

VI ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

HISTÓRIA DO DIREITO

CÉSAR AUGUSTO DE CASTRO FIUZA

FABIANA MARIA MARTINS GOMES DE CASTRO

RICARDO MARCELO FONSECA

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria - CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC - Santa Catarina

Diretora Executiva - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - UNIVEM/FMU - São Paulo

Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa - Pará

Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG - Goiás

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos - Rio Grande do Sul

Vice-presidente Sudeste - Profa. Dra. Rosângela Lunardelli Cavallazzi - UFRJ/PUCRio - Rio de Janeiro

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcilio Pompeu - UNIFOR - Ceará

Representante Discente: Prof. Dra. Sinara Lacerda Andrade - UNIMAR/FEPODI - São Paulo

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara - ESDHC - Minas Gerais

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM - Rio de Janeiro

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho - Ceará

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS - Sergipe

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR - São Paulo

Secretarias

Relações Institucionais:

Prof. Dra. Daniela Marques De Moraes - UNB - Distrito Federal

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM - São Paulo

Prof. Dr. Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie - São Paulo

Comunicação:

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali - Rio Grande do Sul

Profa. Dra. Maria Creusa De Araújo Borges - UFPB - Paraíba

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro - UNOESC - Santa Catarina

Relações Internacionais para o Continente Americano:

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA - Bahia

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM - Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA - Maranhão

Relações Internacionais para os demais Continentes:

Prof. Dr. José Barroso Filho - ENAJUM

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP - São Paulo

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicritiba - Paraná

Eventos:

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta - Fumec - Minas Gerais

Profa. Dra. Cinthia Obladen de Almendra Freitas - PUC - Paraná

Profa. Dra. Livia Gaigher Bosio Campello - UFMS - Mato Grosso do Sul

Membro Nato - Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UMICAP - Pernambuco

H673

História do direito [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: César Augusto de Castro Fiuza; Fabiana Maria Martins Gomes de Castro; Ricardo Marcelo Fonseca – Florianópolis; CONPEDI, 2023.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-65-5648-700-7

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Direito e Políticas Públicas na era digital

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. História. 3. Direito. VI Encontro Virtual do CONPEDI (1; 2023; Florianópolis, Brasil).

CDU: 34



VI ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

HISTÓRIA DO DIREITO

Apresentação

O estudo da história é vital. Não à toa, diziam os romanos "historia magistra vitae esse". Neste Grupo de Trabalho, a história perpassa todos os artigos apresentados. Seja do ponto de vista de uma história mais recente, seja do ponto de vista de uma história mais delongada no tempo. Assim, o divórcio, a pena de prisão, a liberdade religiosa dentre muitos outros temas, são apresentados historicamente, enriquecendo a narrativa dos trabalhos. Convidamos os leitores a embarcar nessa viagem no tempo e degustar os textos deste livro.

CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE DURANTE A DITADURA? O VOTO VENCIDO DO MINISTRO XAVIER DE ALBUQUERQUE NO RECURSO ELEITORAL N. 4.189/RIO DE JANEIRO

CONVENTIONALITY CONTROL IN THE BRAZILIAN DITATORSHIP? JUSTICE XAVIER DE ALBUQUERQUE'S DISSENTING OPINION IN THE ELECTORAL APPEAL NO. 4.189/RIO DE JANEIRO

André Luiz Batista Neves ¹

Resumo

Este artigo se trata de um estudo de caso, que examina a estratégia argumentativa usada pelo Ministro Xavier de Albuquerque no seu voto vencido no Recurso n. 4.189/Rio de Janeiro, julgado pelo Tribunal Superior Eleitoral em 1974. Sua estrutura argumentativa gira em torno do art. 11º da Declaração Universal dos Direitos Humanos, o que poderia suscitar a impressão de que se trata de um precedente de aplicação daquilo que hoje se denomina de controle de convencionalidade. Foram usados os métodos da revisão bibliográfica e da análise documental, com consulta a periódicos da época na hemeroteca digital da Biblioteca Nacional. A hipótese de trabalho, confirmada pelos achados da pesquisa, é de que no referido voto não foi atribuída à Declaração Universal dos Direitos Humanos uma eficácia normativa superior à das normas infraconstitucionais, o que é um pressuposto da fiscalização da convencionalidade das normas, mas o papel de mera declaração, desprovida em si mesma de força normativa, contendo princípios pretensamente universais e eternos.

Palavras-chave: História do direito, Direito eleitoral, Declaração universal de direitos humanos, Ditadura civil-militar, Controle de convencionalidade

Abstract/Resumen/Résumé

This article is a case study that examines the argumentative strategy used by Justice Xavier de Albuquerque in his dissenting opinion in the appeal n. 4.189/Rio de Janeiro, judged by the Superior Electoral Court. Its argumentative structure was built around the 11th article of the Universal Declaration of Human Rights, what could provide the impression that this is a precedent of what is now called conventionality control. The methods of bibliographic review and document analysis were used, with the research of newspapers of the time in the digital library of the Brazilian national library. The working hypothesis, confirmed by the findings of the research, is that in the referred vote the Universal Declaration of Human Rights was not regarded as a superior norm, but as a mere declaration, deprived of normative force in itself, of allegedly universal and eternal principles.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: History of law, Electoral law, Universal declaration of human rights, Brazilian civil-military dictatorship, Conventionality control

¹ Mestre e Doutor em Direito (Universidade Federal da Bahia - UFBA). Professor Adjunto lotado na Faculdade de Direito da UFBA.

1 INTRODUÇÃO

O Presidente Ernesto Geisel exercia seu mandato há menos de um ano, sucedendo Emílio Médici, quando, no dia 14 de outubro de 1974, o Tribunal Superior Eleitoral (TSE) discutiu constitucionalidade do inciso I do art. 1º da Lei Complementar (LC) n. 5/1970, que regravava as hipóteses de inelegibilidade, nos termos da Constituição outorgada de 1969. A decisão proferida no Recurso n. 4.189/Rio de Janeiro refutou a inconstitucionalidade, mas foi apertada: o Ministro Thompson Flores, presidente, necessitou proferir voto de desempate.

Autor do voto vencido, seguido pelos Ministros Márcio Ribeiro e Barros Barreto, o Ministro Xavier de Albuquerque disse ter refletido muito sobre o assunto, “porque muito me angustia [angustiava] o caráter desse norma”, muito embora admitisse que, quando ela entrara em vigor, ele tinha deixado de suscitar expressamente a questão, apesar de exercer os cargos de Procurador-Geral Eleitoral e de Procurador-Geral da República (BRASIL, 1974).

O dispositivo imputava a inelegibilidade aos que tinham sido condenados ou respondessem a

a processo judicial, instaurado por denúncia do Ministério Público recebida pela autoridade judiciária competente, por crime contra a segurança nacional e ordem política e social, a economia popular, a fé pública e a administração pública, o patrimônio ou pelo direito previsto no art. 22 desta Lei Complementar [o crime de arguição de inelegibilidade ou impugnação de registro de candidatura com motivação falsa, espírito de emulação ou erro grosseiro], enquanto não absolvidos ou penalmente reabilitados (BRASIL, 1970).

Xavier de Albuquerque tinha servido a um regime autocrático, refratário ao reconhecimento dos direitos humanos, que sequer aderira a instrumentos como a Convenção Americana de Direitos Humanos ou o Pacto Internacional de Direitos Políticos. Em 1970, ele recusou-se a submeter ao Supremo Tribunal Federal (STF) representação do Movimento Democrático Brasileiro (MDB), que solicitara a “instauração de controle abstrato de normas contra o decreto-lei que legitimava a censura prévia de livros, jornais e periódicos” (MENDES, 1997, p. 141). Ainda assim, o seu voto vencido no recurso n. 4.189 chama a atenção por invocar a Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH).

Usando de revisão bibliográfica e análise documental, com consulta a periódicos da época na hemeroteca digital da Biblioteca Nacional, este artigo é um estudo de caso, que examina a estratégia argumentativa que foi empregada no referido voto. A hipótese de trabalho, confirmada pelos achados da pesquisa, é de que, em um tempo avesso ao reconhecimento de

eficácia normativa aos direitos humanos, à DUDH foi atribuído o papel de reveladora de uma verdade universal, de um princípio constitucional implícito.

O trabalho se inicia com uma rápida exposição das intervenções da ditadura civil-militar no ordenamento jurídico brasileiro, para uma melhor compreensão do caso a ser examinado. A situação concreta será relatada com o auxílio de matérias jornalísticas da época, seguida da leitura crítica dos votos proferidos, com especial destaque para o voto vencido de que já falou.

Conclui-se com a constatação de que, em verdade, esse voto não pode ser tido como um predecessor do controle de convencionalidade, mas sim como uma expressão do pensamento da época, que atribuía à DUDH um papel de mera declaração, desprovida em si mesma de força normativa, de princípios pretensamente universais e eternos.

2 O VOTO VENCIDO: CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE SEM RECONHECIMENTO DE FORÇA NORMATIVA AOS INSTRUMENTOS INTERNACIONAIS DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS?

Antes de examinar o voto vencido que é objeto deste estudo, é necessário lembrar do contexto em que ele foi proferido. É necessário não incorrer na armadilha de usar a história como supostamente comprovadora de um progresso linear ou como legitimadora de soluções jurídicas, descritas por António Manuel Hespanha (2012, p. 15-30). Faz-se necessário respeitar a autonomia do passado.

Afinal, o contrário levaria a

(...) uma perspectiva deformada do campo histórico, em que os objetos e as questões são recortados a partir do modo de ver e conceber o direito nos dias de hoje. Assim, o presente é imposto ao passado; mas, para além disso, o passado é lido a partir (e tornado prisioneiro) das categorias, problemáticas e angústias do presente, perdendo a sua própria espessura e especificidade, a sua maneira de imaginar a sociedade, de arrumar os temas, de pôr as questões e de as resolver (HESPANHA, 2012, p. 20-21).

Em outras palavras, deve-se evitar o risco de patrocinar aquilo que François Hartog (2021, p. 11) rotulou de *presentismo*, um regime moderno de historicidade¹, que adota uma

¹ “(...) um regime de historicidade é apenas uma maneira de engrenar passado, presente e futuro ou de compor um misto das três categorias, justamente como se falava, na teoria política grega, da constituição mista (misturando aristocracia, oligarquia e democracia, sendo dominante de fato um dos três componentes) (HARTOG, 2021, p. 11). Sobre o tema, vide também PAIXÃO, 2013, p. 77-87.

espécie de “semântica transcendental”, apoiada em conceitos apresentados como nítidos e invariáveis (FERNÁNDEZ SEBASTIÁN, 2004, p. 151),

Para tanto, é necessário esclarecer de que forma o regime das inelegibilidades se articulou com a institucionalização da ditadura civil-militar. Na sequência, será apresentado o caso concreto, examinando-se posteriormente os votos proferidos no Recurso n. 4.189/Rio de Janeiro, com especial destaque para o voto vencido proferido pelo Min. Xavier de Albuquerque.

2.1 O PROCESSO DE INSTITUCIONALIZAÇÃO DA DITADURA CIVIL-MILITAR E O REGIME DAS INELEGIBILIDADES

O processo de institucionalização da ditadura civil-militar implantada com o golpe de 1964 foi marcado por aquilo que David Fleischer (1994) identificou como sendo manipulações casuísticas. As eleições não foram de todo extirpadas, mas as regras do jogo eram alteradas, inclusive com incidência retroativa, em resposta aos resultados desses pleitos. Como apontaram Vera Karam de Chueri e Heloísa Fernandes Câmara (2015, p. 263), a ordem constitucional era a todo momento modificada para se compatibilizar com atos políticos.

A autocracia buscou dar às suas medidas de exceção uma aparência de juridicidade, que mimetizava a estrutura de um Estado de Direito (PAIXÃO, 2014, p. 429). Em um padrão que Anthony Pereira (2010) denominou de *legalidade autoritária*, distinto das demais ditaduras latino-americanas da época, manteve-se, ainda que com severas restrições, o funcionamento dos tribunais e do Congresso Nacional.

Para tanto, foi seletivamente mutilada a ordem constitucional, combinando normas do regime constitucional preexistente – e, depois, das próprias constituições patrocinadas pela ditadura – com novas, criadas autocraticamente à medida em que o regime se institucionalizava (PAIXÃO, 2020, p. 231). Era um jogo de ambiguidades, marcado tanto pela convivência entre regras e exceções quanto por uma intensa produção normativa, de que é exemplo a LC n. 5/1970.

A propósito, é importante indicar como a isso se conectava com a mudança do regime jurídico das inelegibilidades. Presentemente, elas são vistas como um “fator negativo cuja presença obstrui ou subtrai a capacidade eleitoral passiva do nacional, tornando-o inapto para receber votos e, pois, exercer mandato representativo” (GOMES, 2020, p. 239). Absolutas ou relativas, elas “retiram do cidadão seus direitos políticos passivos” (ALVIM, 2016, p. 143).

Sua disciplina cabia integralmente ao texto constitucional sob a Constituição de 1946. Os militares e seus apoiadores civis queriam mudanças. Em agosto de 1964, uma reunião foi

convocada pelos Ministros do TSE com os Presidentes dos Tribunais Regionais Eleitorais (TREs). Presidente Castelo Branco participou e foi chamado a discursar. Naquela ocasião, já se anunciava a disposição de fazer com que o elenco das inelegibilidades fosse “previsto em lei especial e não por dispositivo constitucional, para que, com muito mais facilidade, haja alteração toda vez que for exigida pela evolução nacional” (REUNIÃO, 1964).

Foi essa a ideia que levou à aprovação da Emenda Constitucional n. 14/65, cujo a criação, via *lei especial*, de novas espécies de inelegibilidade, desde que necessárias à salvaguarda “do regime democrático” – como se ele estivesse em vigor –, da “exação e probidade administrativas” e “da lisura e normalidade das eleições contra o abuso do poder econômico e uso indevido da influência de exercício de cargos ou funções públicas”.

A primeira lei de inelegibilidades brasileira da ditadura civil-militar recebeu o número imediatamente posterior ao do Código Eleitoral, malgrado tenha sido promulgada no dia antecedente. Cuidava-se da Lei n. 4.738, de 14 de julho de 1965.

Tanto o artigo 148 da Constituição de 1967 quanto o artigo 151 da Emenda Constitucional n. 1/69, que na realidade, era uma Constituição outorgada, encomendavam à lei complementar (PONTES DE MIRANDA, 1974, p. 596-597) a fixação de casos de inelegibilidade.

Esta última o fazia com o objeto de preservar “o regime democrático”, “a probidade administrativa”, “a moralidade para o exercício do mandato, levada em consideração a vida pregressa do candidato”, “a normalidade e legitimidade das eleições contra a influência ou o abuso do exercício de função, cargo ou emprego públicos da administração direta ou indireta” – que passara a ser expressamente incluída – “ou do poder econômico”. Com base nessa disposição, foi editada a LC n. 5/1970.

2.2 O CASO CONCRETO

Esse era o panorama existente quando Mário Augusto Gliosci, um apoiador do regime autocrático, passou a exercer os cargos de chefe do gabinete civil e presidente da Companhia de Desenvolvimento Urbano do Estado do Rio de Janeiro na gestão de Raimundo Padilha (NITERÓI, 1973). Benquisto pelo Legislativo estadual (LEGISLATIVO, 1973), ele tomou medidas que lhe conferiram visibilidade e fizeram com que seu nome fosse ventilado para a sucessão ao Executivo estadual (AUMENTA, 1974). Por exemplo, em agosto de 1973, Gliosci avocou diversos inquéritos administrativos, que resultaram na demissão, a bem do serviço público, de ao menos 22 servidores da Secretaria de Segurança Pública (PADILHA, 1973).

No ano seguinte, ele se afastou do cargo para se candidatar a Deputado Federal pela Aliança Renovadora Nacional (ARENA), mas foi denunciado pelo Promotor de Justiça Eleitoral por falsidade eleitoral (art. 350 do Código Eleitoral), por supostamente apresentar ao Judiciário documento falso, para transferir seu domicílio eleitoral do Estado da Guanabara para o Rio de Janeiro (TRE, 1974).

Isso foi suficiente para que o Tribunal Regional Eleitoral carioca negasse o registro de candidatura, rejeitando por maioria de votos a alegação de incompatibilidade do art. 1º, inciso I, alínea “n”, da LC n. 5/70 com a Constituição. A ARENA, por seu delegado, interpôs recurso ao TSE, argumentando que:

- a) os crimes eleitorais, referidos na denúncia, não podem ser incluídos entre os enumerados na letra n, inciso I, do art. 1º, da Lei Complementar n. 5, de 29 de abril de 1970;
- b) não bastasse o argumento acima levantado, a letra “n”, do inciso I, conflita-se com a palavra constitucional da República, por não se ajustar, nem se harmonizar com o art. 149, § 2º, “c” e o art. 151 da Carta Magna (BRASIL, 1974).

A primeira tese envolvia o princípio da especialidade, já que a alínea em questão não listava expressamente os crimes eleitorais, entre os delitos para os quais haveria a inelegibilidade desde o recebimento da denúncia. A segunda era uma questão de constitucionalidade.

2.3 OS VOTOS PROFERIDOS NO RECURSO N. 4.189/RIO DE JANEIRO

Em seu parecer, transcrito e seguido integralmente pelo relator, o Min. José Boselli, o Procurador-Geral Eleitoral José Carlos Moreira Alves² citou um artigo de Nelson Hungria para sustentar que a infração penal do art. 350 do Código Eleitoral era na realidade um crime contra a fé pública. Esse argumento foi suficiente para o voto do relator, que não enfrentou a tese da inconstitucionalidade.

O Min. Xavier de Albuquerque o fez, abrindo a divergência. Ele poderia se limitar a analisar a compatibilidade da norma infraconstitucional com as disposições da Carta Constitucional mencionadas no recurso. O art. 149, § 2º, “c” determinava a perda ou suspensão dos direitos políticos “por motivo de condenação criminal, enquanto durarem seus efeitos” (BRASIL, 1969), o que excluía a possibilidade de aplicação do mesmo efeito às situações em

² Referido no extrato da ata como “Professor Moreira Alves” (BRASIL, 1974).

que meramente estava em curso ação penal condenatória, ainda não julgada. Já o art. 151, inciso I, delegava a lei complementar a criação dos casos de inelegibilidade, visando a preservar “o regime democrático”. E, descontada a ironia de se estar em plena ditadura, era evidente que a candidatura do arenista Mário Gliosci em nada ameaçava esse regime.

Isso abriria, entretanto, espaço a um contra-argumento: o inciso IV do mesmo art. 151 autorizava a decretação de inelegibilidades para proteger “a moralidade para o exercício do mandato, levada em consideração a vida pregressa do candidato” (BRASIL, 1969). À época, não há dúvida que a simples pendência de um processo criminal já era desabonadora dessa vida pregressa³. Talvez por isso, Xavier de Albuquerque resolveu invocar a Declaração Universal de Direitos Humanos.

No paradigma hoje majoritário, isso envolveria uma discussão sobre o chamado controle jurisdicional de convencionalidade, isto é, o exame da “compatibilidade vertical material das normas do direito interno com as convenções internacionais *de direitos humanos* em vigor no país” (MAZZUOLI, 2013, p. 25), possível, pela via incidental, inclusive nos recursos de índole extraordinária (MAIA, LIRA, LIRA, 2018).

Trata-se de uma consequência das orientações atuais dos Direitos Constitucionais da Europa e da América Latina (BLENGIO VALDÉS, 2017, p. 254). Na lição de Flávia Piovesan (2013, p. 118), substituiu-se a concepção de um ordenamento piramidal, endógeno e autorreferencial, centrado no Estado, por um “trapézio com a Constituição e os tratados internacionais de direitos humanos no ápice da ordem jurídica”.

Caso fosse travado nos dias atuais, o debate não discutiria a hierarquia normativa das normas advindas de tratados e convenções sobre direitos humanos e, particular, da DUDH. Provavelmente, o ponto controverso seria a sua consideração ou não como *ius cogens*⁴.

Não se deve, contudo, olhar o passado com os olhos do presente. Em primeiro lugar, porque toda essa construção jurídica simplesmente ainda não existia – ao menos, não como se estrutura contemporaneamente – no ano de 1974. Além disso, a ditadura era refratária à adesão aos instrumentos internacionais de proteção a direitos humanos, não só em razão da repressão interna, mas também como um reflexo da doutrina de segurança nacional.

Xavier de Albuquerque provavelmente não percebeu, mas ele estava diante de um dilema. Para sustentar a inconstitucionalidade da inelegibilidade de quem somente respondia a

³ Esse argumento foi utilizado por Carlos Eduardo Thompson Flores Lenz (2012, p. 20), ao comentar o julgado examinado neste artigo, em meio às discussões, bem mais recentes, acerca da constitucionalidade da Lei da Ficha Limpa.

⁴ A propósito, vide, p. ex., CONCI, GERBER, PEREIRA, 2018.

ação penal, a construção de sua cadeia argumentativa necessitava reforçar a presunção de inocência – que, naquela ordem normativa, não era exatamente o mais prestigiado dos princípios. Tanto assim, que sequer constava expressamente do texto da Constituição outorgada de 1969.

Evidentemente, ele sabia disso, mas sustentou que essa presunção se tratava de um princípio constitucional implícito. A rigor, esse caminho demandaria a comprovação de uma *praxis* constitucional respeitadora da ordem de otimização contida nessa norma-princípio, p. ex., com a menção, no voto, de situações concretas em que, mesmo sem texto expresso, ela era observada⁵.

Contudo, essas situações não existiam. Então, Xavier de Albuquerque apelou para a elevação da presunção da inocência à categoria de componente de uma suposta ordem eterna, universal, imanente:

Por que admitir que o simples fato da pendência de um processo, com denúncia oferecida e recebida, pese indelevelmente sobre a moralidade de alguém, a ponto de lhe acarretar o ônus brutal da inelegibilidade? Não posso admitir. E não posso admitir, porque estou lidando com princípios eternos, universais, imanentes, que não precisam estar inscritos em Constituição nenhuma (BRASIL, 1974).

É nesse ponto que a DUDH entrou na argumentação. Seu art. 11 garantia que “todo homem acusado de um ato delituoso tem o direito de ser presumido inocente até que sua culpabilidade tenha sido provada, de acordo com a lei, em julgamento público”⁶ (BRASIL, 1974). Cuidava-se de um “regra de verdadeira Moral e do mais límpido Direito”, um “princípio ético e jurídico, imanente”.

Tanto a confusão entre moral, ética e Direito quanto a ideia de imanência de princípios a todos os ordenamentos compunha o repertório do pensamento de então, especialmente no campo ideológico ocupado pelo subscritor do voto⁷. Mas é importante destacar que o artigo da Declaração Universal não prevalecia sobre a lei complementar brasileira por uma questão

⁵ *Mutatis mutandis*, a operação argumentativa provavelmente seguiria os passos indicados por Vicente Ráo (1999, p. 275), autor cujo pensamento é representativo do que se pensava à época a respeito dos princípios: “o método comumente adotado para a investigação dos princípios gerais de direito consiste em se partir das disposições particulares da lei e elevar-se, por generalização crescente, até encontrar o princípio no qual se enquadre o caso concreto não previsto pela disposição legal”.

⁶ Nessa versão do voto do Min. Xavier de Albuquerque o texto completo do art. 11 – na realidade, do art. 11º, I – seria: “Todo homem acusado de um ato delituoso tem o direito de ser presumido inocente até que a sua culpabilidade tenha sido provada, de acordo com a lei, em julgamento público, no qual lhe tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias à sua defesa” (BRASIL, 1974).

⁷ Cf., nesse sentido, Miguel Reale (2006, p. 314): “São essas *constantes* ou *invariantes axiológicas* que, a nosso ver, formam o cerne do Direito Natural, *dela se originando os princípios gerais de direito*, comuns a todos os ordenamentos jurídicos”.

hierárquica. Ele era indiciário da universalidade de um princípio constitucional implícito. Este último era o que obstava a eficácia da parte da alínea “n” concernente aos réus de processos penais ainda não sentenciados.

Ainda nos termos do voto vencido, esse mesmo princípio explicaria o motivo pelo qual o art. 149, § 2º da Carta de 1969 não tinha ordenado a perda ou a suspensão dos direitos políticos “por motivo de instauração de processo penal, como fez o legislador desastrado da Lei Complementar n. 5” (BRASIL, 1974).

Xavier de Albuquerque afirmou “o regime da Constituição brasileira (...) é [era] democrático, tanto que ela o inscreve como um daqueles bens jurídicos que se devem preservar no estabelecimento das inelegibilidades” (BRASIL, 1974). Era uma aceção muito particular de democracia, afim à “democracia revolucionária” defendida no ano imediatamente posterior por Manoel Gonçalves Ferreira Filho⁸, mas o argumento não foi adiante. Talvez se quisesse dizer que o princípio constitucional implícito era imanente às democracias, ou seja, que a pretensa universalidade se limitava aos ordenamentos tidos (por Xavier de Albuquerque) como democráticos, mas não se pode saber ao certo.

Uma coisa é certa: o voto vencido não é uma espécie de precursor do controle de convencionalidade, como poderiam pensar aqueles que buscam no passado uma confirmação do presente. Não se atribuiu à DUDH o poder de invalidar a legislação nacional que lhe era contrária. Sequer é possível dizer que há o reconhecimento de força normativa a tal declaração. Na verdade, ele equiparou os princípios a instrumentos da moral, assinalando-lhes uma função de “corretora” da aplicação do Direito. Algo muito representativo do modo com que se pensava àquela altura

Por fim, Xavier de Albuquerque indicou, sem apontar nenhum caso concreto ou as providências que eventualmente tomou a respeito, que

⁸ Em debate travado no ano de 1975, Manoel Gonçalves Ferreira Filho tratou de três concepções de democracia: “Uma é a concepção que tem um relativamente grande apoio no que eu chamaria de núcleo tradicional, que identifica legitimidade com um modelo democrático liberal estabelecido no século XVIII e que gira em torno de dois polos: o primeiro, o sistema de eleições livres, com a devolução do poder de baixo para cima. O segundo, o aspecto estritamente constitucional da limitação do poder (...). Temos no extremo oposto dessa concepção tradicional, uma outra que poderíamos chamar marxizante, que também está presente num setor ponderável de nossa intelectualidade. (...) Há uma terceira concepção que, para uso deste debate, se denominaria de concepção revolucionária, revolucionária entendendo-se como a concepção da Revolução de 1964. É uma concepção esta que tem, conforme muito bem apresentou o Prof. Souza Brasil, a ideia de que poder legítimo é aquele que atende à realização dos objetivos nacionais permanentes. Nesse corpo, vejo duas correntes que, na verdade, se têm alternado no poder. Uma que governou de 1964 até o Ato Institucional n. 2, outra que preponderou depois do Ato Institucional n. 2 ou, pelo menos, a partir de 15 de março de 1967, até 15 de março de 1974” (CAVALCANTI, MOTTA FILHO, FERREIRA FILHO, MENEZES, CUNHA, BRASIL, KLEIN, MARINHO, MACABU, 1976, p. 93-94).

essa norma está produzindo, em todos os recantos do Brasil, enorme lesão à moralidade dos costumes políticos brasileiros. Contam-se, por dezenas, vindos de todos os Estados, casos óbvios de processos criminais concebidos com um só propósito, o de produzir inelegibilidades. Ele, portanto, a meu ver, e dolorosamente o digo, além de inconstitucional, tem-se revelado, na prática política e na vida brasileiras, inquietamente amoral (BRASIL. 1974).

O Min. Barros Barreto aderiu a esse posicionamento, asseverando, também sem reportar nenhum caso concreto, que “a norma passou a servir, em grande escala, a interesses políticos subalternos. É incrível como se sucedem as denúncias de última hora, exatamente oferecidas e recebidas no momento do pedido de registro dos candidatos” (BRASIL, 1974). Ademais, defendeu a não incidência da alínea “n” na situação retratada no recurso, já que o crime imputado a Mário Gliosci era eleitoral, e não contra a fé pública.

Não foram juntadas no sítio eletrônico do TSE as íntegras dos votos do Min. Márcio Ribeiro, que acompanhou a divergência, ou dos Min. Antônio Neder e Moacir Catunda, que seguiram o relator José Boselli. Sabe-se apenas em que sentido decidiram pelo que consta da ata da sessão.

De qualquer sorte, tinha-se um empate. O Presidente, Min. Thompson Flores, precisava desfazê-lo. Ele lembrou que a inconstitucionalidade já fora objeto de rejeição no TSE, por “vezes várias”. De fato, a jurisprudência da corte superior eleitoral contava com precedentes nesse sentido ao menos desde o Recurso n. 3.621 – classe IV – Rio de Janeiro (Itaperuna), decidido em 21 de setembro de 1971, em que Xavier de Albuquerque servira como Procurador-Geral Eleitoral, fato não lembrado por Thompson Flores.

Em seguida, o Min. Thompson Flores ressaltou, sem fundamentar, que não via necessidade “de buscar na ‘Declaração Universal dos Direitos do Homem’ fundamento basilar, para com ela opinar o acolhimento da arguição”. Como ele fez alusão, logo depois, à menção a normas constitucionais por parte de Xavier de Albuquerque (BRASIL, 1974), a impressão que se tem é de que Thompson Flores não entendia a DUDH como detentora de eficácia normativa. No mais, a fundamentação não foi das mais aprofundadas.

Naquele dia, o TSE não reconheceu a inconstitucionalidade do inciso I do art. 1º da LC n. 5/1970.

2.4 O VOTO VENCIDO DO MIN. XAVIER DE ALBUQUERQUE VISTO PELO PRÓPRIO XAVIER DE ALBUQUERQUE: SEUS PRONUNCIAMENTOS NO RECURSO N. 4.466 (TSE) E NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO N. 86.297 (STF)

Em 23 de setembro de 1976, o resultado seria outro. No recurso n. 4.466 – classe IV – São Paulo, apreciado por uma nova composição, houve novamente empate, com a adesão do Min. José Boselli à tese da inconstitucionalidade. Desta vez, o Presidente era o Min. Xavier de Albuquerque, que novamente se posicionou a favor da inconstitucionalidade, mas aparentemente demonstrou certo arrependimento por ter invocado a DUDH no voto vencido examinado neste texto:

Aquele voto descosido, quiçá veemente demais foi dado de improviso, como ocorre em julgamentos dessa ordem, estando eu munido apenas do preceito contido na “Declaração Universal dos Direitos do Homem”, que citei naquela oportunidade (BRASIL, 1976a).

Existe uma contradição nessa afirmação. Como se registrou logo no começo deste artigo, na introdução, no voto vencido proferido em 1974 Xavier de Albuquerque se dizia angustiado e ter muito refletido sobre o tema. E reflexão não combina com improviso: esses substantivos são mutuamente excludentes.

A interposição de recurso extraordinário, de n. 86.297/SP, levou o Supremo Tribunal Federal a reverter a decisão no dia 17 de novembro de 1976. Menos de dois meses tinham se passado, mas o Min. Xavier de Albuquerque parecia ter mudado de opinião acerca de seu antigo voto vencido:

Rejubilo-me por não me afligir, em momento que reputo culminante de minha modesta judicatura, qualquer sombra de hesitação. E reafirmo, satisfeito comigo mesmo – outra graça rara, de que hoje desfruto –, a inconstitucionalidade visceral, no famigerado fragmento em discussão, da letra n, do inciso I, do art. 1º da Lei Complementar n. 5, de 29.4.70.

Preferia não ter que rever, como juiz de instância maior, julgado para o qual tive a fortuna de contribuir decisivamente. Lancei-lhe a semente, na verdade, em pronunciamento pioneiro que proferi há dois anos no Tribunal a quo, desde logo granjeando a adesão preciosa dos eminentes Ministros Márcio Ribeiro e Carlos Eduardo de Barros Barreto (...).

Qualquer que seja o resultado deste julgamento, não se apagará da história judiciária e política da nação a página memorável que nela inscreveu, com sabedoria e profunda sensibilidade, o Egrégio Tribunal Superior Eleitoral (BRASIL, 1976b).

Uma possível explicação para essa alteração está na ressalva à invocação da DUDH feita pelo Min. Leitão de Abreu no TSE (“temo que a invocação do artigo 11 da mencionada Declaração de Direitos, por mais peremptória que seja, não conquiste, em relação ao caso, a eficácia que lhe é emprestada” – BRASIL, 1976a), que não foi repetida no substancial voto

que esse mesmo Ministro apresentou no STF. O fato é que Xavier de Albuquerque via-se agora como um pioneiro, no momento culminante de sua carreira na Magistratura.

3 CONCLUSÃO

Conforme demonstrado no decorrer deste trabalho, o júbilo externado pelo Min. Xavier de Albuquerque não pode ser creditado à condição de precursor brasileiro do controle de convencionalidade. Ele não o foi.

Seu voto vencido no Recurso n. 4.189/Rio de Janeiro, ouvido no TSE em 14 de outubro de 1974, realmente tem a parte mais importante de sua argumentação construída em volta do art. 11 da DUDH, mas não confere a tal instrumento de proteção de direitos humanos nenhuma precedência frente a legislação interna. Isso é pré-condição para que aconteça qualquer fiscalização da compatibilidade de uma norma interna com uma disposição prevista em tratado ou convenção sobre direitos humanos.

A análise dessa peça evidencia que o art. 11 da Declaração Universal foi tratado como uma mera declaração de princípios, sem nenhuma força normativa própria. Indiciário de uma suposta verdade eterna e universal, o art. 11 da DUDH era, para Xavier de Albuquerque e seus contemporâneos, apenas a externalização de um princípio constitucional interno implícito, cuja existência foi defendida mediante a construção de uma cadeia argumentativa pouco consistente, que misturava Direito com moral e ética.

O voto examinado era expressão de sua época, e não das expectativas nutridas hoje. Este estudo de caso demonstra o quanto é equivocada a busca, infelizmente ainda recorrente no Direito, de projeções do presente no passado. Deixemos o passado ser o passado.

REFERÊNCIAS

ALVIM, Frederico Franco. **Curso de Direito Eleitoral**. 2ª ed. Curitiba: Juruá, 2016.

AUMENTA a lista no Estado do Rio. **Diário de Notícias**, Rio de Janeiro, n. 15.443, p. 4, 06 abr. 1974. Disponível em: http://memoria.bn.br/DocReader/DocReader.aspx?bib=093718_05&hf=memoria.bn.br&pagfis=31042. Acesso em: 16 abr. 2023.

BLENGIO VALDÉS, Mariana. **Manual de Derechos Humanos**. 2ª ed. Montevideu: Editores Fondo Editorial, Ediciones del foro, 2017.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm. Acesso em: 16 out. 2021.

_____. **Emenda Constitucional n. 1, de 17 de outubro de 1969**. Edita o novo texto da Constituição Federal de 24 de janeiro de 1967. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc_anterior1988/emc01-69.htm. Acesso em: 10 abr. 2023.

_____. **Emenda Constitucional n. 14, de 3 de junho de 1965**. Altera o inciso IX do art. 124 e o art. 139 da Constituição Federal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc14-65.htm. Acesso em: 12 out. 2021.

_____. **Lei n. 4.738, de 14 de julho de 1965**. Estabelece novos casos de inelegibilidade, com fundamento no artigo 2º da Emenda Constitucional número 14. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/14738.htm. Acesso em: 14 abr. 2023.

_____. **Lei Complementar n. 5, de 5 de abril de 1970**. Estabelece, de acordo com a Emenda Constitucional n. 1, de 17 de outubro de 1969, art. 151 e seu parágrafo único, casos de inelegibilidade, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp05.htm. Acesso em: 10 abr. 2023.

_____. Tribunal Superior Eleitoral. **Recurso n. 3.621 – classe IV – Rio de Janeiro (Itaperuna)**. 1) Já constitui jurisprudência pacífica do Tribunal negar a inconstitucionalidade da determinação contida na letra “n”, do inciso I, do art. 1º, da Lei Complementar n. 5, de 1970. 2) Não há preclusão quando a denúncia oferecido pelo Ministério Público foi posterior ao registro dos candidatos. Trata-se de fato superveniente. 3) Não conhecimento do recurso. Relator: Min. Hélio Proença Doyle, 21 de setembro de 1971. Disponível em: <https://sjur-servicos.tse.jus.br/sjur-servicos/rest/download/pdf/18518>. Acesso em: 14 abr. 2023.

_____. Tribunal Superior Eleitoral. **Recurso n. 4.189 – classe IV – Rio de Janeiro**. Não procede a preliminar de inconstitucionalidade da letra n, I, art. 1º, da Lei Complementar n. 5, por não conflitar com dispositivos constitucionais que atribuem à lei complementar a regulamentação dos casos de inelegibilidades. Incorre na inelegibilidade prevista no art. 1º, inciso I, alínea n, da Lei Complementar n. 5/70, o candidato que esteja respondendo a ação penal, com denúncia recebida por crime definido no Código Eleitoral, contra a fé pública. Confirma-se o acórdão regional que julgou procedente a impugnação apresentada pelo Ministério Público. Relator: Min. José Boselli, 14 de outubro de 1974. Disponível em: <https://www.tse.jus.br/jurisprudencia/@@processrequest?sectionServers=TSE>. Acesso em: 14 abr. 2023.

_____. Tribunal Superior Eleitoral. **Recurso n. 4.466 – classe IV – São Paulo**. Inelegibilidade. Inconstitucional, em parte, o art. 1º, inciso I, letra n, da Lei Complementar n. 5, de 29 de abril de 1970, visto ofender o art. 151, IV, da Constituição Federal, Emenda n. 1. Recurso conhecido e provido. Relator designado: Min. Leitão de Abreu, 23 de setembro de 1976. Disponível em: <https://sjur-servicos.tse.jus.br/sjur-servicos/rest/download/pdf/8677>. Acesso em: 14 abr. 2023.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n. 86.297 (Eleitoral) – São Paulo**. Inelegibilidade prevista no art. 1º, I, n, da Lei Complementar n. 5/70. É válido, por não ser inconstitucional, ainda que em parte, aquele preceito. Exegese dos arts. 151, II e IV, e 149, § 2º, c, da Constituição. II. Recurso extraordinário provido. Votos vencidos. Relator: Min. Carlos Thompson Flores, 17 de novembro de 1976. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/jurisprudencia/pesquisarInteiroTeor.asp?numeroInteiroTeor=86297>. Acesso em: 14 abr. 2023.

CAVALCANTI, Themístocles Brandão, MOTTA FILHO, Cândido, FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves, MENEZES, Djacir, CUNHA, Fernando Whitaker da, BRASIL, Francisco de Souza, KLEIN, Lucia Maria Gomes, MARINHO, Armando de Oliveira, MACABU, Adilson Vieira. Poder e legitimidade. *Revista de Ciência Política*, Rio de Janeiro, v. 19, n. 1, p. 73-101, 1976. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rcp/issue/view/3205>. Acesso em: 14 nov. 2021.

CONCI, Luiz Guilherme Arcaro, GERBER, Konstantin, PEREIRA, Giovanna de Mello Cardoso. Normas *ius cogens* e princípio *pro persona*. In: MAIA, Luciano Mariz, LIRA, Yulgan (org.). **Controle de convencionalidade**: temas aprofundados. Salvador: JusPodivm, 2018, p. 97-116.

CHUEIRI, Vera Karam de, CÂMARA, Heloísa Fernandes. (Des)ordem constitucional: engrenagens da máquina ditatorial no Brasil pós-64. *Lua Nova*, São Paulo, n. 95, p. 259-288, 2015. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/ln/i/2015.n95/>. Acesso em: 14 ago. 2022.

FERNÁNDEZ SEBASTIÁN, Javier. Textos, conceptos y discursos políticos en perspectiva histórica. *Ayer*: Revista de historia contemporánea, Madrid, n. 53, p. 151, 2004 (1).

FLEISCHER, David. Manipulações casuísticas do sistema eleitoral durante o período militar, ou como usualmente o feitiço se voltava contra o feiticeiro. In: SOARES, Gláucio Ary Dillon, D'ARAÚJO, Maria Celina (organizadores). **21 anos de regime militar**: balanços e perspectivas. Rio de Janeiro: Editora da Fundação Getúlio Vargas, 1994, p. 154-197.

GOMES, José Jairo. **Direito Eleitoral**. 16ª edição. São Paulo: Atlas, 2020.

HARTOG, François. **Regimes de historicidade**: Presentismo e experiências do tempo. 4ª reimpressão. Belo Horizonte: Autêntica, 2021.

HESPANHA, António Manuel. **A cultura jurídica europeia**: síntese de um milênio. Coimbra: Almedina, 2012.

LEGISLATIVO dará ritmo a trabalhos só após o carnaval. **Diário de Notícias**, Rio de Janeiro, n. 15.443, p. 7, 25 e 26 fev. 1973. Disponível em: http://memoria.bn.br/DocReader/DocReader.aspx?bib=093718_05&hf=memoria.bn.br&pagfis=23460. Acesso em: 16 abr. 2023.

LENZ, Carlos Eduardo Thompson Flores. Condições de elegibilidade e inelegibilidades. **Revista do TRE-RS**, Porto Alegre, vol. 17, n. 35, p. 13-25, jul.-dez. 2012.

MAIA, Luciano Mariz, LIRA, Yulgan, LIRA, Yure. Controle de convencionalidade nos recursos excepcionais. In: MAIA, Luciano Mariz, LIRA, Yulgan (org.). **Controle de convencionalidade**: temas aprofundados. Salvador: JusPodivm, 2018, p. 155-183.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **O controle jurisdicional da convencionalidade das leis**. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013,

MENDES, Gilmar Ferreira. Considerações sobre o papel do Procurador-Geral da República no controle abstrato de normas sob a Constituição de 1967/1969: proposta de reeleitura. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, ano 34, n. 135, jul. – set. 1997, p. 141-151.

NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Disponível em: <https://brasil.un.org/pt-br/91601-declara%C3%A7%C3%A3o-universal-dos-direitos-humanos>. Acesso em: 16 abr. 2023.

NITERÓI quer reconquistar os centros de congressos. **Correio da Manhã**, Rio de Janeiro, ano LXXIII, n. 24.822, p. 14 (policia), 21 jul. 1973. Disponível em: http://memoria.bn.br/DocReader/DocReader.aspx?bib=030015_09&Pesq=glicosci&pagfis=15723. Acesso em: 16 abr. 2023.

PADILHA já demitiu 22 da Secretaria de Segurança e expurgo invade outra área. **Jornal do Brasil**, Rio de Janeiro, ano LXXXIII, n. 121, p. 7 (caderno Diretor Econômico), 7 ago. 1973. Disponível em: http://memoria.bn.br/DocReader/DocReader.aspx?bib=089842_08&pasta=ano%20197&hf=memoria.bn.br&pagfis=37866. Acesso em: 16 abr. 2023.

PAIXÃO, Cristiano. Autonomia, democracia e poder constituinte: disputas conceituais na experiência constitucional brasileira (1964-2014). **Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno**, Milão, n. 43, t. I: Autonomia. Unità e pluralità nel sapere giuridico fra Otto e Novecento, p. 415-458, 2014. Disponível em: <http://www.centropgm.unifi.it/quaderni/43/index.htm>. Acesso em: 29 jul. 2022.

_____. Entre regra e exceção: normas constitucionais e atos institucionais na ditadura militar brasileira (1964-1985). **História do Direito: RHD**, Curitiba, v. 2, n. 3, p. 228-241, jul.-dez. 2020. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/historiadodireito/article/view/82954/45883>. Acesso em: 27 jul. 2022.

_____. Tempo presente e regimes de historicidade: perspectivas de investigação para a história do Direito. In: FONSECA, Ricardo Marcelo (org.). **As formas do Direito: ordem, razão e decisão**: (experiências jurídicas antes e depois da modernidade). Curitiba: Juruá, 2013, p. 77-87.

PEREIRA, Anthony W. **Ditadura e repressão**: o autoritarismo e o estado de direito no Brasil, no Chile e na Argentina. São Paulo: Paz e Terra, 2010.

PIOVESAN, Flávia. Controle de convencionalidade, direitos humanos e diálogo entre jurisdições. In: MARINONI, Luiz Guilherme, MAZZUOLI, Valerio de Oliveira (coord.). **Controle de convencionalidade**: um panorama latino-americano: Brasil, Argentina, Chile, México, Peru, Uruguai. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013, p. 115-145.

PONTES DE MIRANDA, [Francisco Cavalcanti]. **Comentários à Constituição de 1967**: Com a Emenda n. 1, de 1969. Tomo IV (arts. 118 a 153, § 1º). 2ª edição, 2ª tiragem. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1974.

RÁO, Vicente. **O Direito e a vida dos direitos**. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de Direito**. 27ª ed., 6ª tiragem. São Paulo: Saraiva, 2006.

REUNIÃO da reforma eleitoral dá voto ao semi-analfabeto. *Jornal do Brasil*, Rio de Janeiro, ano LXXIV, n. 183, p. 9, 5 ago. 1964. Disponível em: http://memoria.bn.br/DocReader/DocReader.aspx?bib=030015_08&pesq=%22Geraldo%20da

%20Costa%20Manso%22&pasta=ano%20196&hf=memoria.bn.br&pagfis=56602. Acesso em: 15 nov. 2022.

TRE do Estado do Rio impugna candidaturas de Gliosci e Moreira Franco. **Jornal do Brasil**, Rio de Janeiro, ano LXXXIV, n. 170, p. 7 (política e governo), 23 set. 1974. Disponível em: http://memoria.bn.br/DocReader/DocReader.aspx?bib=030015_09&Pesq=gliosci&pagfis=41336. Acesso em: 16 abr. 2023.