregará su poder. Esto es así desde 1951, cuando se incorporó a la Constitución la Enmienda 22^a.

La Constitución de 1787 tuvo gran influencia en el constitucionalismo hispanoamericano. La primera Constitución mexicana republicana, la de 1824, copió casi todas las instituciones políticas de EEUU como un mal estudiante que desease aprobar copiando al buen estudiante: el congreso bicameral, la figura del vicepresidente, el federalismo, el mandato del presidente por cuatro años, la elección de éste por un colegio electoral designado por los estados, el nombre de secretario para los ministros... Las excepciones a este mimetismo fueron escasas: la declaración de la religión católica como la oficial, la prohibición de la esclavitud y la aceptación de la reelección con un mandato inhábil⁴. Este último requisito lo tomaron los constituyentes mexicanos de la Constitución de la Monarquía Española de 1812 que establecía la inhabilidad en ciertos puestos de elección popular. Para que una misma persona pudiera ser elegida por segunda vez diputado provincial, debían haber transcurrido cuatro años "después de haber cesado en sus

² Richard Nixon, primero vicepresidente (1953-1961) y más tarde presidente (1969-1974), aseguraba que el presidente de Estados Unidos es el hombre más poderoso de la Tierra «sólo en el sentido de que dirige a la nación más poderosa de la Tierra. Pero, en realidad, el poder del Presidente norteamericano es más limitado que el de muchos otros presidentes en el mundo». Ver NIXON, Richard, *En la arena. Memorias de victorias, derrotas y renovación*, Plaza y Janés, Barcelona, 1990, p. 217.

³ Cuando en 1960 los cabecillas del Partido Demócrata trataban de imponer como vicepresidente al senador texano Lyndon B. Jonson en el ticket para las elecciones, John Kennedy dijo a uno sus hombres de confianza, Kenneth O'Donnell, lo siguiente: «Tengo 43 años de edad. No voy a morir en la Casa Blanca. Así que la vicepresidencia no importa nada».

⁴ Artículo 77: «El presidente no podrá ser reelecto para este encargo sino al cuarto año de haber cesado en sus funciones».

funciones" (art. 331); y para quien hubiera ejercido cualquiera de los cargos de alcalde, corregidor y procurador síndico de un municipio fijaba un lapso de dos años (art. 316).

Bajo la ley fundamental mexicana de 1824, que rigió hasta 1836, sólo un presidente cumplió íntegro su período: Guadalupe Victoria (1824-1829). Al comparar la bonanza política de EEUU con el fracaso de México, Alexis de Tocqueville constató que la concordancia de instituciones y circunstancias físicas en dos sociedades no produce los mismos efectos:

Las leyes federales fueron, seguramente, la porción más importante de la legislación de los Estados Unidos. México, que está tan felizmente situado como la Unión angloamericana, se ha apropiado de esas mismas leyes, y no puede acostumbrarse al gobierno de la democracia (TOCQUEVILLE, 1984, p. 142).

Que en EEUU no haya habido, a diferencia de otras repúblicas del continente, presidentes que hayan buscado su perpetuación en el cargo, como el general Porfirio Díaz en México, que gobernó ininterrumpidamente entre 1884 y 1911 (y antes entre 1877 y 1880), se debe no sólo a las normas constitucionales, sino, sobre todo, comportamiento de todos y cada uno de los ciudadanos.

2 El precedente de Washington y la convicción de Jefferson

Mientras estaban en guerra con Inglaterra, los representantes de las Trece Colonias aprobaron el 15 de noviembre de 1777 en el Segundo Congreso Continental los artículos de la Confederación y la Unión Perpetua, que establecían una débil Confederación, con un ejecutivo colegiado cuyas únicas facultades se reducían a aplicar lo aprobado por al menos nueve de los trece estados y carente de órgano legislativo común. Los artículos entraron en vigor después de su ratificación en 1781, pero los problemas de gobierno surgieron en cuanto llegaron la paz y la independencia en 1783, ya que la Confederación "no posibilitaba gobierno efectivo"⁵.

La terminación de la guerra (1776-1783) gracias a la ayuda militar de Francia y España a los rebeldes impidió, en opinión de algunos

⁵ En este párrafo y los dos siguientes seguimos al profesor Juan García Cotarelo (1995, pp. 538 y ss).

historiadores, el surgimiento del caudillismo y las revueltas militares, como ocurrió en la América española, donde las guerra de independencia se prolongaron alrededor de quince años. Según Paul Johnson,

Estados Unidos se salvó de esto, pero por poco. [...] Tras lo sucedido en Yorkstown, la irritación de algunos oficiales por la debilidad y la negligencia del Congreso, que había conducido al desabastecimiento de las tropas, llevó a que se presionara a Washington para que tomara el poder: exactamente el tipo de movimiento que frustraría la independencia en Latinoamérica. El coronel Lewis Nicola, un hugonote irlandés, le escribió una carta a Washington en la que le pedía que «accediera al trono». [...] Si quedaba alguna sospecha de cesarismo se disipó finalmente gracias a la prontitud y decisión con que el mismo Washington se retiró del Ejército [en diciembre de 1783]" (JOHNSON, 2001, p. 173-174).

En varios estados, las asambleas legislativas aprobaban todo tipo de leyes, incluso contradictorias con los artículos, sin que el ejecutivo confederal pudiese hacer nada por impedirlo; en esos estados, el ejecutivo lo encarnaban gobernadores electos por períodos de un año. El Congreso, nombre del ejecutivo colegial, no tenía poder para recaudar las contribuciones que le debían entregar los estados y para disponer de fondos sólo tenía el recurso de la emisión de papel moneda. Los sectores económicos más perjudicados por esta arquitectura constitucional empezaron a reclamar una revisión de los artículos; en 1782, la legislatura de Nueva York propuso a los demás estados una nueva convención; en 1784, lo hizo James Madison, futuro presidente (1809-1817) e impulsor de la publicación *El Federalista*. En 1785, "el comercio interestatal es prácticamente inexistente. La moneda confederal ha perdido todo su valor y los Estados se defienden unos de otros detrás de fuertes aranceles proteccionistas".

Antes de que el experimento político y social de los Estados Unidos fracasase, en 1787 se reunió en Filadelfia una Convención Constitucional. Ésta se dividía en dos partidos: los demócrata-republicanos, partidarios de los derechos soberanos de los estados, y los federalistas, partidarios de un gobierno más centralizado y poderoso. La Convención elaboró una Constitución federal, que aprobó en septiembre del mismo 1787 y entró en vigor el 4 de marzo de 1789, después de que fuera ratificada, no sin duras discusiones, por las asambleas de nueve estados. La tendencia de

la norma fundamental era “esencialmente antidemocrática”, lo que se manifestaba no sólo en que “el principio representativo que regía para los cargos electivos en la Federación y los Estados (en especial para el Presidente y los Senadores federales), remitiese a formas de elección indirecta”; sólo los miembros de la Cámara de Representantes serían electos de manera directa. Otra muestra del carácter antidemocrático de la Constitución era “la separación e interdependencia de los poderes, contra la potencial irrupción de una ‘voluntad general’ uniforme de tipo roussoniano, con la que el pueblo se sintiese identificado, legitimándose, como soberano, para un actuar ilimitado”; es decir, se pretendía impedir el gobierno omnipotente de la mayoría. La filosofía de la Constitución es “la idea de gobierno mixto de Harrington, consistente en un delicado mecanismo de intercontroles, en el que los componentes democráticos y aristocráticos se neutralizan entre sí, posibilitando así un gobierno de las leyes y no de los hombres”. Además, las ratificaciones de la Constitución por los estados se caracterizaron por “procedimientos de dudosa legalidad orientados a impedir los debates en profundidad del texto propuesto”.

En la Convención, los federalistas (Madison, Alexander Hamilton y George Washington entre ellos) propugnaron un presidente unipersonal con amplios poderes para evitar la dispersión y el bloqueo de la república; sería elegido con participación popular y por un período corto de cuatro años, con posibilidad de ser reelecto. Por el contrario, los demócrata-republicanos (Thomas Jefferson, Roger Sherman y Edmund Randolph fueron los principales) querían un ejecutivo débil que no pusiese en peligro la soberanía de los estados, y por ello defendieron diversas propuestas como un triunvirato, el consentimiento del legislativo federal para el nombramiento o la destitución de los miembros del ejecutivo, incluido el presidente, y la existencia de un consejo ejecutivo adjunto; el mandato presidencial sería de siete años de duración, sin reelección. La propuesta aprobada fue la de los federalistas: elección popular – aunque matizada con el colegio electoral –, mandato de cuatro años y reelección sin límite. El presidente de la Convención, el general Washington, fue elegido por el colegio electoral en 1789 y 1793 de manera unánime; al final de su segundo mandato, renunció a presentarse a un tercero.

El siguiente presidente que desempeñó dos mandatos fue Thomas Jefferson, demócrata-republicano, que había sido secretario de Estado en el Gobierno de Washington entre 1789 y 1793. En los debates

constitucionales había propugnado el septenio para los presidentes, pero durante sus años de gobierno se decantó por un sistema que él definió como ocho años con una renovación o un despido a la mitad. El 6 de enero de 1805, dos días después de su segunda toma de posesión, escribió una carta en la que se declaró decidido a mantener el precedente de Washington y no presentarse para un tercer mandato, y hasta se mostró partidario de una enmienda a la Constitución para limitar la reelección⁶.

En los años siguientes, el poder federal, compuesto por el Congreso bicameral (Senado y Cámara de Representantes), la Presidencia y el Tribunal Supremo, empezó a expandirse. El sistema se basaba en el equilibrio entre los poderes, moldeado más tarde por las enmiendas y la jurisprudencia del Tribunal Supremo.

Tocqueville censuró la facultad de la reelección del presidente, que cuando escribió su libro era ilimitada. Aunque el estudioso francés reconocía que "impedir que el jefe del poder ejecutivo pueda ser reelegido parece, a primera vista, contrario a la razón", concluía que la reelección había sido un error y se decantaba por su prohibición.

Es imposible contemplar la marcha ordinaria de los asuntos públicos en los Estados Unidos, sin percibir que el deseo de ser reelegido domina los pensamientos del Presidente; que toda la política de su administración se dirige hacia ese punto; y, sobre todo, que, a medida que la crisis se aproxima, el interés individual sustituye al interés general. Así, pues, el principio de la reelección hace más extensa y peligrosa la influencia corruptora de los gobiernos electivos. Tiende a degradar la moral política del pueblo y a reemplazar al patriotismo por la habilidad. [...] al introducir [los constituyentes] el principio de la reelección, destruyeron en parte su obra. Han concedido al Presidente un gran poder, pero le han quitado el deseo de hacer uso de él. Si el Presidente no fuera reelegible, no por eso sería independiente del pueblo, ya que seguiría siendo responsable ante él, pero el favor de los ciudadanos no le sería tan necesario como para plegarse en todo a sus deseos. [...] para no privar al Estado del talento de un hombre, han hecho casi inútil ese talento (TOCQUEVILLE, 1984, p. 142 y ss).

⁶ "Genl. Washington set the example of voluntary retirement after 8 years. I shall follow it, and a few more precedents will oppose the obstacle of habit to anyone after a while who shall endeavor to extend his term." El texto de la carta, em: <http://www.let.rug.nl/usa/P/tj3/writings/brf/jefl167.htm>.

Estamos ante una polémica que acompaña a los presidentes y a los parlamentarios desde la instauración de las primeras repúblicas modernas: ¿se debe restringir el sufragio activo de los ciudadanos y el sufragio pasivo de quienes desempeñan los cargos de presidentes y hasta de parlamentarios?, ¿debe predominar el derecho de los ciudadanos a elegir a quien quieran o el interés de la comunidad de evitar que un dirigente se perpetúe?

El sociólogo hispano-norteamericano Juan José Linz critica el rechazo a la reelección con los siguientes argumentos:

Desde un punto de vista más práctico, la pérdida de personas que han ganado experiencia en el cargo, que probablemente serán más eficaces en los comités, para llegar a compromisos y para convencer a otros. También cabría preguntarse quién haría de la política una vocación si la oportunidad de ocupar un cargo se limitara a uno o dos mandatos. La política democrática es una actividad de aficionados, no de especialistas o tecnócratas, pero de aficionados que se convierten en profesionales en el juego político. ¿En qué medida queremos que la política sea de aficionados?

La premisa subyacente a la limitación de mandatos es que los votantes no pueden juzgar a aquellos que eligen, que ocupar un cargo constituye una ventaja injusta difícil de contrarrestar, lo que excluye la posibilidad de que los que lo ocupan tengan que rendir cuentas por sus políticas. ¿Garantiza la candidatura de alguien nuevo, de historial desconocido, una decisión más racional, informada e independiente? (LINZ, 2009, p. 656).

Linz desconfía no sólo del presidencialismo como sistema de gobierno, sino, también, del principio de no reelección. La ventaja de la continuidad y la eficacia que puede aportar un gobernante “se pierde cuando hay un principio de no reelección [...]. Un presidente con éxito en su actuación puede no tener la oportunidad de continuar un programa político una vez terminado su mandato, puesto que el individuo no es reelegido” (LINZ, 1992, p. 40).

En EEUU la no reelección se impuso entre 1947 y 1951, pero en Iberoamérica, como hemos adelantado arriba, apareció más de cien años antes, en una parte por la influencia de la Constitución de 1812 y en otra parte por la experiencia posterior a la independencia. Los constituyentes

iberoamericanos, luego de entregar amplias facultades a los jefes de Estado, buscaron las maneras de evitar que se transformasen en dictadores vitalicios. Para ello recurrieron a tres técnicas constitucionales:

- El mandato de duración limitada y fija, em el que se determinan hasta los días de celebración de las elecciones y la asunción de la presidencia.
- Los limites a la reelección Del presidente (para siempre o por espacio de un mandato o dos después de abandonado el poder) o de sus familiares.
- La acusación constitucional o destitución por parte del Legislativo (las constituciones exigen normalmente para la destitución de los presidentes quorums muy altos, que hacen prácticamente ilusoria dicha responsabilidad).

Sin embargo, desde hace veinticinco años, se ha convertido en una ola en Hispanoamérica la aprobación de la reelección de los presidentes, al menos por un mandato más consecutivo (Argentina en 1994, Brasil en 1997, Colombia en 2004, Ecuador en 2008 y Bolivia en 2009, y en Venezuela de manera ilimitada en 2009).

Maurice Duverger (1963, p. 59-60) expresa así los riesgos de la reelección:

La posibilidad de reelección del Presidente plantea un primer problema. El ejercicio del poder crea, naturalmente, un perjuicio favorable en el espíritu de los ciudadanos, a menos de un fracaso patente, difícil de medir: la reelección es siempre más fácil que la primera elección. Un jefe de Gobierno no debe aprovecharse de ello para permanecer demasiado tiempo en funciones, lo que sería enojoso desde el punto de vista democrático y malo desde el punto de vista práctico. Si la inestabilidad gubernamental es deplorable, una excesiva estabilidad también lo es. La renovación del Presidente permite cambiar de aire, de caras y de métodos: esto conviene asegurarlo regularmente. En muchos Estados de América latina toda reelección está prohibida⁷, lo que limita la estabilidad presidencial a cuatro o cinco años: el plazo es un poco corto. En los Estados Unidos, la enmienda

⁷ Téngase en cuenta que Duverger escribió estas líneas a principios de los años 60 del siglo xx, cuando, como explicaremos más adelante, la prohibición de la reelección era norma de derecho constitucional en la mayoría de las repúblicas iberoamericanas.

22 ha impuesto la práctica seguida por todos los Presidentes desde Washington, exceptuando a Roosevelt: no se puede ser reelegido más que una vez, lo que hace que sean ocho años la duración máxima del jefe del Gobierno. Este plazo parece razonable. Se podría discutir si conviene oponerse a la reelección inmediata (como en América latina) o prohibir el presentarse para un nuevo mandato, como en USA.

El constitucionalista venezolano Allan R. Brewer-Carías (2009, p. 311) subraya las diferencias entre el principio de no reelección y el principio electivo, que no sólo suelen convivir, sino que, en su opinión, el primero es una condición imprescindible para que se pueda aplicar el segundo:

Este principio de la alternabilidad, como principio fundamental, se concibió históricamente para enfrentar las ansias de perpetuación en el poder, es decir, el continuismo, y evitar las ventajas en los procesos electorales de quienes ocupan cargos y a la vez puedan ser candidatos para ocupar los mismos cargos. [...] La elección es una cosa, y la necesidad de que las personas se turnen en los cargos es otra, y por ello el principio se ha reflejado siempre en el establecimiento de límites a la reelección de los funcionarios electos, lo que por lo demás es propio de los sistemas presidenciales de gobierno. [...] La alternabilidad del gobierno, por tanto, es un principio del constitucionalismo que se opone al continuismo o a la permanencia en el poder por una misma persona, por lo que toda previsión que permita que esto pudiera ocurrir, sería contraria al mismo.

La tendencia contraria al no reeleccionismo o la alternabilidad se suele denominar «continuismo», aunque no por los partidarios de la perpetuación de un presidente. El continuismo, como explica Brewer-Carías, se refiere a las personas, pero en ocasiones excepcionales puede referirse a un régimen organizado en torno a un partido, como el Partido Revolucionario Institucional en México o el Partido Colorado en Paraguay, que controla el Estado, incluyendo la manipulación de las elecciones, de modo que todos sus candidatos a presidentes son elegidos una y otra vez.

El constitucionalismo ecuatoriano ha sido el más constante en mantener el principio de alternabilidad en Iberoamérica, ya que ha aparecido en las dieciocho Constituciones promulgadas en siglo y medio desde la de 1830 a la de 1998 con el enunciado "El Gobierno del

Ecuador es popular, representativo, electivo, alternativo y responsable"; en la vigente, de 2008, el constituyente lo eliminó. La Constitución de Guatemala de 1985, al referirse a los derechos y deberes de los ciudadanos incluye el de "Defender el principio de alternabilidad y no reelección en el ejercicio de la Presidencia de la República" (art. 136. f).

Un punto a favor de la capacidad del parlamentarismo para mantener unida a la sociedad es que la posibilidad de que un presidente de gobierno o un primer ministro en un sistema parlamentario se mantengan en el poder durante largos años causa menos rechazo al pueblo que si se trata de un presidente. Así lo constata el profesor Linz (2009, p. 655):

Una paradoja interesante de los sistemas parlamentarios radica en que la posibilidad de que una persona ocupe el cargo de jefe del gobierno a lo largo de un período prolongado de tiempo, durante varias legislaturas sucesivas, no genera la hostilidad que suscita la posibilidad de reelección en muchos sistemas presidenciales. En numerosos sistemas presidenciales, la reelección es anticonstitucional, en otros sólo se permiten dos mandatos sucesivos y en uno (Venezuela) sólo era posible la reelección tras haber estado fuera del cargo durante un mandato. La propuesta de cambio de la regla de no reelección ha generado protestas violentas, incluso disturbios, y ha sido uno de los argumentos a favor de los golpes de Estado.

¿Por qué es distinta la respuesta? En primer lugar, está el hecho de que un presidente del gobierno sólo ocupe el cargo mientras su partido o la coalición que lo apoya disponga de una mayoría en el Parlamento. Además, la coalición podría desintegrarse en caso de crisis o el partido podría cuestionar su liderazgo en cualquier momento. Ello produce una sensación psicológica de que nadie tiene garantizada a priori la permanencia en el poder por un período fijo de ocho o más años. El pueblo y los líderes en competencia pueden albergar la esperanza de que el candidato electo fracase y sea sustituido, algo imposible, excepto en los casos de impeachment, en los sistemas presidenciales. Por sí mismas, las permanencias prolongadas en el cargo no cambian la percepción psicológica del tiempo. La expectativa frustrante de que no haya cambio en ocho años no llega a surgir. Podríamos preguntarnos si la moción de censura constructiva no crea una frustración similar en algunos sistemas parlamentarios.

Una vez elegido en un régimen presidencialista, el presidente tiene grandes probabilidades de cumplir su mandato íntegro, a no ser que la muerte o la destitución por el legislativo (en el caso de que su constitución lo permita) corten su carrera, como demuestra la historia de la presidencia norteamericana. En sus casi 230 años de existencia, en EEUU ha habido cuarenta y cuatro presidentes, y quince de ellos han obtenido dos mandatos completos. Cuatro fallecieron de muerte natural o enfermedad en la Casa Blanca: William Henry Harrison (1841), Zachary Taylor (1850), Warren Harding (1923) y Franklin Roosevelt (1945); cuatro fueron asesinados: Abraham Lincoln (1865), James Garfield (1881), William McKinley (1901), y John Kennedy (1963); y uno dimitió: Richard Nixon (1974).

3 Franklin Roosevelt se corona

El único presidente de Estados Unidos que procedió a varias reelecciones sucesivas fue el demócrata Franklin D. Roosevelt: 1932, 1936, 1940 y 1944. Nadie antes que él había obtenido más de dos mandatos. Los expresidentes republicanos Ulises Grant (1869-1873 y 1873-1877) y Theodore Roosevelt (1901-1905 y 1905-1909) habían intentado obtener un tercer mandato, pero habían sido derrotados; el primero en las primarias de su partido para las elecciones de 1880, y el segundo en las elecciones de 1912 a las que se presentó como candidato de su propio Partido Progresista. Para romper ese precedente, Roosevelt empleó las mismas argucias retóricas de los dictadores eternos, como el de México (Porfirio Díaz), el de Perú (Augusto Leguía) y el de la República Dominicana (Rafael Trujillo), magnificadas por los medios de comunicación que estaban a su disposición, en especial la radio, en cuya manipulación el político era un maestro: delegar la decisión en sus admiradores, en su partido y, al final, en el pueblo soberano. Según el experto en campañas políticas Dick Morris (2002, p. 357), "Roosevelt montó un elaborado show de que no quería postularse, pero al final accedió a la candidatura, diciendo al país: 'Mi conciencia no me dejará dar la espalda al llamado de la nación'".

En 1940, Estados Unidos estaba fuera de la guerra mundial, pero en 1944 ya participaba en ella, por lo que, para las elecciones presidenciales de este año, Roosevelt recurrió a metáforas y comparaciones militares:

Si la convención [del Partido Demócrata] me propone para la presidencia, aceptaré. Si el pueblo me elige, obedeceré. Yo aceptaré y obedeceré, pero no participaré en el habitual sentido partidista, político. Pero si el pueblo me ordena proseguir en este despacho y en esta guerra, tengo el mismo derecho a renunciar como lo tiene el soldado a dejar su puesto en la formación. Por mi parte, yo no deseo presentarme. En la próxima primavera, habré sido presidente y comandante en jefe de las fuerzas armadas por espacio de doce años. Todo, dentro de mí, me grita que regrese a mi casa junto al río Hudson. A regañadientes, pero repito que, como un buen soldado, que aceptaré y serviré en este despacho, si eso me ordena el comandante en jefe de todos nosotros: el pueblo soberano de los Estados Unidos.⁸

En cuanto se conocieron los rumores de que Roosevelt se preparaba para presentarse para el que sería su tercer período, empezaron las protestas. En febrero de 1940, el Senado del estado de Nueva York aprobó una resolución en la que pedía al Congreso federal que votase una ley que prohibiese a los presidentes el desempeño de un tercer mandato⁹ y casi un 90% de los periódicos se pronunció en contra (MORRIS, 2002, p. 358.). El asesor de Roosevelt Raymond Moley, que dejó la Casa Blanca debido a los deseos del presidente de reelegirse una y otra vez, asoció la limitación de mandatos a los mecanismos constitucionales elaborados en Estados Unidos para reducir la arbitrariedad del poderoso, y colocó esta regla a la misma altura que la facultad del Tribunal Supremo

⁸ Carta remitida al presidente del Partido Demócrata poco antes de la elección del candidato de su partido a las elecciones presidenciales de noviembre de 1944. Revista Time, 247-1944. Ver en <http://www.time.com/time/magazine/article/0,9171,791534,00.html>, consultada el 10 de marzo de 2011. Esta carta mereció el siguiente comentario del corresponsal de La Vanguardia en Estados Unidos, Francisco Lucientes: «En la abundante fraseología política yanqui existe un dicho del general Sherman, quien declinó en 1884 su designación por el Partido republicano para la Presidencia, respondiendo: “Si me nombran, no aceptaré, y si me eligen, no desempeñaré el cargo”. El presidente Roosevelt, ahora, tomó la frase de Sherman, -le dio una vuelta gramatical y dijo con ella todo lo contrario que el autor: “Si la Convención demócrata me nombra candidato presidencial, aceptaré, y si el pueblo me elige luego, gobernaré”». (La Vanguardia, 14-7-1944). La crónica se puede consultar en <http://hemeroteca-paginas.lavanguardia.es/LVE07/HEM/1944/07/14/LVG19440714-005.pdf>.

⁹ La prensa española dio esta noticia a la vez que el anuncio del «rumor procedente de la Casa Blanca» de que Roosevelt se estaba preparando para presentarse a un tercer mandato. Ver La Vanguardia, 28-2-1940. La página del periódico se puede consultar en la siguiente dirección: <http://hemeroteca-paginas.lavanguardia.es/LVE07/HEM/1940/07/16/LVG19400716-002.pdf>.

para enjuiciar los actos del Congreso y la independencia de los poderes Legislativo y Judicial respecto del Ejecutivo¹⁰. Sobre la independencia judicial, se debe recordar que entre su segundo y su tercer mandato, Roosevelt nombró a todos los jueces del Tribunal Supremo, cosa que no ha hecho ningún otro presidente. El órgano judicial había declarado inconstitucionales algunas de las leyes del New Deal aprobadas en el primer mandato y Roosevelt preparó un proyecto de ley, que se llamó Court Packing Plan, para establecer la jubilación obligatoria de los magistrados y nombrarles seis adjuntos. Lo presentó en el Legislativo en febrero de 1937, al poco de ser reelegido por primera vez, pero, aunque decayó por su inconstitucionalidad y por el rechazo del Congreso, consiguió que el Supremo cambiase su jurisprudencia. En 1943, el tribunal entero había sido nombrado por Roosevelt¹¹.

Las protestas arreciaron cuando Roosevelt aceptó en julio de 1944 la designación por su partido para un cuarto mandato. Debemos destacar que, aunque Roosevelt ganó cuatro elecciones presidenciales, su peso en la política nacional y dentro de su propio partido, su autoridad, fue disminuyendo. Por ejemplo, su número de votos descendió de manera progresiva, así como el apoyo a los candidatos demócratas en los ámbitos nacional y local. La reelección por encima de los ocho años,

tendía a incrementar el poder político de los caudillos locales más que el suyo propio. Éstos apoyaron su deseo de quebrar la vieja regla de dos períodos presidenciales y de presentarse para un tercer período en 1940 y un cuarto en 1944; lo utilizaron para obtener votos, pero consolidaron su propio poder bajo su sombra menguante. [...] En 1944, FDR volvió a postularse, pero a esas alturas los caudillos del partido tenían tanto poder que lo obligaron a abandonar a su vicepresidente, Henry A. Wallace (1888-1965), y a escoger a

¹⁰ "... the problem of restraining power has always been the central problem of government—the problem that will never be settled in an absolute sense so long as there are men in the world. The traditions that have grown up around the Constitution—the tradition of the right of the Supreme Court to review acts of the Congress, the tradition that prohibits tampering with the independence of either the legislative nor the judicial arms of the government, the tradition that no President shall serve more than eight years— all spring from the bitter teaching of experience that power is dangerous.» Ver MOLEY, 1939, p. 397 y 398.

¹¹ Roosevelt hizo nombrar a su propio ministro de Justicia para magistrado: Robert H. Jackson, en 1941, que se mantuvo hasta 1954. Dos de esos magistrados permanecieron en sus puestos hasta los años 70: Hugo Black hasta 1971 y William O. Douglas hasta 1975.

un experimentado producto de la maquinaria demócrata de Misuri, Harry S.Truman (1884-1972) (JOHNSON, 2001, p. 669).

EVOLUCIÓN ELECTORAL DE F. ROOSEVELT				
AÑO	VENCEDOR	VOTOS	DERROTADO	VOTOS
1932	Franklin Roosevelt	22.809.638	Herbert Hoover	15.758.901
1936	Franklin Roosevelt	27.751.612	Alfred Landon	16.681.913
1940	Franklin Roosevelt	27.244.160	Wendell Willkie	22.305.198
1944	Franklin Roosevelt	25.602.504	Thomas Dewey	22.006.285

Fuente: Paul Johnson

Este último justificó en sus memorias las reelecciones sucesivas de Roosevelt por el bien del pueblo y contra la amenaza reaccionaria:

Se me ha preguntado por qué en 1944 había participado en la campaña a favor del cuarto mandato de Franklin D. Roosevelt, en contra de mi convicción de que ningún Presidente debe serlo más que en dos mandatos.

La respuesta es sencilla; sabía lo que habría sucedido en 1944, si Roosevelt y sus ideales no hubiesen continuado presidiendo nuestra política en aquellos tiempos extremadamente críticos. Si las fuerzas reaccionarias hubiesen podido hacerse con el control del gobierno durante aquella época de emergencia, cuando tanto los asuntos internos como los exteriores se hallaban en situación peligrosamente inestable, sabía que, en cuestión de unos meses, hubiésemos visto la revocación o la anulación de gran parte del acertado programa social por el cual Roosevelt y los demócratas habían luchado tan duramente durante los dieciséis últimos años. Aunque el Presidente no se encontrase físicamente tan fuerte, era un seguro vencedor para las fuerzas del liberalismo, y yo deseaba hacer todo lo que pudiese para ayudarlo (TRUMAN, 1956, p. 201-202).

Todas las elecciones las ganó Roosevelt en competencia libre con otros candidatos y con la prensa de papel en contra (en cambio, la radio le apoyaba), pero su período de gobierno coincidió con varias longevas dictaduras latinoamericanas.

'PRESIDENTES-REYES' EN AMÉRICA EN LA PRIMERA MITAD DEL SIGLO XX		
PRESIDENTE	PAIS	DURACIÓN
Porfirio Díaz*	México	1877-1911
Manuel Estrada	Guatemala	1898-1920
Rafael Reyes Prieto	Colombia	1904-1909
Juan Vicente Gómez*	Venezuela	1908-1935
Augusto Leguía	Perú	1919-1930
Rafael Trujillo*	R. Dominicana	1930-1961
Getúlio Vargas	Brasil	1930-1945
Maximiliano Hernández*	El Salvador	1931-1944
Jorge Ubico	Guatemala	1931-1944
Tiburcio Carías Andino	Honduras	1932-1948
Franklin D. Roosevelt	Estados Unidos	1932-1945
Anastasio Somoza	Nicaragua	1937-1956

* Se incluyen todos los años de su régimen

4 Y el congreso cierra la puerta a nuevos reyes

El período de gobierno de Roosevelt, terminado como en las monarquías con su muerte, que ocurrió el 12 de abril de 1945, produjo una reacción constitucional. El presidente había despreciado al Congreso y éste, en cuanto la balanza del poder basculó hacia él, respondió.

Quedaba el esfuerzo postbélico del Congreso para responder a la Presidencia acrecentada por la guerra. Este impulso se abrió camino sobre todo en los asuntos internos después de la II Guerra Mundial. El Congreso rechazó el programa interno del presidente Truman, aprobó legislación importante contra su veto y combatió de modo general su tentativa de convertir el New Deal de Roosevelt en el Fair Play de Truman. Y no se contentó el Congreso con Truman. Lo mismo que había repudiado después de la Guerra Civil la presidencia lincolniana utilizando su poder de acusación contra Andrew Johnson, y lo mismo que después de la I Guerra Mundial había repudiado la presidencia wilsoniana apoyando a Harding, y a la normalidad, después de la II Guerra Mundial, repudió a Franklin D. Roosevelt, aprobando la Enmienda 22 y prohibiendo a todo futuro presidente más de dos períodos de mandato (SCHLESINGER, 1974, p. 131).

El Legislativo aprobó la Enmienda 22^a a la Constitución¹² el 21 de marzo de 1947, al unirse los republicanos¹³ con los demócratas del sur, opuestos a los programas del New Deal. Esta alianza superó los dos tercios de los miembros de cada cámara para aprobar la enmienda. Además, la reforma tenía que ser ratificada por 36 estados antes de siete años, y ese número se consiguió el 27 de febrero de 1951. Así se desbarató el nuevo precedente sentado por Roosevelt, con una sanción moral a éste: si es indiferente o hasta positivo que un presidente gobierne cuatro mandatos, ¿por qué el Congreso lo prohíbe constitucionalmente? Debido a esta enmienda, el presidente de EEUU se ha convertido en el único cargo del sistema constitucional con límite de tiempo a la permanencia, pues los congresistas y senadores federales, así como los gobernadores y legisladores estatales, pueden ser reelectos indefinidamente, y los nueve magistrados del Tribunal Supremo son vitalicios. Tal como está redactada la enmienda, una persona podría ser elegida como vicepresidente de varios presidentes.

1. No se elegirá a la misma persona para el cargo de Presidente más de dos veces, ni más de una vez a la persona que haya desempeñado dicho cargo o que haya actuado como Presidente durante más de dos años de un período para el que se haya elegido como Presidente a otra persona. El presente artículo no se aplicará a la persona que ocupaba el puesto de Presidente cuando el mismo se propuso por el Congreso, ni impedirá que la persona que desempeñe dicho cargo o que actúe como Presidente durante el período en que el repetido artículo entre en vigor, desempeñe el puesto de Presidente o actúe como tal durante el resto del referido período.

2. Este artículo quedará sin efecto a menos de que las legislaturas de tres cuartas partes de los diversos Estados lo ratifiquen como enmienda

¹² El único análisis de un jurista español a la Enmienda 22.^a cuando se aprobó que hemos encontrado son las páginas dedicadas por el catedrático de derecho internacional Camilo Barcia Trelles en su crónica de la Revista de Estudios Políticos, núm. 56, marzo-abril de 1951, Instituto de Estudios Políticos, Madrid.

¹³ En las elecciones de mitad de mandato de 1946, el Partido Republicano obtuvo la mayoría en la Cámara de Representantes y el Senado, aunque la volvió a perder en las elecciones de 1948, en las que también fue derrotado su candidato a la presidencia, Thomas Dewey, por Harry Truman. Los republicanos no eran el partido mayoritario en el Congreso desde la presidencia de Herbert Hoover (1929-1933). En esas elecciones de 1946, los republicanos aumentaron el número de gobernadores de estados de su partido, hecho que facilitó la ratificación de la enmienda. El primer estado en ratificarla fue Maine, el 31 de marzo de 1947, y el último Nevada, el 26 de febrero de 1951; ambos, con gobernador republicano.

a la Constitución dentro de los siete años siguientes a la fecha en que el Congreso los someta a los Estados.¹⁴

De esta enmienda, destacamos la claridad de su enunciado, “No se elegirá a la misma persona para el cargo de Presidente más de dos veces”, y también la regulación de la situación en que quedaba el presidente Truman cuando la enmienda fuese incorporada a la Constitución. Estas precauciones no existen – por imprevisión de los legisladores o por buscada ambigüedad – en algunas Constituciones iberoamericanas que permiten la reelección y que han dado lugar a interpretaciones opuestas. La enmienda a la Constitución colombiana de 1991 autorizando la reelección por un único mandato que se introdujo en 2006, durante la presidencia de Álvaro Uribe (2002-2010), es igual de clara que la estadounidense.

Artículo 197: Nadie podrá ser elegido para ocupar la Presidencia de la República por más de dos períodos.

No podrá ser elegido Presidente de la República o Vicepresidente quien hubiere incurrido en alguna de las causales de inhabilidad consagradas en los numerales 1, 4 y 7 del artículo 179, ni el ciudadano que un año antes de la elección haya ejercido cualquiera de los siguientes cargos:

Ministro, Director de Departamento Administrativo, Magistrado de la Corte Suprema de Justicia, de la Corte Constitucional, del Consejo de Estado, del Consejo Superior de la Judicatura, o del Consejo Nacional Electoral, Procurador General de la Nación, Defensor del Pueblo, Contralor General de la República, Fiscal General de la Nación, Registrador Nacional del Estado Civil, Comandantes de las Fuerzas Militares, Director General de la Policía, Gobernador de Departamento o Alcaldes.

PARÁGRAFO TRANSITORIO. Quien ejerza o haya ejercido la Presidencia de la República antes de la vigencia del presente Acto Legislativo sólo podrá ser elegido para un nuevo período presidencial.

Del contenido de la Enmienda 22^a se deduce que quien fuese vicepresidente y sucediese al presidente en la segunda mitad del mandato

¹⁴ Texto original en http://www.archives.gov/exhibits/charters/constitution_amendments_11-27.html#22, consultado el 17 de julio de 2010.

podría presentarse dos veces a las elecciones y sumar en total casi diez años. Hasta ahora sólo ha estado a punto de producirse este supuesto una sola vez, cuando el vicepresidente Lyndon B. Jonson sustituyó al asesinado Kennedy en noviembre de 1963, sólo un año antes de las siguientes elecciones, pero no quiso competir en las elecciones de 1968. En cambio, Gerald Ford, vicepresidente de Nixon desde diciembre de 1973 en sustitución de Spiro Agnew, accedió a la presidencia en agosto de 1974, con lo que superaba por unos meses la mitad del mandato; en consecuencia, de haber ganado las elecciones de 1976, su período habría acabado en enero de 1981.

La primera propuesta para derogar la Enmienda 22^a se registró en 1956, a los cinco años de haber entrado en vigor. Varios parlamentarios han presentado iniciativas con la misma finalidad, pero la supresión del límite a la reelección no ha captado interés suficiente. El congresista demócrata por Nueva York José Serrano ha propuesto desde 1997 en cada nueva legislatura de su Cámara la eliminación de la Enmienda 22^a; en enero de 2011, registró su iniciativa por séptima vez¹⁵.

5 Los presidentes que han criticado la Enmienda 22^a

Merece la pena citar también la opinión que del principio de no reelección, introducido en la Constitución de Estados Unidos mediante la Enmienda 22^a, tienen varios de los presidentes a los que afectó.

Richard Nixon se incorporó a la Cámara de Representantes en 1946 al ser elegido por un distrito de California y votó a favor de la Enmienda 22^a; luego fue vicepresidente del general Dwight Eisenhower (1953-1961) y presidente (1969-1974). Otro futuro presidente miembro de ese Congreso que respaldó con su voto la limitación de mandatos fue el demócrata John F. Kennedy, quizás porque Roosevelt había dejado de contar con su padre, gerifalte del Partido Demócrata en Massachusetts. Años más tarde, Nixon confesó su equivocación. El motivo es que la limitación de la reelección resta poder al presidente, tanto en el interior como en el exterior.

Conforme se acerca el tiempo en que un Presidente ya no puede hacer nada por o en contra de alguien su poderío

¹⁵ <http://www.govtrack.us/congress/bill.xpd?bill=hj111-5&tab=related>.

empezará a declinar. Por eso los segundos mandatos no son nunca tan productivos como los primeros. Aun cuando los datos que aporten las encuestas respecto a un Presidente sean bajos, el Congreso y los medios de comunicación vacilarán en simpatizar con él si temen que pueda ser reelegido. Es por esta causa que el limitar la presidencia a un plazo de seis años, reforma muy en boga hoy día entre los científicos de la política, no es una buena idea. En el exterior sus colegas en la escena mundial serían todos virtualmente mayores que él y en el propio país se convertiría en un inútil desde el momento en que las encuestas lo situaran por debajo del cincuenta por ciento.

Cuando era congresista en 1947, voté a favor de la enmienda veintidós, que limitaba la presidencia a dos mandatos. El Presidente Eisenhower(,) que bajo ninguna circunstancia hubiera tratado de gobernar por tercera vez, opinaba que la enmienda era un error. Luego de dejar su cargo, el Presidente Reagan, que probablemente hubiera sido reelegido para un tercer mandato, ha hecho campaña para su anulación. Yo me equivocaba y ellos tenían razón. [...] Otro argumento igualmente decisivo para la anulación de la enmienda es el de que los problemas a los que se enfrenta el país, tanto en el interior como en el exterior, son tan grandes hoy en día, que no podemos permitirnos un Gobierno congresista débil. Necesitamos una fuerte jefatura presidencial. El limitar arbitrariamente el ejercicio de la presidencia(,) ya sea imponiendo un mandato de seis años o manteniendo la enmienda veintidós, reduce enormemente la autoridad del Presidente, porque quienes se opongan a él sabrán que pronto llegará el día en que dejará de poder hacer algo por o en contra de ellos (NIXON, 1990, p. 221).

En este sentido, el tratadista francés André Hauriou se fijó en la inestabilidad que, en su opinión, aporta la no reelección obligatoria a la política de Estados Unidos:

La elección del presidente es el gran momento de la vida política de Estados Unidos. Cuando el presidente en funciones no puede ser reelegido y hay que designar una nueva personalidad, la agitación electoral dura casi dos años. Esta situación es criticable, desde el momento en que equivale más a la muerte política del presidente en activo, que al ejercicio normal de sus prerrogativas (HAURIOU, 1980, p. 525).

En sus memorias, escritas en 1978, Nixon mencionaba el origen de la Enmienda 25^a, que regula la sucesión en caso de incapacidad del presidente. Éste era un asunto de interés para él, porque, cuando ocupaba la vicepresidencia, Eisenhower tuvo su vida en peligro dos veces¹⁶. La enmienda se aprobó en el Congreso en 1965 y se ratificó por las legislaturas estatales en 1967. Tanto a la Enmienda 25^a como a la salud de Eisenhower, Nixon les dedicó varios párrafos en sus memorias publicadas en 1978, pero no mencionó su voto a favor de la Enmienda 22^a en el largo capítulo consagrado a sus años en el Congreso, como representante y senador. Hizo esto último casi doce años después en otro libro, y que ya hemos citado.

Cuando se tramitó la Enmienda 22^a, pasó a toda velocidad por el Congreso. La discusión anterior a la votación en la Cámara de Representantes duró sólo dos horas y en el Senado se prolongó por cinco días (MACGREGOR, Burns; DUNN, 2006).

Como en las tres décadas siguientes a la incorporación de la enmienda ningún presidente desempeñó dos mandatos completos, salvo Eisenhower, que nunca se planteó la posibilidad de un tercero, tal como afirma Nixon, su mantenimiento no fue más que un asunto de debate académico. Harry Truman (1945-1953), al que el articulado de la enmienda le permitía presentarse en las elecciones de 1952, renunció a hacerlo en marzo de ese año debido a los malos pronósticos electorales. Sólo a partir de gobernantes poderosos, como Ronald Reagan y Bill Clinton, que concluyeron sus presidencias rebosantes de la fuerza y popularidad necesarias para presentarse a una re-reelección, la prohibición pasó al debate público. Por la misma razón, la discusión sobre los efectos del veto constitucional en el presidente reelecto, que le convierte en un "pato cojo", se limitaba al período de Eisenhower, el único hasta finales de los años 80 sobre el que se pudo aplicar esta teoría. La sustancia de la teoría del "pato cojo" consiste en que el presidente pierde su prestigio y su autoridad cuando, con el segundo mandato ganado, se convierte en inelegible y empieza a acercarse a la puerta de salida de la Casa Blanca¹⁷;

¹⁶ El presidente sufrió en 1955 un infarto y en 1957 una trombosis.

¹⁷ Sobre la teoría del «pato cojo» y su realidad, cfr. KORZI, MICHAEL, «Lame Ducks? The 22nd Amendment and Presidential Second Terms», artículo presentado en la Reunión Anual de la Asociación Americana de Ciencia Política, Chicago. Los dos presidentes que ganaron dos mandatos y de cuyas memorias disponemos, Ronald Reagan y Bill Clinton, afirman que su último año completo en la presidencia, 1988 y 2000, fue magnífico y lleno de éxitos.

ya no tiene nada que ofrecer a los diputados, senadores y dirigentes de su partido, que empiezan a merodear en busca del próximo presidente.

MOTIVOS PARA EL FIN DE LAS PRESIDENCIAS		
PRESIDENTE	AÑOS	CAUSA
Harry Truman (Dem.)	1945-1953	Renuncia
Dwight Eisenhower* (Rep.)	1953-1961	Enmienda
John Kennedy (Dem.)	1961-1963	Magnicidio
Lyndon B. Jonson (Dem.)	1963-1969	Renuncia
Richard Nixon (Rep.)	1969-1974	Dimisión
Gerald Ford (Rep.)	1974-1977	Derrota
Jimmy Carter (Dem.)	1977-1981	Derrota
Ronald Reagan* (Rep.)	1981-1989	Enmienda
George H. Bush (Rep.)	1989-1993	Derrota
William Clinton* (Dem.)	1993-2001	Enmienda
George W. Bush* (Rep.)	2001-2009	Enmienda

* Presidentes que desempeñaron dos mandatos completos.

Tres de los presidentes reelectos en el último medio siglo interpretaron sus segundos mandatos como la aprobación popular a lo hecho en sus primeros mandatos.

Richard Nixon, después de las elecciones de 1972: "The dimensions of the victory were gratifying. [...] I allowed myself only a few minutes to reflect on the past. I was confident that a new era was about to begin, and I was eager to begin it." (NIXON, 1978, p. 716-717).

Ronald Reagan (1991, p. 343), después de las elecciones de 1984: "Habíamos ganado en cuarenta y nueve Estados con el cincuenta y nueve por ciento de los votos y consideré que las elecciones habían dado la aprobación a todo cuanto había estado tratando de hacer y eran el mandato para continuar.

Bill Clinton (2004, p. 851), después de las elecciones de 1996: "[...] la celebración no estaba tanto marcada por una euforia ruidosa como por la genuina alegría de que nuestra nación funcionara mejor, y porque el pueblo norteamericano hubiera dado su aprobación al trabajo que yo realizaba."

¿Les habría gustado a los tres presentarse a un tercero de haber tenido la oportunidad? Ya hemos visto que Nixon se retractó de su aprobación de la Enmienda 22^a. Una vez comenzado su segundo período, los otros dos presidentes citados criticaron el veto constitucional.

En febrero de 1986, Reagan declaró en una entrevista: "Deberíamos preguntarnos seriamente si no nos hemos inmiscuido en los derechos democráticos de los ciudadanos. Éstos pueden elegir al mismo senador durante cuarenta años o a un diputado o a cualquier cargo similar por el tiempo que les apetezca. ¿Por qué no tienen el derecho de votar por quienquiera que deseen?"¹⁸

Y Clinton propuso que, en vez de dos mandatos consecutivos en toda la vida, se permitan dos mandatos consecutivos, sin más, con lo que un presidente podría alternar períodos de ocho años con, como mínimo, uno de cuatro años inhábil en medio, como permiten las Constituciones argentina y brasileña:

Considero que dado que la gente tiene vidas más largas... la enmienda veintidós debería modificarse para decir "dos mandatos consecutivos", en vez de "dos mandatos consecutivos para siempre". [...] Puede darse el caso de que elijamos a un presidente de 45 o 50 años de edad y que veinte años más tarde el país se enfrente a los mismos problemas con los que lidió ese presidente antes. A los ciudadanos les gustaría recuperar a ese hombre o esa mujer, pero no tendrían manera de hacerlo.¹⁹

En una entrevista concedida a la revista Rolling Stone²⁰ al final de su último mandato, Clinton ya se había mostrado a favor de suprimir la Enmienda 22ª con el mismo argumento, la mayor esperanza de vida, pero resaltó que el cambio no lo pretendía para beneficiarse él; añadió que si hubiera tenido la posibilidad de presentarse a un tercer mandato lo habría hecho y, además, habría ganado a quienquiera que hubiese sido su rival.

Curiosamente, la misma opinión sobre sus expectativas electorales la tenía Lyndon B. Johnson. En sus memorias, explica por

¹⁸ Diario Washington Post, 10-2-1986. Se puede consultar en <http://www.presidency.ucsb.edu/ws/index.php?pid=36863&st=&st1=#axzz1G7w1Qe1o>

¹⁹ Cita original: «I think since people are living much longer... the 22nd Amendment should probably be modified to say two consecutive terms instead of two terms for a lifetime. [...] There may come a time when we elect a president at age 45 or 50, and then 20 years later the country comes up against the same kind of problems the president faced before. People would like to bring that man or woman back but they would have no way to do so» (29-5-2003). En <http://news.bbc.co.uk/2/hi/americas/2946802.stm>, página consultada el 9-3-2011.

²⁰ Revista Rolling Stone, 6-10-2000.

qué no se presentó a la reelección en 1968, enuncia los motivos por los que su vicepresidente perdió ante el Nixon, plantea la derrota como inevitable, pero añade: "A pesar de esto, estoy convencido de que si me hubiese presentado a la reelección habría sido elegido" (JOHNSON, 1971, p. 589-591).

A diferencia de Clinton, entre los argumentos que dio George Washington en septiembre de 1796 para rechazar un tercer mandato estaba el de su edad: "el peso de los años, que crece con los días, me amonesta más y más que la sombra del retiro me es tan necesaria como deseable"²¹. El general falleció en su residencia de Mount Vernon tres años después de este discurso; de haber aceptado una nueva reelección, a Washington la muerte le habría sorprendido en el poder.

6 El colegio electoral, la institución más discutida

Como 2012 es año electoral en EEUU, conviene comentar brevemente otra de las características constitucionales de este país respecto a la presidencia: el colegio electoral. Después de que Brasil y Argentina lo sustituyesen por la elección directa en sus Constituciones de 1988 y 1994, el único país de América que lo conserva es EEUU, pese a que es la institución más criticada de su edificio constitucional y se han presentado más de 500 propuestas legislativas para corregirlo o suprimirlo²².

Los constituyentes de Filadelfia se decantaron por el colegio electoral como un compromiso entre el bando que proponía la elección directa por el pueblo y el bando que defendía la elección por los estados. La intervención de los ciudadanos de EEUU en la elección del presidente, según las normas constitucionales de un Estado federal, era, al principio de la vida del país, menor de lo que ha acabado siendo debido a la extensión de la democracia participativa, el bipartidismo, y los medios

²¹ «(...) every day the increasing weight of years admonishes me more and more that the shade of retirement is as necessary to me as it will be welcome.» El discurso íntegro en inglés, en <http://www.access.gpo.gov/congress/senate/farewell/sd106-21.pdf>.

²² En un libro publicado en 1994, *The Electoral College and the Constitution: the case for preserving federalism*, su autor, Robert M. Hardway escribió que no existe un recuento exacto del número de propuestas de reforma y alternativas al sistema electoral registradas en el Congreso desde la Convención Constitucional de 1787 y que aquéllas oscilan entre 500 y 700.

de comunicación. Los votantes, en puridad, escogen a los miembros de un colegio electoral, distribuidos en circunscripciones estatales y con un criterio de asignación en el que prima el territorio por encima de la población, ya que cada estado tiene tantos electores como la suma de sus dos senadores y sus representantes en la Cámara; los electores se reúnen el 18 de enero siguiente a las elecciones en la capital de su estado para votar al presidente y al vicepresidente; cada estado dispone de un número de electores igual a la suma de parlamentarios en el Congreso (representantes y senadores). Si ningún candidato obtiene la mayoría, la Enmienda 12ª establece que la elección se traslada a la Cámara de Representantes, que elegirá al presidente entre los tres candidatos más votados para ese puesto en el colegio electoral, y al Senado, que nombrará al vicepresidente entre los dos más votados. En los más de dos siglos de elecciones se han visto todo tipo de problemas, apaños y paradojas: presidentes que lo fueron gracias a su victoria en los estados más poblados (Abraham Lincoln no ganó en 1860 en ningún estado del sur), candidatos fallecidos después de haber sido elegidos los miembros del colegio (el senador Horace Greely en 1872) y presidentes triunfadores con menos votos populares que sus rivales (Rutherford Hayes en 1876, Benjamín Harrison en 1888 y George Bush en 2000). La Cámara de Representantes decidió dos elecciones: la de 1800, debido al empate en el colegio entre dos candidatos, Thomas Jefferson y Aaron Burr, y la de 1824, en que escogió a John Quincy Adams, que había obtenido menos votos populares y electorales que Andrew Jackson.

A pesar de las reformas introducidas (traslado de las competencias para nombrar a los electores de las legislaturas de los estados a los ciudadanos y fijación de una misma fecha para la elección en todo el país) y el prestigio de las escasas tradiciones políticas que existen en EEUU, el sistema sigue siendo muy discutido.

El intento más serio para reformar el colegio electoral se realizó durante el primer mandato de Nixon (1969-1973). En febrero de 1969, recién nombrado, Nixon propuso en un mensaje al Congreso la introducción de la segunda vuelta electoral. Las elecciones de 1968 habían sido unas de las más crispadas que vivió el país hasta entonces: el presidente Johnson había renunciado a presentarse para un segundo mandato; el candidato Robert Kennedy había sido asesinado, al igual que el luchador por los derechos de la minoría negra Martin L. King; la

guerra de Vietnam dividía a los ciudadanos hasta el punto de causar trifulcas callejeras y desobediencia civil; y se había presentado un tercer candidato, el gobernador de Alabama George Wallace, con un programa en el que, entre otros puntos, abogaba por mantener la política de segregación racial. Wallace consiguió casi un 15% del voto popular y la victoria en cinco estados; Nixon sólo rebasó en 500.000 votos al candidato del Partido Demócrata, el vicepresidente Herbert Humphrey (en 1960, Nixon había perdido frente a John Kennedy por menos de 125.000 votos, pero ambas candidaturas sumaron el 99% de los votos válidos). Aunque al final no sucedió, el colegio podía haberse bloqueado entre los tres candidatos y, en consecuencia, la designación del presidente habría correspondido a la Cámara de Representantes, donde los demócratas tenían la mayoría absoluta. Nixon propuso que los electores de cada estado se distribuyesen entre los candidatos en proporción a los sufragios populares y que se introdujese la segunda vuelta entre dos candidatos si ninguna candidatura obtenía al menos un 40% del voto del colegio²³. Ese mismo año se empezó a tramitar en la Cámara de Representantes un proyecto de reforma constitucional en este sentido, llamado la Enmienda Bayth-Celler, pero decayó en el Senado en 1971. Desde entonces, ningún presidente se ha implicado en la reforma con intensidad similar a como lo hizo Nixon.

ELECCIÓN PRESIDENCIAL DE 1968			
CANDIDATO	Richard Nixon	Hubert Humphrey	George Wallace
PARTIDO	Republicano	Demócrata	Independiente
VOTOS ELECTORALES	301	191	46
ESTADOS GANADOS	32	13 + DC	5
VOTOS POPULARES	31.785.480	31.275.166	9.906.473

Fuente: Archivos Nacionales de EEUU²⁴

En las elecciones de 1992, de nuevo llegó a la presidencia un candidato con menos votos populares que sus rivales, ya que irrumpió un tercer candidato junto a los de los dos grandes partidos que recibió un 19% del voto. Los casi veinte millones de ciudadanos que escogieron las papeletas de Ross Perot y su vicepresidente no tuvieron ningún

²³ "I will support any plan that moves toward the following objectives: first, the abolition of individual electors; second, allocation to Presidential candidates of the electoral vote of each State and the District of Columbia in a manner that may more closely approximate the popular vote than does the present system; third, making a 40% electoral vote plurality sufficient to choose a President." Ver Nixon, 1969.

²⁴ <http://www.archives.gov/federal-register/electoral-college/scores.html#1968>.

representante en el colegio electoral; y eso que el porcentaje de voto del Partido Reformista fue mayor que el obtenido por Wallace en 1968, un 13,5%.

ELECCIÓN PRESIDENCIAL DE 1992			
CANDIDATO	Bill Clinton	George Bush	Ross Perot
PARTIDO	Republicano	Demócrata	Independiente
VOTOS ELECTORALES	370	168	0
ESTADOS GANADOS	32 + DC	18	0
VOTOS POPULARES	44.908.254	39.102.343	19.741.065

Fuente: Archivos Nacionales de EEUU²⁵

En las elecciones de 1996 se repitió lo ocurrido en 1992, ya que la suma de los sufragios reunidos por el segundo y el tercer candidatos, 45.682.591, superó la cantidad del primer candidato, que fue 45.590.703 votos.

En las elecciones de 2000, la composición y el resultado del colegio electoral causaron la mayor de las controversias, pues por primera vez desde el siglo XIX fue elegido un presidente con menos votos ciudadanos que el derrotado.

ELECCIÓN PRESIDENCIAL DE 2000		
CANDIDATO	George W. Bush	Albert Gore
PARTIDO	Republicano	Demócrata
VOTOS ELECTORALES	271	266
ESTADOS GANADOS	30	20 + DC
VOTOS POPULARES	50.456.062	50.996.582

Fuente: Archivos Nacionales de EEUU²⁶

Hay que recordar que no existe ninguna ley federal que obligue a los miembros del colegio a votar por el candidato por el que fueron designados; éste asunto es competencia estatal, y 29 estados más el distrito de Columbia establecen sanciones para los electores que incumplen su compromiso²⁷. Otra consecuencia de la condición federal de la república es que cada estado está facultado para regular como desee la manera de elegir a sus miembros del colegio electoral, y todos salvo dos (Nebraska

²⁵ <http://www.archives.gov/federal-register/electoral-college/scores.html#1992>.

²⁶ <http://www.archives.gov/federal-register/electoral-college/2000/index.html>

²⁷ <http://www.archives.gov/federal-register/electoral-college/laws.html>.

y Maine) mantienen el criterio de que el candidato más votado se lleva todos los votos electorales.

7 Conclusiones

La Constitución de EEUU no estableció ningún freno a la reelección continua del presidente, a diferencia de la segunda Constitución americana, la española de 1812. La única limitación fue de carácter consuetudinario y sólo se introdujo una enmienda (1947-1951) después de que un presidente ganase cuatro mandatos. El estudio de los resultados electorales desde Harry Truman muestra que los ciudadanos norteamericanos no aceptan las presidencias eternas, y por tanto los proyectos de derogación de la Enmienda 22^a ni han prosperado ni han atraído el interés popular y académico que tiene, como contraste, la reforma del colegio electoral. A un período de gobierno republicano de ocho años sucede otro demócrata de la misma duración, con las excepciones de los cuatro años de James Carter y los doce de Ronald Reagan y George H. Bush. Ambos períodos concluyeron debido al fracaso de sendos presidentes en lograr su reelección. ¿Le ocurrirá lo mismo a Barack Obama en 2012 o bien mantendrá la tendencia mayoritaria y, como presidente en ejercicio, ganará su segundo mandato? Los precedentes desde la guerra de Secesión, cuando en 1864 Abraham Lincoln ganó un segundo mandato, están a favor de la reelección de quien ocupa la Casa Blanca, pero con riesgos. De los veintiún presidentes que se presentaron a la reelección dos tercios la consiguieron, pero un tercio no. Entre las reglas cabalísticas que descifran las elecciones sobresale en estos tiempos la de que la economía estaba en recesión cuando fueron derrotados los tres últimos presidentes en ejercicio que se presentaron a la reelección: Herbert Hoover, James Carter y George H. Bush (NAVARRO-VALLS, 2009, p. 20).

Bibliografía

BARCIA TRELLES, Camilo. El ayer, el hoy y el mañana internacionales. *Revista de Estudios Políticos*, Madrid: Instituto de Estudios Políticos, n. 56, mar./abr. 1951.

BREWER-CARÍAS, Allan Randolph. La ilegítima mutación de la Constitución por el juez constitucional y la demolición del estado de derecho en Venezuela. *Revista de Derecho Político*, Madrid: Uned, n. 75-76, mayo/dic. 2009.

- CLINTON, Bill. *Mi vida*. Barcelona: Plaza y Janés, 2004.
- DUVERGER, Maurice. *Francia: parlamento o presidencia*. Madrid: Taurus, 1963.
- GARCÍA COTARELO, Juan. *El régimen político de los Estados Unidos*. 3. ed. Madrid: Tecnos, 1995.
- HARDWAY, Robert M. *The electoral college and the Constitution: the case for preserving federalism*. Westport (Coneccticut): Praeger Publishers, 1994.
- HAURIOU, André. *Derecho constitucional e instituciones políticas*. Barcelona: Ariel, 1980.
- JOHNSON, Lyndon B. *Memorias de un presidente: 1963-1969*. Barcelona: Dopesa, 1971.
- JOHNSON, Paul. *Estados Unidos: la historia*. Barcelona: Javier Vergara Ed., 2001.
- KORZI, Michael. *Lame Ducks? The 22nd Amendment and Presidential Second Terms*. 2007. Artículo presentado en la Reunión Anual de la Asociación Americana de Ciencia Política, Chicago. Se puede consultar em: <http://www.allacademic.com/meta/p_mla_ap_a_research_citation/2/0/8/7/2/p208728_index.html>.
- LINZ, Juan José. *Discurso de investidura como «doctor honoris causa»*. Madrid: Ed. de la Universidad Autónoma de Madrid, 1992.
- LINZ, Juan José. *Democracias: quiebras, transiciones y retos: obras escogidas*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2009. v. 4.
- MACGREGOR BURNS, James; DUNN, Susan. No more Two-Terms Blues. *Diario The New York Times*, 5 jan. 2006.
- MOLEY, Raymond. *After seven years*. 6th ed. New York and London: Harper y Brothers Publishers, 1939.
- MORRIS, Dick. *Juegos de poder: ganar o perder: cómo juegan la partida los grandes líderes políticos de la historia*. Buenos Aires: El Ateneo, 2002.
- NAVARRO-VALLS, Rafael. *Entre la Casa Blanca y el Vaticano*. Madrid: Ed. Internacionales Universitarias, 2009.
- NIXON, Richard. *Special Message to the Congress on Electoral Reform*, 20 de febrero de 1969. Disponible en: <<http://www.presidency.ucsb.edu/ws/index.php?pid=2400#axzz1ZQxZhnhl>>. Página consultada el: 13 jun. 2011.

_____. *The memoirs of Richard Nixon*. Londres: Sidwick & Jackson, 1978.

_____. *En la arena: memorias de victorias, derrotas y renovación*. Barcelona: Plaza y Janés, 1990.

REAGAN, Ronald. *Una vida americana*. Barcelona: Plaza y Janés, 1991.

SCHLESINGER JR., Arthur M. *La presidencia imperial*. Barcelona: Dopesa, 1974.

TOCQUEVILLE, Alexis de. *La democracia en América*. Madrid: Sarpe, 1984.

TRUMAN, Harry. *Memorias: años de prueba y esperanza: de Hiroshima a la NATO*. Barcelona: Vergara Ed., 1956.



SGI

SECRETARIA DE GESTÃO DA INFORMAÇÃO

Esta obra foi composta na fonte Frutiger LT Std 55 Roman,
corpo 11, entrelinhas de 14,5 pontos, em papel AP 75 g/m² (miolo)
e papel Cartão Supremo 250 g/m² (capa).

Estudos Eleitorais

A Escola Judiciária Eleitoral do Tribunal Superior Eleitoral apresenta o primeiro número da revista Estudos Eleitorais de 2012.

Confira o conteúdo deste fascículo composto de sete artigos, quatro deles em português, dois artigos em italiano e um em espanhol:

- Jurisdição Eleitoral: reflexão teórico-pragmática baseada em uma aproximação ao caso europeu – José Julio Fernández Rodríguez e Daniel Neira Barral.
- O princípio da não culpabilidade e sua aplicabilidade em matéria eleitoral – Bianca Lorena Dias Cantero.
- Estudos referentes à distribuição por dependência prevista no art. 253, I, CPC, no âmbito da Justiça Eleitoral – Alessandro Rodrigues da Costa.
- Lei Complementar 135/2010: natureza jurídica das inelegibilidades e diálogo constitucional – Luciano Feres Fonseca da Cunha.
- Legislazione elettorale e forma di governo italiana - Giuseppe de Vergottini.
- Il Caso Ruiz Zambrano tra cittadinanza europea, discriminazioni a rovescio e nuove possibilità di applicazione della carta dei diritti fondamentali dell'unione – Fausto Vecchio.
- Ocho años son suficientes la enmienda 22ª a la Constitución de EEUU – Pedro Maria Fernández Barbadillo.

