
DA APLICABILIDADE DA LEI DO BALANCEAMENTO DE ROBERT ALEXY NA PONDERAÇÃO DA POTENCIALIDADE LESIVA NOS ILÍCITOS ELEITORAIS SUSCETÍVEIS DE CASSAÇÃO DE REGISTRO, DIPLOMA OU MANDATO.

Rafael Henrique Guimarães Teixeira de Freitas

Mestre em Direitos e Garantias Fundamentais pela Faculdade de Direito de Vitória, Espírito Santo, Brasil. Professor universitário.

Procurador Geral da Assembleia Legislativa do Estado do Espírito Santo.

Ricardo Benetti Fernandes Moça

Especialista em Direito Público. Autor de artigos jurídicos.

Sub-Procurador Geral da Assembleia Legislativa do Estado do Espírito Santo.

Helio Deivid Amorim Maldonado

Mestre em Direitos e Garantias Fundamentais pela Faculdade de Direito de Vitória, Espírito Santo, Brasil.

Advogado Especialista em Direito Eleitoral.

Sumário: 1. Introdução: da invariância da aplicabilidade do artigo 489, §2º, do Código de Processo Civil, quando do aferimento da potencialidade lesiva dos ilícitos eleitorais passíveis de cassação de registro, diploma ou mandato. 2. Da estrutura formal da Lei do Balanceamento de Robert Alexy, e da racionalidade do discurso da argumentação jurídica na atribuição de dimensão de peso a princípios colidentes. 3. Conclusão: da obrigatoriedade de observância formal da Lei do Balanceamento na fundamentação da decisão de cassação de registro, diploma ou mandato, e da observância de limites estruturais à discricionariedade judicial. 4. Referências Bibliográficas.

Resumo: O exercício da jurisdição, como o poder de interpretar e aplicar o Direito, solvendo assim o litígio, é o lugar privilegiado para a hermenêutica jurídica. Dessa forma o presente texto busca firmar balizas para a aplicabilidade da

Lei do Balanceamento de Robert Alexy na ponderação da potencialidade lesiva nos ilícitos eleitorais suscetíveis de cassação de registro, diploma ou mandato.

Palavras-Chave: Hermenêutica Jurídica. Lei do Balancemaneto. Robert Alexy. Ilícitos eleitorais. Soluções.

THE APPLICABILITY OF THE ROBERT ALEXY BALANCING LAW TO THE WEIGHTING OF THE HARMFUL POTENTIAL IN ELECTORAL OFFENSES SUSCEPTIBLE TO REVOCATION OF REGISTRATION, DIPLOMA OR MANDATE.

Abstract: The exercise of jurisdiction, as the power to interpret and apply the law, thus resolving the dispute, is the privileged place for legal hermeneutics. Thus, the present text seeks to establish guidelines for the applicability of the Robert Alexy Balancing Law in the weighting of the harmful potential in electoral crimes that are subject to revocation of registration, diploma or mandate.

Keywords: Legal Hermeneutics. Balancing Act. Robert Alexy. Electoral offenses. Solutions.

1. Introdução: da invariância da aplicabilidade do artigo 489, §2º, do Código de Processo Civil, quando do aferimento da potencialidade lesiva dos ilícitos eleitorais passíveis de cassação de registro, diploma ou mandato.

Consoante o parágrafo único, do artigo inaugural da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988: “Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição”. Destarte, o poder constituinte originário erigiu o princípio democrático como norma de legitimação e organização do poder político do Estado.

Para tanto, na dimensão de sua realização, também a Constituição Federal positivou em seu artigo 14 os direitos políticos, retratados tanto na ca-

pacidade eleitoral ativa de participação do cidadão no sufrágio¹ e utilização de outros instrumentos de democracia direta (plebiscito, referendo e iniciativa popular), como refletido na capacidade eleitoral passiva do cidadão receber a titularidade de mandato eletivo no regime de democracia representativa, por meio do processo eleitoral².

Por via de consequência, com o escopo de procedimentalização dos direitos políticos, mormente do direito de ser votado, o ordenamento jurídico eleitoral³ estabelece diversas fases do processo eleitoral, iniciando-o com o alistamento do eleitorado, a realização das convenções partidárias para a escolha interna pelas agremiações políticas de seus concorrentes, seguindo-se com o registro das candidaturas, realização da propaganda eleitoral, e termino disso tudo com a preparação, organização e realização do pleito, para depois da proclamação do resultado e diplomação dos eleitos findar a Justiça Eleitoral o ciclo periódico e finito do processo eleitoral.

Sobre a relação entre o princípio democrático, os direitos políticos, e o processo eleitoral, observa Rodrigo López Zilio que ao ordenamento jurídico eleitoral procedimentalizar os direitos políticos acaba o mesmo por restringir aqueles, pelo que somente a higidez do processo eleitoral possibilita “o acesso ao poder constituído pelos representantes justamente eleitos em conformidade com as regras do jogo democrático” (2018, p. 444).

Emerge desta percepção a tensão entre o princípio democrático e a necessidade de salvaguarda do processo eleitoral contra a prática de ilícitos eleitorais por parte de partidos, coligações, candidatos e colaboradores da campanha eleitoral. Para tanto, o ordenamento jurídico eleitoral positivou ao longo do tem-

¹ Na inteligência de PEDRA (2012, p. 128) “o sufrágio é um direito público subjetivo de natureza política, que tem o cidadão de eleger, ser eleito e de participar da organização e da atividade do poder estatal”.

² Na exegese do artigo 16 da Constituição Federal, que positiva o princípio da anualidade da lei eleitoral, o Supremo Tribunal Federal, em referência às Eleições de 2010, ano de edição da Lei Complementar nº. 135/2010 (Lei da Ficha Limpa), entendeu, quando do julgamento do Recurso Extraordinário nº 633703, que a expressão processo eleitoral é encarada em sentido jurídico material, relaciona ao conjunto de atos jurídicos eleitorais que se sucedem no tempo e no espaço numa cadeia sucessivamente dependente.

³ Que engloba a Constituição Federal, o Código Eleitoral (Lei nº 4737/65), a Lei de Inelegibilidades (Lei Complementar nº 64/90), a Lei das Eleições (Lei nº 9.504/97) e a Lei Orgânica dos Partidos Políticos (Lei nº 9.096/95).

po os ilícitos eleitorais inominados, consistentes nos conceitos jurídicos indeterminados de abuso de poder⁴ econômico, político e dos meios de comunicação, além da fraude eleitoral, previstos no artigo 14, § 10, da Constituição, e artigo 19 da Lei Complementar nº 64/90. E positivou também os ilícitos eleitorais nominados na Lei 9.504/97, sendo eles a violação às regras atinentes à arrecadação e gastos de campanha (artigo 30-A), a captação ilícita de sufrágio (artigo 41-A) e as condutas vedadas por parte de agentes públicos durante o período eleitoral (artigo 73 a 77).

Competindo à Justiça Eleitoral promover o controle externo antes, durante e depois do processo eleitoral, para aferimento da higidez do mesmo e ateste, então, da legitimidade de seu resultado.

A eleição, portanto, é o instrumento pelo qual a vontade soberana manifestada pelo povo ativo se transforma em mandatos políticos representativos, observadas as regras de um dado sistema eleitoral. Entretanto, nem todo processo eleitoral é absolutamente infenso a interferências externas. Assim, estabelecidas as regras do jogo e a forma de acesso ao poder constituído, torna-se necessário adotar um modo de controle da regularidade desse processo de escolha. Após uma amarga experiência por um controle endógeno da representação política-eletiva (quando prevaleceu um sistema de controle político das eleições, denominado “verificação dos poderes”), no Brasil, atualmente, vige um sistema de controle jurisdicional das eleições, que foi inaugurado com a criação da Justiça Eleitoral em 1932 (ZILIO, 2018, p. 444).

Entrementes, haja vista o desenvolvimento cronológico e individualmente posto das fases do processo eleitoral, além da positivação dos ilícitos eleitorais, no âmbito do direito processual eleitoral vige “a tipicidade das ações eleitorais”, querendo isso dizer que para cada crise de direito material

⁴ Lançando cânones para a conformação empírica do abuso de poder, já ilustramos o seguinte (MALDONADO, 2013, p. 46):

“Logo, genericamente, a expressão abuso de poder deve ser entendida como a prática de condutas vedadas ou mesmo permitidas em lei, sendo que, no último caso, o agente atua na margem da legalidade, mas transbordando sutilmente seus limites, mediante desvio de finalidade de seu comportamento.

De todo modo, para que ocorra o abuso de poder na seara eleitoral, necessário é que se tenha em mira processo eleitoral futuro ou que já se encontre em marcha”.

decorrente de uma transgressão eleitoral haverá uma ação eleitoral específica à servir de meio ao seu sancionamento. Bem elucidam isso Jorge, Liberato e Rodrigues (2016, p. 412):

É justamente por causa desta relação entre técnica e direito material que se exige que o tempo e o prazo de realização do próprio ato eleitoral (que em conjunto formam o processo eleitoral), também determinem que as técnicas e ferramentas de controle de sua regularidade e validade também se submetam a um regime jurídico de tipicidade de técnica e tempo adequados. Por isso, pode-se dizer que para cada ato jurídico eleitoral e seus respectivos efeitos há uma técnica específica, tipicamente prevista pelo legislador, de forma que exista uma correspondência entre a técnica e o respectivo ato, sempre de acordo (e em respeito) com o sistema de prazos e tempo de realização do próprio processo eleitoral (sufrágio) para salvaguarda da democracia representativa.

Outrossim, nada obstante a aparente diversidade de bens jurídicos tutelados nos ilícitos eleitorais inominados (o artigo 14, §10, da Constituição, e o artigo 19 da Lei Complementar nº 64/90, protegem a normalidade e legitimidade do pleito) e nominados (os artigos 30-A, 41-A e 73 *usque* 77, todos da Lei nº 9.504/97, tutelam, respectivamente, a transparência da arrecadação e gastos de campanha, a liberdade do exercício do direito do voto e a igualdade de condições entre os candidatos concorrente ao pleito), pela própria disposição do artigo 22 da Lei Complementar nº 64/90 e remissões ao rito do mesmo feita pelos artigos 30-A, §1º, 41-A, e 73, §12, da Lei nº 9.504/97, a Ação de Investigação Judicial Eleitoral é lançada como instrumento adequado e universal para o sancionamento dos ilícitos eleitorais até o fim do processo eleitoral com a diplomação dos eleitos. Após, pelo remetido pelo §10, do artigo 14, da Constituição: “O mandato eletivo poderá ser impugnado ante a Justiça Eleitoral no prazo de quinze dias

contados da diplomação, instruída a ação com provas de abuso do poder econômico, corrupção ou fraude”.

Ocorre que, para a incidência do consequente normativo de cassação de registro, diploma ou mandato, em decorrência da prática antecedente dos ilícitos eleitorais inominados (previsão do inciso XIV, do artigo 22, da Lei Complementar nº 64/90) e nominados (previsões respectivas dos artigos 30-A, §2º, 41-A, e 73, §2º, da Lei nº 9.504/97) não basta a conformação formal de sua prática. É exigido um elemento material adicional de proporcionalidade entre o ato praticado e a sanção a lhe ser imposta (denominado de “potencialidade lesiva”, extraída da gravidade das circunstâncias da prática do ilícito), em decorrência da colisão dos bens jurídicos tutelados pelos ilícitos eleitorais e o princípio democrático, traduzido esse último no resultado do processo eleitoral manifestado nas urnas pela vontade popular.

Procede a assertiva, visto que além da normatização específica a esse respeito em relação aos ilícitos eleitorais inominados prevista no inciso XVI, do artigo 22, da Lei Complementar nº 64/90 (“para a configuração do ato abusivo, não será considerada a potencialidade de o fato alterar o resultado da eleição, mas apenas a gravidade das circunstâncias que o caracterizam”), chama a atenção Rodrigo Martiniano Ayres Lins que também no que tange aos ilícitos eleitorais nominados “a Justiça Eleitoral incorporou, na sua praxe para aferir a possibilidade de aplicar sanções em decorrência de ilícitos eleitorais, a aplicação do princípio da proporcionalidade” (2018, p. 432).

Colhe-se, nesse sentido, recente precedente do Tribunal Superior Eleitoral, que muito bem resume a história da jurisprudência eleitoral até aqui vivenciada:

ELEIÇÕES 2010. GOVERNADOR E VICE-GOVERNADORA. RECURSO ESPECIAL RECEBIDO COMO ORDINÁRIO. FUNGIBILIDADE. AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO JUDICIAL ELEITORAL. ABUSO DE PODER POLÍTICO. USO INDEVIDO DOS

MEIOS DE COMUNICAÇÃO. INAPLICABILIDADE DA LEI DA FICHA LIMPA ÀS ELEIÇÕES DE 2010. PRECEDENTES. GRAVIDADE DAS CIRCUNSTÂNCIAS. NECESSIDADE DE ANÁLISE PREVIAMENTE FIRMADA EM SEDE JURISPRUDENCIAL. ABUSO DE PODER NÃO CARACTERIZADO. RECURSO DESPROVIDO. 1. Este Tribunal Superior sedimentou jurisprudência no sentido de que as modificações introduzidas pela LC nº 135/2010 não se aplicam às eleições de 2010.2. Esse entendimento deu-se em observância à decisão do Supremo Tribunal Federal no julgamento do Recurso Extraordinário nº 633.703/MG, de relatoria do Ministro Gilmar Mendes, DJe de 18.11.2011, a qual foi chancelada nos autos das ADCs nº 29 e nº 30, em que se assentou que as inovações introduzidas pela Lei da Ficha Limpa alcançariam atos e fatos ocorridos antes de sua vigência, ressalvada, contudo, a compreensão de que tais modificações não deveriam ser aplicadas às eleições gerais de 2010. 3. Todavia, a jurisprudência deste Tribunal, antes mesmo da vigência da LC nº 135/2010, já não aplicava exclusivamente o critério da potencialidade lesiva dos fatos para aferir a existência de abuso de poder, na medida em que também examinava a gravidade das circunstâncias da conduta apurada (RCED nº 661/SE, Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, DJe de 16.2.2011; RCED nº 703/SC, Rel. Min. Felix Fischer, DJe de 1º.9.2009). 4. Ao modificar o art. 22, XVI, da Lei Complementar nº 64/1990, a Lei da Ficha Limpa apenas cristalizou, normativamente, o entendimento anteriormente desenvolvido pela jurisprudência deste Tribunal.

5. In casu, do exame do conteúdo fático-probatório dos autos, constata-se que o abuso de poder não restou configurado. Com efeito, verifica-se que as circunstâncias fáticas extraídas das provas colacionadas aos autos não evidenciam que as condutas impugnadas possuem gravidade suficiente (tampouco potencialidade lesiva) para comprometer a normalidade e a legitimidade do pleito eleitoral, razão pela qual não se caracteriza o ilícito eleitoral previsto no art. 22 da LC nº 64/90.

6. Ex positis, acompanho o Relator para receber o recurso especial da Coligação A Força do Povo como ordinário, em homenagem ao princípio da fungibilidade recursal, e, no mérito, negar-lhe provimento, mantendo-se a conclusão exarada pela instância a quo no sentido da não configuração do abuso de poder na espécie.

(Recurso Ordinário nº 418156, Acórdão, Relator(a) Min. Dias Toffoli, Publicação: DJE - Diário de justiça eletrônico, Tomo 36, Data 20/02/2019, Página 70-71)

Entretanto, em contrapartida denuncia Lins que, no repertório de jurisprudência eleitoral sobre a avaliação da proporcionalidade nos ilícitos eleitorais para a incidência da sanção drástica de cassação de registro, diploma ou mandato: “em nenhuma das decisões analisadas se verificou de forma clara e expressa a exposição de metodologia científica, e uniforme, para ponderar as circunstâncias que atrairiam a incidência concreta daqueles e seu correto manejo ao caso concreto” (2018, p. 440). Sendo que, na visão de Lins: “é imprescindível a utilização de metodologia científica adequada para que as decisões judiciais não possam traduzir arbítrio” (2018, p. 439).

Destarte, muito é bem vinda no processo eleitoral a metarregra hoje prevista no artigo 489, §2º, do Código de Processo Civil, que disciplina que: “No caso de colisão entre normas, o juiz deve justificar o objeto e os critérios gerais

da ponderação efetuada, enunciando as razões que autorizam a interferência na norma afastada e as premissas fáticas que fundamentam a conclusão”.

Sendo que, apesar da autonomia do direito processual eleitoral, hodiernamente também o Código de Processo Civil, em seu artigo 15, lança que: “Na ausência de normas que regulem processos eleitorais, trabalhistas ou administrativos, as disposições deste Código lhes serão aplicadas supletiva e subsidiariamente”. Destacando João Andrade Neto razões substancialmente relevantes da aplicabilidade do artigo 489, §2º, do Código de Processo Civil ao processo eleitoral, vez que o mesmo “se preocupa em estabelecer critérios para decisões obtidas por meio da ponderação” (2016, p. 374).

Este é exatamente o objetivo do presente trabalho: postular a aplicabilidade do artigo 489, §2º, do Código de Processo Civil, como elemento formal do dever de fundamentação da decisão judicial (artigo 93, inciso IX, da Constituição), quando do aferimento da potencialidade lesiva, pela gravidade das circunstâncias da prática do ilícito eleitoral, para legitimar a incidência da sanção de cassação de registro, diploma ou mandato imposta pela Justiça Eleitoral.

2. Da estrutura formal da Lei do Balanceamento de Robert Alexy, e da racionalidade do discurso da argumentação jurídica na atribuição de dimensão de peso a princípios colidentes.

Enunciam Júnior, Nunes, Bahia e Pedron que o artigo 489, §2º, do Código de Processo Civil, incorporou no seu pressuposto teórico a Lei do Balanceamento de Robert Alexy⁵, ao “tornar obrigatória a exposição de como foi resolvido o conflito entre princípios” (2015, p. 321).

Entrementes, relembra Lins que na solução da colisão entre princípios a Lei da Ponderação “é a construção teórica mais clássica e largamente difundida e aplicada pelo Poder Judiciário no Brasil, fundada, em essência, no magistério de Robert Alexy” (2018, p. 423). Contudo, a aplicabilidade da Lei do

⁵ Nesse sentido também Lênio Luis Streck (2015, p. 02) observa que “quando o legislador fala em ponderação, podemos estar certos de que está se referindo a longa tradição representada pela recepção (embora absolutamente equivocada) em *terrae brasilis*, da ponderação (*Abwägung*) da teoria da argumentação proposta por R. Alexy.

Balanceamento na práxis judiciária nacional recebe duras críticas em decorrência de sua errônea metodológica, ao ponto de, a partir de pesquisa empírica de Fausto Santos de Moraes sobre centenas de julgados do Supremo Tribunal Federal⁶, Lenio Streck dizer que: “a nossa Suprema Corte, nas quase duzentas vezes que lançou mão da ponderação nos últimos dez anos, em nenhum dos casos o fez nos moldes propostos por seu criador alemão” (2015, p. 02).

Logo, para evitar a incorreção metodológica na aplicação da Lei do Balanceamento no aferimento da potencialidade lesiva quando da colisão entre o princípio democrático e os princípios da normalidade e legitimidade das eleições, transparência da publicidade da prestação de contas da campanha eleitoral, incolumidade da vontade popular, e igualdade de oportunidade entre os concorrentes ao pleito, imperiosa é a reconstrução descritiva da teoria de Alexy.

Nessa senda, é de se dizer que Robert Alexy desenvolveu a Lei do Balanceamento a partir da análise do acervo de jurisprudência da Corte Constitucional Federal Alemã. Paradigmaticamente tomou em consideração o caso Lüth, decidido em 1958. Dito precedente dá conta que a pessoa de Lüth passou a promover campanha pública contra o filme do cineasta Veith Harlan, pois esse no regime nazista fora o diretor de maior destaque na produção da propaganda nacional-socialista. No litígio o Tribunal Distrital de Hamburgo decidiu, haja vista a previsão do artigo 826 do Código Civil Alemão, que o comportamento de Lüth era ilegal, eis que sua ação era contra a “*public policy*”, pois visava evitar o ressurgimento de Harlan como grande diretor de cinema, não obstante o fato de ele não somente haver passado pelo processo de “desnazificação”, mas de também não haver sido condenado em uma ação penal por crime de guerra” (ALEXY, 2003, p. 132). Irresignado, Lüth apresentou queixa à Corte Constitucional Federal Alemã, decidindo a mesma que diante da colisão entre a liberdade de expressão protegida pela primeira seção do artigo 5º da Lei Fundamental Alemã, e a proteção da personalidade alheia a autorizar a restrição daquela na segunda

⁶ A pesquisa de Fausto Santos de Moraes também é referenciada por Georges Abboud e Júlio César Rossi (2017, p. 117 e 118), especificando os mesmos as aporias de aplicabilidade da Lei do Balanceamento pelo Supremo Tribunal Federal.

seção do mesmo artigo por “lei geral”, a Corte promoveu um balanceamento para diante das circunstâncias do caso concreto dar prevalência à liberdade de expressão. Na conclusão de Alexy (2003, p. 133):

A Corte Constitucional argumentou que não seria suficiente observar esses dois supostos lados isolados. Ao contrário, a Corte requereu que houvesse um balanceamento ou um sopesamento dos princípios colidentes em que a aplicação de regras do Direito civil poderia limitar um direito constitucional. O resultado do seu balanceamento foi que ao princípio da liberdade de expressão deveria ser dado prioridade sobre considerações constitucionais concorrentes. Ele exigiu que o dispositivo “contra a *public policy*” do art. 826 do Código Civil Alemão fosse interpretado de acordo com essa prioridade, ou seja, em uma palavra, Lüth ganhou.

Emergiu desse paradigma na ideia de Alexy que as normas de direitos fundamentais previstas na Constituição são “justiciáveis”. Isto é, “a vinculatividade dos direitos fundamentais, ao fim e ao cabo, está em poderem ser apresentados no plano jurídico quando violados” (HECK, 2000, p. 73). E mais, na sua tessitura normativa ditas normas de direitos fundamentais, apesar de garantirem direitos subjetivos, têm estrutura semanticamente aberta. Ou seja, fornecem mandamentos com caráter *prima facie*, pois “exigem que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades fáticas e jurídicas existentes” (ALEXY, 2006, p. 103), eis que “representam razões que podem ser afastadas por razões antagônicas. A forma pela qual deve ser determinada a relação entre razão e contra-razão não é algo determinado pelo próprio princípio” (ALEXY, 2006, p. 104).

Destarte, conclui Alexy que, invariavelmente, as normas de direitos fundamentais estão suscetíveis à colisão. Desse modo, Alexy promove um recorte epistemológico das normas de Direito para divisar regras (que ofertam um mandamento definitivo diante dos pressupostos de fato e de direito que contém,

aplicáveis de maneira subsuntiva pelo binômio validade ou invalidade no eventual conflito entre regras, solúvel esse por cláusula de exceção dentro da própria regra ou pelos critérios ortodoxos de solução de antinomias⁷) e princípios como “mandamentos de otimização”, sendo este o molde próprio dos direitos fundamentais. Tal diferenciação entre regras e princípios de natureza qualitativa é a questão angular da própria Teoria dos Direitos Fundamentais de Robert Alexy. Sobre tal diferenciação segue o magistério do mesmo:

O ponto decisivo na distinção entre regras e princípios é que princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Princípios são, por conseguinte, mandamentos de otimização, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas. O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras colidentes.

Já as regras são normas que são sempre ou satisfeitas ou não satisfeitas. Se uma regra vale, então, deve fazer exatamente aquilo que ela exige; nem mais, nem menos. Regras contém, portanto, determinações no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível. Isso significa que a distinção entre regras e princípios é uma distinção qualitativa, e não uma distinção de grau. Toda norma é ou uma regra ou um princípio (ALEXY, 2006, p. 90-91).

Todavia, haja vista a justiciabilidade intermediária dos direitos fundamentais (aplicam-se na medida do possível), e sua inflexível colisão entre

⁷ Luís Afonso Heck apresenta os critérios de solução do conflito entre regras (2000, p. 75):

“O conflito entre regras pode ser resolvido de duas formas: ou se introduz uma cláusula de exceção dentro da regra, que elimina o conflito, ou se declara, pelo menos, uma regra inválida. (...)”

Se a introdução de uma cláusula de exceção não entra em conta, vem, então, o segundo caso, ou seja, pelo menos uma regra deve ser declarada como inválida. Para a solução deste tipo de conflito existem os meios seguintes: a lei posterior derroga a lei anterior, a lei especial derroga a lei geral”.

princípios (aplicam-se de acordo com os limites fáticos e jurídicos dos princípios outros colidentes), o método ordinário da subsunção na aplicação das regras não lhe serve, porque, conforme observa Luís Afonso Heck, tanto “o emprego do meio da inserção da cláusula de exceção ocorre sem a ponderação dessa exceção” (2000, p. 76), como os critérios ortodoxos de solução de antinomias (hierárquico, especial e temporal) são insuficientes, vez que a colisão de direitos fundamentais sempre dar-se-á no âmbito interno de uma mesma Constituição.

Para solução, então, da colisão entre direitos fundamentais, e, por conseguinte, entre princípios, Alexy desenvolve a Lei do Balanceamento (subprincípio do princípio da proporcionalidade) como “verdadeira norma de sobredireito, instrumental, que tenciona permitir o *balancing* de outros princípios de conteúdo substantivo em colisão, a viabilizar uma harmonização prática entre eles ou mesmo a exclusão de um em detrimento do outro, tudo a depender da conjuntura que se apresente” (LINS, 2018, p. 423). No registro de Alexy:

Essa regra expressa uma lei que vale para todos os tipos de sopesamento de princípios e pode ser chamada de *lei do sopesamento*. Segundo a lei do sopesamento, a medida permitida de não-satisfação ou de afetação de um princípio depende do grau de importância da satisfação do outro. Na própria definição do conceito de princípio, com a cláusula ‘dentro das possibilidades jurídicas’, aquilo que é exigido por um princípio foi inserido em uma relação com aquilo que é exigido pelo princípio colidente. A lei de colisão expressa em que essa relação consiste. Ela faz com que fique claro que o peso dos princípios não é determinado em si mesmo ou de forma absoluta e que só é possível falar em pesos relativos (ALEXY, 2006, p. 167-168).

Nessa senda, a Lei do Balanceamento perpassa pelas etapas sequenciadas e sucessivas da:

- a) adequação, ligada às possibilidades fáticas, de aferimento da idoneidade da eleição de sacrifício do princípio colidente como meio de proteção do princípio prevalente;
- b) necessidade, relacionada às possibilidades fáticas, de identificação da existência de outros meios a garantirem a proteção do princípio prevalente sem o sacrifício do princípio colidente, como expressão própria da “optimal de Pareto”, isto é, “uma posição pode ser melhorada sem ser em detrimento da outra” (ALEXY, 2003, p. 135);
- c) proporcionalidade em sentido estrito, referente às possibilidades jurídicas, como a relação entre a idoneidade do sacrifício do princípio colidente para a proteção do princípio prevalente, e inexistência de meios outros para salvaguarda desta proteção.

Essa metarregra final da proporcionalidade em sentido estrito “estabelece que quanto maior o grau de não-satisfação ou de detrimento de um princípio, maior a importância de se satisfazer o outro” (ALEXY, 2003, p. 136), de modo a evidenciar na Lei do Balanceamento a presença de “curvas de indiferença” como meio de representação gráfica da precedência de princípios, autorizando a aplicação da “lei da taxa marginal decrescente de substituição”, em que no âmbito da argumentação jurídica são justificadas as dimensões de peso concretamente atribuídas (nos diferentes graus “leve”, “moderada” e “séria”) na relação de precedência condicionada entre os princípios postos, associando Alexy ao cabo de tudo a Lei do Balanceamento à Teoria da Argumentação Jurídica em torno de princípios.

No comentário de Lênio Luiz Streck sobre a Lei do Balanceamento de Alexy, obtempera o mesmo que (2015, p. 03):

Recorrendo ao simbolismo lógico, o autor vai elaborar, então, a sua “fórmula do peso”, uma equação que representa a máxima da proporcionalidade em senti-

do estrito e através dela permitir ao intérprete atribuir graus de intervenção e importância (leve, moderada ou sério-forte) a cada um dos princípios a fim de estabelecer qual prevalecerá [atenção, Pindorama: entenderam como é ‘simples’ isso?]. A resposta obtida pela ponderação resultará numa norma de direito fundamental atribuída (Zugeordnete Grundrechtsnorm) que, fruto da resolução dessa colisão, será uma regra aplicada substancialmente ao caso concreto (e que servirá para resolver também outros casos).

Por via de consequência, Alexy proporciona pela Lei do Balanceamento a racionalidade na ponderação quando da colisão entre princípios, a partir do percorrido formal da argumentação jurídica ao curso das etapas da Lei do Balanceamento, desconstruindo, assim, as críticas direcionadas à sua teoria sobre a irracionalidade do método⁸ que a mesma propala.

Outrossim, a Lei do Balanceamento de Alexy veicula, além de uma teoria analítica, também uma teoria normativa, “uma vez que não se restringe à uma análise formal da estrutura lógica das proposições em questão, marchando em direção da busca por critérios da racionalidade do discurso” (STRECK, 2015, p. 03), sendo que na sua perspectiva a racionalidade da argumentação jurídica decorre de sua realização dentro dos “limites no âmbito de um ordenamento jurídico que pressupõe como válido um conceito de direito vinculado a uma Moral que atua com pretensão de correção de forma a impedir situações de notória injustiça” (STRECK, 2015, p. 03).

Assim sendo, a partir dessa visada, Alexy afasta a segunda crítica que é direcionada à sua teoria: da discricionariedade. Pelo que a racionalidade do discurso é extraída da argumentação da atribuição da dimensão de peso “não somente na relação entre os juízos sobre graus de intensidade e os juízos sobre

⁸ Na crítica de Habermas, traduzida por Alexy (2003, p. 134): “não há critérios racionais (rational standards) para o balanceamento: precisamente porque aqui não há padrões racionais, o sopesamento de valores ocorre ou arbitrária ou irrefletidamente, segundo os padrões e hierarquias costumeiros”.

proporcionalidade, mas também na relação entre os juízos sobre grau de intensidade e as razões postuladas para justificá-los” (ALEXY, 2003, p. 139).

Feitas essas elucidações sobre a extensão metodológica da Lei do Balanceamento de Alexy, ao lado da defesa de aplicabilidade do artigo 489, §2º, do Código de Processo Civil no direito processual eleitoral, tendo em vista exatamente a incorporação desse pressuposto teórico à Lei Adjetiva Civil, também é objetivo do presente trabalho expor o cumprimento racional da Lei do Balanceamento no aferimento da potencialidade lesiva do ilícito eleitoral, para legitimar a incidência da sanção de cassação de registro, diploma ou mandato pela Justiça Eleitoral, quando da colisão entre o princípio democrático e os demais princípios tutelados pelos ilícitos eleitorais inominados e nominados, bem como, concomitantemente, fixar diretrizes para minar a discricionariedade (ou mesmo a arbitrariedade) nessa verificação⁹.

3. Conclusão: da obrigatoriedade de observância formal da Lei do Balanceamento na fundamentação da decisão de cassação de registro, diploma ou mandato, e da observância de limites estruturais à discricionariedade judicial.

O exercício da jurisdição, como o poder de interpretar e aplicar o Direito, resolvendo assim o litígio, é o lugar privilegiado para a hermenêutica jurídica. Nesse diapasão, na inevitável trajetória entre texto de Lei, como um dado de entrada na interpretação e aplicação do Direito, e Norma, como produto da jurisdição (SILVA, 2002, p. 33), selecionando o juiz dentro do limite no ordenamento jurídico a resposta correta ao caso concreto.

Ocorre que, nessa revisitação da jurisdição ao ordenamento dentro dos contornos da lide delimitado pelas questões postas pelas partes no processo através de suas pretensões, é colocado em paralelo a aplicação qualitativamente diversa de regras e princípios. Destarte, dada a diversidade epistemológica entre regras e princípios, nada obstante a eventual antinomia entre regras ser solvida

⁹ Na inteligência de Zílio (2018, p. 451) a avaliação da potencialidade lesiva nos ilícitos eleitorais incorre em “uma série de fatores contribuem decisivamente para esse déficit de legitimidade das decisões sancionatórias contramajoritárias proferidas pela Justiça Eleitoral, que podem ser concebidas como uma espécie de vetores de crise de fundamentação dessas decisões.

no âmbito da validade, a partir dos critérios hierárquico, da especialidade e cronológico, a colisão entre princípios assim não se solve.

Em verdade, para Alexy a colisão entre princípios é resolvida por uma relação de precedência no caso concreto, a partir da atribuição argumentativa da dimensão de peso pelo intérprete aos princípios antagônicos. Para tanto, Alexy formula a Lei do Balanceamento, com suas três máximas parciais da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito.

No âmbito da dogmática jurídica, com o advento do Código de Processo Civil de 2015, no que tange à fundamentação da decisão judicial, o método do sopesamento foi incorporada no artigo 489, §2º, que assim dispõe: “No caso de colisão entre normas, o juiz deve justificar o objeto e os critérios gerais da ponderação efetuada, enunciando as razões que autorizam a interferência na norma afastada e as premissas fáticas que fundamentam a conclusão”.

Assim, doravante, na argumentação jurídica, o juiz deve demonstrar o iter de sua ponderação, a saber: a) identificação dos princípios colidentes; b) cumprimento das etapas da “lei do balanceamento”; e c) exposição das razões fáticas e jurídicas que conduziram à precedência de um princípio em detrimento de outro, no caso concreto.

E esse conjunto de metaregras se aplica supletivamente ao processo eleitoral, por força do artigo 15 do Código de Processo Civil. Segundo Lins a esse respeito:

Para que não haja arbítrio, portanto, faz-se necessário que a magistratura se proponha a se submeter a técnicas; é imperioso que o modo pelo qual se chegou a uma determinada decisão esteja também esclarecido nesta, para que se minimizem os riscos inerentes à aplicação do texto da norma, seja por decorrência de sua interpretação direta, seja pela incidência de princípios para solver um conflito intersubjetivo de interesses.

E aqui não se está defendendo uma ditadura hermenêutica ao contrário, defende-se que a fundamentação do *decisum*, a que aduz o art. 93, IX, da CF/88, também inclua a exposição de método hermenêutico utilizado pelo magistrado para chegar a seu veredicto, tudo a bem da efetiva concretização da *due processo of law*, sobretudo quando se utiliza a proporcionalidade (LINS, 2018, p. 428).

Portanto, no direito processual eleitoral, há um ambiente fértil para a aplicação da Lei do Balanceamento quando do aferimento fundamentado da potencialidade lesiva como elemento material de legitimação para a cassação de registro, diploma ou mandato diante da percepção formal da prática do ilícito eleitoral, a partir da ponderação do princípio democrático contra os princípios da normalidade e legitimidade do pleito (em relação ao abuso de poder econômico, político e dos meios de comunicação, e no que pertence à fraude eleitoral), da transparência da arrecadação e gastos de campanha (na violação às regras atinentes à arrecadação e gastos de campanha), a liberdade do exercício do direito do voto (na captação ilícita de sufrágio) e a igualdade de condições entre os candidatos concorrente no pleito (nas condutas vedadas).

De toda forma, entende Zílio que a judicialização do processo eleitoral, como a alteração do resultado do pleito por decisão judicial, tem um caráter contramajoritário, qualificando o ônus argumentativo para legitimação de seu resultado:

O reconhecimento da necessidade de uma justificativa específica dessas decisões contramajoritárias sancionatórias passa pelo caráter coletivo inerente a essas ações eleitorais, pela proteção aos direitos metaindividuais na esfera eleitoral, pela própria defesa do regime democrático (que ostenta uma dimensão de direito público incondicionado) e encontra amparo nas características singu-

lares existentes na prestação jurisdicional eleitoral.

A tarefa de proteção ao exercício de mandato eletivo é exercida sempre a partir de uma análise de uma dimensão pessoal (do eleito) e de uma dimensão coletiva (de observâncias às regras do jogo eleitoral). A Justiça Eleitoral deve cotejar valores de status constitucional que eventualmente se contrapõem: soberania popular e legitimidade das eleições (ZILIO, 2018, p. 452).

Motivo pelo qual, a inobservância do método da Lei do Balanceamento na identificação da potencialidade lesiva será causa de nulidade procedimental, nos termos do artigo 10 do Código de Processo Civil: “Todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade”.

Ademais, nessa senda, pela positivação legal contida no inciso XVI, da Lei Complementar nº 64/90, e pela práxis jurisprudencial eleitoral, ingressa de sobremodo nessa análise de sopesamento da potencialidade lesiva a importância da “gravidade das circunstâncias” da prática do ilícito eleitoral, fornecendo então o caso concreto razões substancialmente importantes para a hermenêutica jurídica (ou concretização normativa).

Por conseguinte, a aplicação da Lei do Balanceamento no direito processual eleitoral para o fim específico da ponderação da potencialidade lesiva deve ser realizada dentro dos limites estruturais: 1) da pretensão deduzida em juízo pelas partes no processo; 2) do convencimento motivado sobre a prova produzida ao longo curso da instrução processual; 3) do balanceamento entre a gravidade das circunstâncias do ilícito praticado e a sanção de cassação de registro, diploma ou mandato a ser implementada; 4) da diferenciação da responsabilidade do candidato beneficiário, se direta ou indiretamente concorrente para a prática do ilícito eleitoral, ou se mero beneficiário.

4. Referências bibliográficas.

ABBOUD, Georges; CARNIO, Henrique Garbellini; Rafael Thomaz; OLIVIEIRA. Introdução à teoria e à filosofia do direito. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

ALEXY, Robert. Direitos Constitucionais, Balanceamento e racionalidade. In Revista Ratio Juris da Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma Latinoamericana de Medellín, junho de 2003, p. 131-140.

_____. Teoria dos direitos fundamentais. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

BRASIL. Constituição. Brasília. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> . Acessado em: 17 jun. 2019.

BRASIL. Lei Complementar nº 64. 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp64.htm> . Acessado em: 17 jun. 2019.

BRASIL. Lei nº 4.737/1965. Brasília. 1965. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L4737.htm>. Acessado em: 17 jun. 2019.

BRASIL. Lei nº 9.504/1997. Brasília. 1997. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l4737.htm>. Acessado em: 17 jun. 2019.

BRASIL. Recurso Extraordinário nº 633703, rel. Min. GILMAR MENDES, DJe 18/11/2011. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia>>. Acessado em: 03 de março de 2016.

JUNIOR, Humberto Theodoro; NUNES, Dierle. BAHIA, Alexandre Melo Franco;

LINS, Rodrigo Martiniano Ayres. A proporcionalidade como pilar do sistema sancionatório eleitoral: correção, ilegalidade ou abuso?. In: FUX, Luiz; PEREIRA, Luiz Fernando Casagrande; AGRA, Walber de Moura; PECCININ, Luiz Eduardo (Org). Abuso de poder e perda de mandato. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 421-442.

MALDONADO, Helio Deivid Amorim. Potencialidade lesiva nas ações eleitorais. Revista Estudos Eleitorais, v. 8, n. 3, 2013. p. 40/56.

NETO, João Andra. Ponderação e dever geral de fundamentação no direito eleitoral. In: PEREIRA, Luiz Fernando Casagrande; AGRA, Walber de Moura; (Org). O direito eleitoral e o novo código de processo civil. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 359-380.

PEDRA, Adriano Sant'Ana. A Constituição Viva. 2ª. Ed. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2012.

PEDRON, Flávio Quinaud. Novo CPC – Fundamentos e sistematização. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

RODRIGUES, Marcelo Abelha; JORGE, Flávio Chein. Manual de Direito Eleitoral. 1ª. Ed. Revista dos Tribunais: São Paulo, 2014.

SILVA, Virgílio Afonso. Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção. Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais, 2003, p. 607-630.

ZILIO, Rodrigo López. Cassação de mandato e decisão sancionatória eleitoral. In: FUX, Luiz; PEREIRA, Luiz Fernando Casagrande; AGRA, Walber de Moura; PECCININ, Luiz Eduardo (Org). Abuso de poder e perda de mandato. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 443-467.

