

**XXIV CONGRESSO NACIONAL DO
CONPEDI - UFMG/FUMEC/DOM
HELDER CÂMARA**

**TEORIAS DA DEMOCRACIA E DIREITOS
POLÍTICOS**

ADRIANA CAMPOS SILVA

ARMANDO ALBUQUERQUE DE OLIVEIRA

JOSÉ FILOMENO DE MORAES FILHO

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte deste livro poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – Conpedi

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UFRN

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. José Alcebíades de Oliveira Junior - UFRGS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcílio Pompeu - UNIFOR

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes - IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Conselho Fiscal

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG /PUC PR

Prof. Dr. Roberto Correia da Silva Gomes Caldas - PUC SP

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches - UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS (suplente)

Prof. Dr. Paulo Roberto Lyrio Pimenta - UFBA (suplente)

Representante Discente - Mestrando Caio Augusto Souza Lara - UFMG (titular)

Secretarias

Diretor de Informática - Prof. Dr. Aires José Rover – UFSC

Diretor de Relações com a Graduação - Prof. Dr. Alexandre Walmott Borgs – UFU

Diretor de Relações Internacionais - Prof. Dr. Antonio Carlos Diniz Murta - FUMEC

Diretora de Apoio Institucional - Profa. Dra. Clerilei Aparecida Bier - UDESC

Diretor de Educação Jurídica - Prof. Dr. Eid Badr - UEA / ESBAM / OAB-AM

Diretoras de Eventos - Profa. Dra. Valesca Raizer Borges Moschen – UFES e Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - UNICURITIBA

Diretor de Apoio Interinstitucional - Prof. Dr. Vladimir Oliveira da Silveira – UNINOVE

T314

Teorias da democracia e direitos políticos [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/ UFMG/FUMEC/Dom Helder Câmara;

coordenadores: Adriana Campos Silva, Armando Albuquerque de Oliveira, José Filomeno de Moraes Filho – Florianópolis: CONPEDI, 2015.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-141-8

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

Tema: DIREITO E POLÍTICA: da vulnerabilidade à sustentabilidade

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Democracia. 3. Direitos políticos. I. Congresso Nacional do CONPEDI - UFMG/FUMEC/Dom Helder Câmara (25. : 2015 : Belo Horizonte, MG).

CDU: 34



XXIV CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI - UFMG/FUMEC /DOM HELDER CÂMARA

TEORIAS DA DEMOCRACIA E DIREITOS POLÍTICOS

Apresentação

É com satisfação que apresentamos à comunidade acadêmica o livro Teorias da Democracia e Direitos Políticos I, resultado da seleção de artigos para o Grupo de Trabalho homônimo que constou da programação do XXIV CONGRESSO DO CONPEDI, ocorrido na cidade de Belo Horizonte, entre os dias 11 e 14 de novembro de 2015.

A democracia como regime de governo remonta ao século V a.C. Contudo, existem muitas nuances que distinguem as suas primeiras configurações daquelas que ressurgem nas democracias modernas e, principalmente, nas contemporâneas. Destarte, a democracia se apresenta de várias formas em diferentes lugares e em momentos diversos.

Após a terceira onda de expansão global da democracia ocorrida no último quarto do século XX, os diversos processos de transição democrática tiveram um comportamento sinuoso em direção à sua consolidação. Em vários países da América Latina e do leste europeu, os processos de transição e consolidação da democracia ocorreram diversamente. Tanto nos primeiros, resultantes de um processo de esgotamento das ditaduras militares que se instauraram nos anos 60 e 70, quanto nos últimos, oriundos da débâcle comunista iniciada nos anos 80.

O Grupo de Trabalho Teorias da Democracia e Direitos Políticos I contou com a apresentação de 29 artigos que passam agora a constituir este livro. São artigos que tratam, de forma crítica, as mais variadas questões relativas à democracia bem como àquelas concernentes às garantias e expansão dos direitos políticos.

Desejamos a todos uma boa leitura.

Prof. Dr Armando Albuquerque de Oliveira

Professor Dr. José Filomeno de Moraes Filho

Profa. Dra. Adriana Campos Silva

UMA ANÁLISE CRÍTICA DA JUSTIÇA ELEITORAL: ENTRE A CRIPTOGRAFIA E O SIMBÓLICO

A CRITICAL ANALYSIS OF THE ELECTORAL JUSTICE: BETWEEN THE CRYPTOGRAPHY AND THE SYMBOLIC

Leandro Barbosa Silva
Guilherme Ferreira Silva

Resumo

O presente trabalho analisa a teoria da constituição criptografada e a força simbólica da constituição, possibilitando uma visão estendida para todo o Direito Eleitoral. Sobre a abordagem no Direito Eleitoral, verificamos como ele pode ser um instrumento meramente formal de símbolo e criptografia do Direito, retirando o debate e a legitimidade política do contexto social, e colocando o Direito como arena de judicialização da política. Ao analisar exemplos de como as decisões eleitorais são tomadas, percebe-se que tal esfera do Direito na verdade apenas promete os princípios democráticos, mas na verdade acaba por macular a democracia desde a escolha dos representantes populares.

Palavras-chave: Criptografia, Simbólico, Direito eleitoral

Abstract/Resumen/Résumé

This paper analyzes the theory of encrypted constitution and the symbolic force of the constitution, enabling extended viewing of the whole Election Law. On the approach to the Electoral Law, we see how it can be a purely formal tool of symbolism and encryption law, taking the debate and the political legitimacy of the social context, and taking the political arena in to law legalization. By analyzing examples of how electoral decisions are taken, it is clear that this sphere of law actually, only promises democratic principles, but actually turns out to smirch democracy from the beginning choice of the people's representatives.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Cryptography, Symbolic, Electoral law

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho é resultado de pesquisa que buscou responder à pergunta se o direito eleitoral como conjunto de regras que visa democratizar os institutos e as formas de escolha dos representantes populares é de fato legítimo quando visto sob a ótica da criptografia do direito e de sua força simbólica.

Desta forma, buscou-se fazer uma análise e demonstração da teoria da Constituição Encriptada e da constituição simbólica, fazendo a aproximação e distanciamento entre ambas, por entendermos que elas trazem um acréscimo aos debates que envolvam direitos relacionados à emancipação do Homem, como os direitos humanos e direito políticos.

Neste sentido, “La Constitución Encriptada” revela a farsa do liberalismo político como substrato da democracia e sua função encobridora do poder exercido pelo “Império do Capital”, através da ideia que pode ser sintetizada como uma crítica acerca da instrumentalização do direito, fazendo-o excluir os discursos políticos, por um novo discurso que é traduzido na linguagem jurídica. Isso acaba por resultar em uma criptografia, que vai aplicar nos direitos fundamentais uma sistematização prática nos moldes de um liberalismo capitalista, ainda que existam regras de direitos fundamentais sociais.

Por outro lado, a concepção de força simbólica trazida nos aponta como o direito pode ser assumido de maneiras diversas a partir do simbolismo das regras e dos atos que as envolvem. Não só, mas como o lado perverso deste fenômeno contribui para a negação de direitos fundamentais em virtude da própria positivação de direitos sem eficácia.

Assim, verificar-se-á como a forma com que as normas eleitorais, bem como a forma de se decidir sobre tais matérias, tem tornado este ramo do direito um lugar vazio de sentido, que acaba por velar e criptografar a noção de justiça política e os anseios por regras que efetivem princípios democráticos e possibilite o avanço político, que refletirá na administração pública. Como o simbolismo presente no direito eleitoral presta a dar uma vestimenta de legitimidade ao processo de escolha dos representantes populares, mas, sob uma análise mais profunda, é apenas uma força simbólica negativa.

Para tanto, buscaremos abordar os conceitos que consideramos mais importantes nas ideias de Ricardo Sanín Restrepo e Gabriel Méndez Hincapié no texto “La Constitución Encriptada” (2002), e a concepção de força simbólica do direito e direitos humanos desenvolvido por Marcelo Neves. Após, fundamentaremos o porquê de afirmarmos que a justiça eleitoral é exemplo de como o direito é criptografado e utilizado de forma simbólica

negativamente. Ao final, uma conclusão da ótica da pesquisa e apontamentos para uma possível solução do problema enfrentado.

2 LA CONSTITUCIÓN ENCRIPADA

O termo “Constitución Encriptada”, que traduzimos como Constituição Criptografada, é apresentada por Ricardo Sanín Restrepo e Gabriel Méndez Hincapié no artigo La Constitución Encriptada (2002), ideia que trabalhamos como um marco teórico no trabalho. O texto realiza um diagnóstico “anticapitalistas” com fundamentação robusta e coerente para quem não acredita em diversas premissas ideológicas surgidas com o Estado (liberal) moderno.

Para nós, que não conseguimos mais ver o mundo que não seja também inserido em uma concepção de linguagem (linguística), o termo “*encriptado*” que adjetiva o substantivo constituição, não é utilizado inocentemente pelos autores. Sentimos na responsabilidade de dizer isto, pois, perceber tal perspectiva na análise deste marco teórico é mais uma maneira de ampliar o olhar sobre as questões abordadas e aumentar o ‘desvelamento’ proposto pelos autores.

Quando afirmamos isso, fazemos por alguns motivos. Primeiro, o próprio termo criptografia – e suas variáveis – é comumente utilizado como algo que se dá com significação de codificação, traduzido para uma língua secreta/segura, algo ligado desde muito tempo aos setores de investigação e recentemente às inteligências informatizadas das nações.

Não obstante, das sete bibliografias citadas pelo autor, duas delas tratam diretamente da linguagem sob uma perspectiva desconstrutivista (Walter Benjamin e Jaques Derrida), linha a qual poderíamos inserir o texto dos autores, desde que não enrijecêssemos tais qualificações.

Ainda, a questão da criptografia, assumindo-a como algo ligado a um código que transforma uma mensagem facilmente lida, em uma mensagem que só aqueles que detém o código/chave conseguem ler, pode ser comparada à noção proposta pelos autores, em que o novo modelo de Estado e Constituição transforma os discursos político-sociais em um discurso codificado pelo jurídico. O direito, assim como Midas que transformara tudo em ouro, transforma tudo que toca em uma nova linguagem.

Importante entender que isto não significa que queremos solucionar as questões enfrentadas pelos autores com um novo método hermenêutico¹. Mas que para nós, há no texto a consciência do problema linguístico que o direito cria, e perceber isso auxilia o entendimento das ideias defendidas pelos autores. Identificar mais esse viés é conseguir aumentar o texto sem criar anomalias ao mesmo.

Ademais, cabe observar que Marinella Machado Araújo² destaca que o termo “encriptada” ultrapassa a ideia de um código de linguagem que produz a exclusão do acesso, em virtude da tecnicidade de seu caráter. Caso assim o fosse, o problema seria solucionado apenas com a alteração dessa linguagem. Os autores levantam, assim, dois problemas:

- a) Problema de linguagem que decorre da natureza técnica e burocrática do discurso jurídico (criptografia).
- b) Problema sistêmico que decorre da forma como o capitalismo privatiza funções públicas de maneira cíclica, ao longo dos tempos, decorrente da natureza pendular do capitalismo nas relações jurídicas.

Percebidas tais acepções do marco teórico proposto, começamos pelo ponto que entendemos ser o inicialmente denunciado por Hincapié e Restrepo. O primeiro fenômeno que o capitalismo nefastamente ocasionou foi acrescentar à genealogia da política um Estado nação que, no âmbito internacional, centraliza poderes e cria uma ideologia única, sob o pretexto da neutralização.

Isto ocorre ainda mais com os avanços das tecnologias e com a globalização que encurta distâncias, o que facilita a transição de pessoas e ocasiona uma ausência de identificação fática do povo em si mesmo. Há uma fragmentação da política.

Não se sabe exatamente contra quem lutar, uma vez que a difusão e a neutralização tornam todos iguais e diferentes, todos possuidores de poderes, mas não responsáveis pelos mecanismos do sistema. Todos têm poderes, mas ninguém é o responsável. Assim como o terrorismo cometido por pessoas não associadas, com a utilização de meios de informática, situação em que não se conhece a face do inimigo, ele passa a ser todos e ninguém. Ao

¹ Até porque não acreditamos em **um método** hermenêutico, ainda que se considere a fenomenologia e a desconstrução como um método, estas vertentes não seriam donas da verdade, mas apenas mais uma abertura para a verdade.

² Aula proferida por Marinella Machado de Araújo, na disciplina “Tendências do Direito Administrativo” do Programa de Pós-Graduação “Stricto Sensu” da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 20 nov. 2013.

mesmo tempo em que não há mais uma bandeira a ser combatida, mas um terror perigoso e sem rosto. Não há Estado e nem nação.

O novo modelo de Estado moderno desarticula qualquer outra forma de pensar as organizações jurídicas e estatais, julgando negativamente qualquer organização social que seja contra o sistema, inclusive, impondo aos povos um novo imperialismo: o imperialismo da democracia capitalista.

A falácia da neutralidade não passa de uma ideologia liberal que precisa de um Estado que seja forte para garantir seu mercado, mas seja fraco para limitar os poderes dos donos do capital, na verdade, uma negação da possibilidade democrática de fato. Uma democracia viciada em seu conteúdo, como se fosse uma santa imaculada da qual não podemos tocar e nem sequer falar.

Esta demagogia afirma um Estado forte para aquilo que garante as relações de mercado, que favoreçam as relações capitalistas. Mas no que tange aos direitos humanos, que poderiam efetivar a dignidade humana, na verdade, não passa de texto legal criptografado. Isto porque, no momento de garantir direitos, além daqueles de primeira geração, os Estados utilizam de pretextos para justificar que não possuem recursos para tanto (como a teoria da reserva do possível) ou que a intervenção estatal irá prejudicar as relações econômicas. As constituições garantem relações juridicamente estáveis a favorecer este novo império. Surgem as soberanias porosas.

Um conceito totalmente inovador, a ideia de que as soberanias são apenas simbólicas, falsas, que na verdade vem exatamente para garantir que o poder político seja criptografado no âmbito internacional. Podemos afirmar que hoje todos os Estados utilizam o conceito de soberania das nações, mas que o império norte americano e outras potências econômicas mundiais permeiam nesta porosidade citada acima para guiar os planos político-jurídicos dos demais Estados e, conseqüentemente, a ideologia de vida dos respectivos povos.

É um paradoxo. Criaram a ideia de soberania com a paz de Westphalia, estabelecendo que cada nação tem independência em seu território, criando os Estados como conhecemos hoje. Contudo, ao mesmo tempo, exigem que as democracias sejam em sentido único, intervindo economicamente, politicamente, juridicamente e até com forças militares, retirando qualquer sentido de uma soberania de fato popular.

Todo esse processo fortifica o direito, o lugar por excelência no qual ocorre a neutralização da política, um lugar que ocorre o processo de filtragem do sistema social, segundo os adeptos da teoria sistêmica, inclusive Marcelo Neves (2007). Assim, o direito

filtra os fatos sociais e seleciona o que terá entrada em seu subsistema e, conseqüentemente, o que terá respostas previamente estabelecidas.

Assim, essa forma de encarar o sistema, que diz reduzir a complexidade do sistema social, na verdade, criptografa a linguagem política, possibilitando que apenas poucas pessoas tenham a técnica necessária para ler o novo código. Não só isso, mas também há por detrás uma ideologia que vai dizer o que é ou não o direito, uma metafísica fortemente defendida por tantos céticos! Morre a política, nascem os juristas.

As Constituições e os Estados são simbolicamente tudo isto, baseados numa liberdade kantiana que se funda na propriedade e num dever moral de ser livre como se todos os seres humanos fossem livres naturalmente.

Pedimos licença para citar os autores:

El primer propósito del encriptamiento del lenguaje es el disimulo y la substracción de todas las dimensiones del poder. Con la encriptación del lenguaje tecno-legal y, por ende, de los procedimientos, protocolos y las decisiones, las manifestaciones sensibles del poder se vuelven ilegibles y con ellas el poder como fenómeno se torna indiscifrable para todo aquel que no comparta el conocimiento preciso del lenguaje y las claves con las cuales se encriptó. (HINCAPIÉ; RESTREPO, 2012, p. 13).

A decisão “técnica” como um velamento. Aparentemente as decisões são técnicas, livres de ideologias, neutras, como se o ser humano tivesse a capacidade de abdicar de suas convicções e de seu mundo da vida e, assim, aplicar a lei numa subsunção mentirosa (Se A, então B deve ser). Chega a parecer que só existe uma decisão possível, e a ideia de justiça some, é fragmentada e considerada uma ilusão, algo de quem tem ideologia - o que não é admitido neste sistema. Quem pode ler esta linguagem tem muito poder, quem tem o poder de dizer o que é essa linguagem passa a ser o dono da verdade.

Frisa-se que o julgador vela sua decisão com uma técnica e fundamentação como se houvesse um cardápio à sua disposição, mas que, por trás deste velamento, o que há, geralmente, são preferências subjetivas e políticas que motivam a decisão. Fenômeno este que se coaduna com o diagnóstico feito por Hincapíe e Restrepo:

El primer propósito del encriptamiento del lenguaje es el disimulo y la substracción de todas las dimensiones del poder. Con la encriptación del lenguaje tecno-legal y, por ende, de los procedimientos, protocolos y las decisiones, las manifestaciones sensibles del poder se vuelven ilegibles y con ellas el poder como fenómeno se torna indiscifrable para todo aquel que no comparta el conocimiento preciso del lenguaje y las claves con las cuales se encriptó. (...). Uno de los aspectos fundamentales de la encriptación es que sirve para hacer pasar decisiones que son netamente ideológicas, como si fueran decisiones puramente técnicas, provenientes de una aplicación meticulosa de métodos científicos, y que, por lo tanto, no resisten

oposición alguna. Las decisiones se muestran como un producto del principio de la necesidad lógica, es decir, la decisión tomada no admite alternativa lógica posible. Lo que se logra no es solo blindar la decisión y extraerla del léxico y las prácticas políticas, sino que es la forma por antonomasia de legitimar la privatización de la política y el derecho. (HINCAPIÉ; RESTREPO, 2012, p. 13-15).

Retornando ao tema das soberanias porosas, percebe-se que o que ocorreu foi uma fragmentação dos poderes políticos, uma desorganização das bases sociais e políticas sob o fundamento de que há um poder constituinte popular que assim permitiu que fosse feito. Mas, passado o processo constituinte, resta apenas o poder constituído, negando o passado e o processo político realizado para que este existisse.

Hincapié e Restrepo analisam muito bem que o Estado liberal possui um paradoxo, pois, ao defender uma ausência de intervenções estatais, ao mesmo tempo, exige o Estado, e consequentemente o direito, muito fortalecidos para que haja uma segurança nas relações comerciais. Muito interessante dizer que paradoxalmente a mão invisível do mercado necessita do Estado forte. Neste ponto, Gilberto Bercovici (2011) também demonstra essa ironia por diversas vezes, mas sem adentrar na questão da democracia jurídica como modelo ideológico alienante, ponto em que Hincapié e Restrepo adentram a todo o momento, sendo parte essencial para o entendimento de seu trabalho, *vide: Dado lo anterior el Estado logra, de un lado, desarticular cualquier forma de organización social anti-sistema, y de otro, garantizar las condiciones legales (constitucionales) que reproducen el “imperio del capital”*. (HINCAPIÉ; RESTREPO, 2012, p. 3).

Os autores citam como os Direitos Humanos são utilizados como forma de discurso para iludir, dando uma linguagem que parece acessível, mas não é. Uma linguagem criptografada pelo Direito, que por sua vez possui uma metalinguagem estabelecendo as regras da ‘descriptografia’ nas mãos de poucos.

Se, por exemplo, a moradia é um direito fundamental do homem, porque ela pode ser mitigada por diversos fatores que não seriam fundamentais? Por quais razões as restrições aos direitos sociais ganham muito menos impacto na mídia do que as restrições a liberdades individuais? A forma que se dá a hermenêutica nas garantias individuais, como se fossem despolitizadas, não indica uma política do Direito, ainda mais se compararmos com a forma que ela se dá na classe de direitos sociais?

Estas perguntas podem nos indicar como o ordenamento jurídico é utilizado como um sistema, que em tese necessita funcionar de forma harmônica e neutra, mas que na verdade exclui os argumentos com teores ideológicos e políticos sob a falácia da ciência moderna. Assim, o Direito não apenas estabiliza a sociedade, como incute uma ideologia subversiva,

que impossibilita sua própria revisão, a ausência de autocrítica. Impossibilita reais alterações nas estruturas sócio-jurídicas.

O texto ora analisado identifica que a essência do processo de negação da democracia teria três pontos, a) uma intensa e progressiva privatização do público e do político, sendo que isto acarreta na b) despolitização dos conflitos (jurisdicionando-os) e c) a ilusão de uma democracia inclusiva³. Sendo esses três pontos a essência do procedimento de negação das reformas democráticas, visando a “segurança jurídica” e a estabilização das relações comerciais.

Outra fase do processo de formação do Estado Democrático de Direito, que resulta na retirada do povo das decisões reais da sociedade e da política, se dá por meio da fragmentação dos processos representativos e políticos (do ponto de visto jurídico) que a própria organização estatal cria. Dessa forma, os discursos políticos deixam de ser um bem abundante da população cotidiana, mas passam a ser algo mediado pelos donos do Direito, por uma racionalidade constitucional e jurídica, que prevê de antemão a hierarquia de valores a ser priorizada.

Finalmente, el fundamento jurídico-constitucional de la representación es lograr una base social desempoderada y un cuerpo político fragmentado en redes de contrapoderes políticos y sociales. No obstante, el artificio mayor es el colapso del poder constituyente en el poder constituido que se logra en la constitucionalización de lo político (HINCAPIÉ; RESTREPO, 2012, p. 9-10).

Neste sentido, os juristas detêm o instrumento: a linguagem técnica instrumental do Direito. As leis traduzem os problemas sociais com tamanha violência, que estas hegemonizam uma população que nas sociedades atuais são mais que plurais. Esta violência substitui “racionalmente” a noção de justiça por direito, e encontra aqui uma pretensa legitimidade científica, na qual as decisões e rumos da sociedade têm sido realizados por aqueles que estudam para isto, para dominar o novo discurso.

O papel dos juízes é inflado, pois, se os operadores do direito possuem a técnica para buscar os direitos e a realização do plano político no âmbito (agora) privado, os julgadores é quem dirão em última instância qual é a ideologia que será acatada, ainda que, altamente velada por esta técnica.

Considerando que não há espaço para ingenuidades, a racionalidade exige explicações e, para isto, há sempre fundamentações que utilizam da técnica, de diversas formas possíveis,

³ “Identificamos la esencia de este proceso de negación de la democracia en tres agendas: Una intensa y progresiva privatización de lo público. Una permanente despolitización de los conflictos sociales. La promesa fallida de la inclusión democrática” (HINCAPIÉ; RESTREPO, 2012, p.5).

um instrumento para dar a cada decisão um discurso carregado de subjetividades como se fossem apenas aplicações de um direito neutro. Um falso discurso de neutralidade:

En conclusión, la neutralidad ideológica que el liberalismo predica del Estado y su derecho, no significa otra cosa que el mercado es uno de los fundamentales ámbitos de la negación de la democracia. A continuación, dos lugares más en los que la democracia es vaciada de contenido. (HINCAPIÉ; RESTREPO, 2012, p.6).

Talvez, aqui se encontre o grau mais elevado da criptografia: a técnica aplicada. É possível ir além do texto objeto desse estudo, ainda no mesmo sentido, e afirmar que não só os direitos fundamentais são criptografados, mas todo o direito. assim como os procedimentos que são considerados um meio de se alcançar uma “justiça” anteriormente estabelecida e que vela esta questão da política privatizada pela criptografia.

3 A FORÇA SIMBÓLICA DOS DIREITOS

Descrever de forma resumida as ideias de Marcelo Neves é tarefa de extrema dificuldade, uma vez que seu pensamento é sistemático, profundo e compreende diversos ganhos e perspectivas de vários teóricos da sociologia, filosofia, lingüística e direito. Contudo, jogaremos luz naqueles pontos que achamos mais interessante, tanto para concordar quanto para discordar. Para tanto, os trabalhos que usamos como centro foram “A Força Simbólica dos Direitos Humanos” (2005) e “A Constitucionalização Simbólica” (2007).

É possível iniciar pelo não-início e, assim, começamos pelo âmbito mais jurídico, ao afirmar que toda lei tem uma força normativa, conceito que ele mescla entre o Conrad Hesse e Friedrich Muller. Do Muller, Neves avança bem na hermenêutica jurídica, pois adere conceitos de uma nova ciência, não-positivista. Isto quer dizer que o autor percebe que a norma está para além da lei, que a norma é o meio operacional do direito que foge às questões positivadas, podendo ir além ou aquém desta.

Há também a citação e a utilização do âmbito normativo como Muller defende. Inclusive confirmando os ganhos lingüísticos da semiótica. Desta forma, a semiótica é um dos pressupostos do autor. Ou seja, ele admite uma reviravolta lingüística no sentido de afirmar que a linguagem altera o mundo real e o mundo real também altera a linguagem. Um sistema com suas irritações. Importante, ainda, ver que ele admite uma diferenciação entre linguagem e mundo, mesmo admitindo a interferência mútua, ou seja, não compreende o mundo como

uma formação lingüística, o que para nós é passível de crítica da qual não nos adentraremos por questões de recorte epistemológico.

No que tange ao aspecto da força normativa de Hesse, podemos afirmar que os estudos de Marcelo Neves são passos além de um ponto inicial comum em Hesse (1991). Esse desenvolveu tese acerca da força normativa das constituições, na qual o autor constrói sua teoria fundada no tanto que uma Constituição é ou não respeitada e efetivada. Contudo, Neves vai muito além, analisando muito mais perspectivas do que aquele.

O autor utiliza noções de força normativa semelhante ao do conceito utilizado por Konrad Hesse quando cita o tema da legitimidade das normas e da eficácia da norma com implicações que se afetam.

Para Neves, a força normativa está associada à vinculação que a norma causa às condutas daqueles a quem a norma é destinada. A noção de sanção é importante sobre parte de sua perspectiva, pois, as sanções podem gerar maior efetivação/vinculação da norma, devido ao medo da punição ou respeito ao dever-ser.

O autor também correlaciona essa força normativa à legitimidade do poder estatal. A democracia, emanada pelo povo, delega ao Estado o poder de editar leis e de vincular o povo a estas. Neste sentido, a coerência entre este povo que legitima o Estado e os conteúdos das leis, irá modificar a graduação e qualificação desse poder simbólico.

O autor parte de alguns pressupostos interessantes e relativamente novos para o direito constitucional (principalmente brasileiro).

Marcelo Neves também marca seu posicionamento junto ao de seu orientador Luhmann. Neste ponto ele é claro ao considerar o direito como um micro-sistema, do sistema social, que filtra as complexidades e demandas sociais em um código lícito/ilícito, facilitando ao julgador o papel de dizer se algo é legal ou ilegal.

Assim, a Constituição e os direitos humanos são os principais instrumentos que permitem o funcionamento do sistema do direito e que permite ao mesmo tempo reduzir as complexidades e resolvê-las de forma satisfatória. A Constituição é um acoplamento estrutural que permite diferenciar o direito da política (ou da moral e religião).

O próprio sentido de simbólico pelo autor não é unívoco. Ele expõe suas posições de simbolismo tanto das constituições quanto dos direitos humanos de tal forma que podemos afirmar que tal papel simbólico é, na verdade, do direito. Desta forma, analisa a força simbólica de vieses diferentes, contrapondo com autores que analisam os simbolismos sob outras perspectivas e em quais suas ideias coadunam ou não com estes autores.

Neves deixa claro que a força simbólica não é necessariamente algo negativo, mas que, ao contrário, esta força é que muitas das vezes permite ao estado guiar mudanças radicais na sociedade por meio do Direito, sempre observando a força normativa e suas possibilidades, conforme já citado.

Uma questão muito interessante ao abordar os direitos humanos é a conceituação mínima que o autor utiliza. De maneira aberta, sem restringir o que são direitos humanos, Neves diz que os mesmos, em um Estado Democrático, devem ser uma garantia às possibilidades de dissenso, desta forma, se opõe fortemente a Habermas, um dos escritores mais difundidos quando o assunto são direitos humanos e democracia, que sempre afirmou que os direitos humanos devem existir para possibilitar o consenso por meio de um discurso.

Pensamos que tal inovação é de grande importância pois avança no sentido de reconhecer as diferenças e o pluralismo sob nova ótica, ainda que não seja aquela a qual nós almejamos⁴, esta ao menos busca ver os direitos humanos ainda mais contra majoritário, um arcabouço de garantias para aqueles que possivelmente nunca terão o consenso ao seu favor.

Marcelo Neves exemplifica casos de intervenção da Organização do Tratado do Atlântico Norte (OTAN) nos países periféricos do mundo e, mais uma vez, critica incisivamente o posicionamento de Habermas, pois este defendeu intervenções arbitrárias sobre o pretexto de uma universalização dos direitos humanos, uma razão unilateral na qual o ocidente acabou por se impor sobre os países orientais e os considerados subdesenvolvidos – o paradoxo do imperialismo dos direitos humanos. Não só, mas aponta que a simbolização moral dos direitos humanos acarreta isto, a tentativa de uma imposição de uma moral única, sem respeitar exatamente a possibilidade dos direitos humanos, que devem ser pressupostos de qualquer democracia.

Toda esta profundidade teórica nos faz admirar os textos estudados, pois, percebe-se que o estudo não encerra em si mesmo, uma vez que está voltado para problemas sócio-jurídicos particularizáveis e de grande preocupação política pelo mundo. Por isso, perceber que a força simbólica dos direitos não é apenas algo negativo é de super importância.

Por exemplo, a própria declaração dos direitos humanos da ONU. Quem não dirá que houve avanços significativos pelo mundo quanto à preocupação de que as Nações respeitem

⁴ Em dissertação defendida no programa de pós-graduação da PUC Minas, por um dos autores, mestrado em direito público, analisou-se a responsabilidade em face do Outro, partindo de uma relação não ontológica, fundada principalmente nas ideias abordadas na ética da alteridade de Emmanuel Levinas. Assim, consideramos importante demarcar que novos horizontes ainda podem ser explorados quando o assunto é o reconhecimento do Outro e das diferenças em um Estado Democrático e ético.

direitos humanos mínimos, fazendo com que diversos povos buscassem por tais liberdades individuais e a eficácia da proteção de seus cidadãos?

Contudo, a mesma declaração, em determinado momento, passa a significar um modelo e pretexto de imposição imperialista dos países considerados desenvolvidos sobre os subdesenvolvidos. Não só, mas também, acaba por ocultar a ausência de efetivação de direitos com a simples transcrição de diversos direitos elencados nos tratados pelos constituintes de diversos países, como se tal ato fosse suficiente para garantir dignidade às pessoas.

Este exemplo dado por Neves e trabalhado por nós, apenas reforça o dito pelo autor, de que a força simbólica é ligada à conotação dada ao direito, tanto pelo povo, quanto pela política, Estado, instituições e etc.

Neste sentido, talvez um dos trechos que melhor resumem a força simbólica dos direitos e que poderia nos ajudar a concluir este tópico é de tamanha profundidade e exatidão que pedimos licença para transcrevê-lo:

No presente contexto, ao tratar da “força simbólica dos direitos humanos”, cabe antes apontar a ambivalência do simbólico. É verdade que, no âmbito do normativo, quando enfatizamos a força simbólica, sugerimos um certo grau de falta, pelo menos no momento, da força normativa dos correspondentes atos, discursos, declarações ou textos. Mas o caráter conotativo de declarações, discursos, atos e textos simbólicos nem sempre serve à manutenção do status quo de carência dos respectivos direitos. A dimensão simbólica do normativo pode exatamente servir à superação de situações concretas de negação dos direitos. A referência simbólica a determinado instituto jurídico caracterizado por um alto grau de ineficácia normativo-jurídica serve tanto ao encobrimento dessa realidade e mesmo à manipulação política para usos contrários à concretização e efetivação das respectivas normas, quanto a uma ampla realização do modelo normativo no futuro. A força simbólica de atos, textos, declarações e discursos de caráter normativo serve tanto à manutenção da falta de direitos quanto à mobilização pela construção e realização dos mesmos. Esta ambivalência significa que o simbólico não se reduz ao “ideológico” no sentido de ilusão negadora de outras alternativas ou ao “retórico” no sentido de uma mera persuasão descomprometida com o acesso aos direitos, pois também, paradoxalmente, incorpora o espaço da crítica ao modelo normativo de fachada. Além do mais, qualquer recurso à força simbólica é sempre arriscado. Por um lado, a afirmação simbólica de direitos e institutos jurídicos, sem qualquer compromisso com o real acesso aos mesmos ou à sua efetivação, pode levar à apatia pública e ao cinismo das elites (Neves, 1994a: 112 e 161; Kindermann, 1989: 270), como também pode conduzir à mobilização social que contribua para a sua concretização normativa e efetivação. Nesse sentido, acentua Friedrich Müller em referência a textos normativos: “Afinal de contas, não se estatuem impunemente textos de normas e textos constitucionais, que foram concebidos com pré-compreensão insincera. Os textos podem revidar [zurückschlagen]” (1997: 56 – tr. br., 1998: 105). Por outro lado, o recurso crítico à força simbólica para mobilizar na perspectiva da efetivação de modelos jurídicos e do acesso a direitos solenemente declarados pode “revidar” negativamente no sentido da apatia pública e da desconfiança nas próprias possibilidades reais de conquista de direitos, assim como no sentido de um desprezo cínico das elites dominantes a respeito da inocuidade dos seus críticos, desde que não se considerem adequadamente os limites socioestruturais para o funcionamento das respectivas instituições e o efetivo gozo dos direitos pela massa dos excluídos. O direito não é

uma esfera isolada no mundo social, havendo uma variedade de pressupostos não-jurídicos (econômicos, políticos, culturais, científicos, técnicos, educacionais etc.) do jurídico. (Neves, 2005, p. 5).

Pelo que vimos aqui, o que podemos perceber é que o Direito em si é permeado pelo mítico e pelo simbólico e que isto isoladamente não significa que é ruim ou bom. A questão a ser encarada é como este simbólico se dá em cada realidade jurídica e social, sendo que, entendemos, fundados em Neves, que o símbolo legal quando não traz a possibilidade de dissenso no debate jurídico é negativo, motivo pelo qual é sempre necessárias análises empíricas da efetividade da norma para a crítica à mesma e aos arranjos institucionais que deveriam possibilitar a emancipação do sujeito pelo direito. É o que tentamos contribuir.

4 ANÁLISE DE TEMÁTICAS ELEITORAIS

Escolhemos observar o direito eleitoral frente à teoria da constituição criptografada e a força simbólica dos direitos tanto pela experiência prática com a matéria, quanto pelo fato de que tal ramo do direito ser o responsável para com os procedimentos de escolha dos representantes do povo na administração pública, tanto na elaboração de normas quanto para a execução das leis e dos projetos de efetivação da justiça social.

Dessa forma, quanto mais vícios não-democráticos, ou antijurídicos, encontramos no procedimento eleitoral, menos democrático e ilegítimo deverá ser o exercício dos mandatos eletivos. Assim, talvez, acabar com algumas mazelas ainda no procedimento eleitoral pode resultar em uma moralização da política, afastando problemas enfrentados em uma análise posterior, quando discutida a falta de justiça social, os altos índices de corrupção, a má utilização do erário, dentre outros temas.

Percebemos que no aspecto simbólico das normas eleitorais, principalmente com o advento da Constituição Federal de 1988, tivemos avanços pelo simples fato de um sistema eleitoral que prescreve penas para casos de compras de votos, propagandas eleitorais ilegais, punições para abusos de poder econômico e político, por apontar parâmetros para o financiamento de campanha dentre outras regulamentações. Isto porque a consciência social dos eleitores tem amadurecido aos poucos, pelo simples fato de saber que estas condutas são ilegais, trazendo um impacto positivo nos eleitores.

Por outro lado, a vagueza das formas de punir e determinadas construções jurisprudenciais acabam por retirar a crença no poder coercitivo e sua eficiência, tendo em vista que alguns fatos acompanhados pela população tornam-se exemplos de impunidades no direito eleitoral. Desta forma, o simbolismo desta ineficácia acaba acarretando consequências semelhantes às elencadas por Marcelo Neves, no sentido de serem normas que apenas forjam a existência de eleições democráticas, mas que por trás apresenta problemas que maculam toda a escolha dos representantes populares.

Sob a perspectiva da criptografia, vemos da mesma forma, a permeação do direito eleitoral acaba concentrando o processo de escolhas dos políticos nas mãos dos julgadores, acarretando no fenômeno da judicialização dos processos eleitorais, o qual, por algumas vezes, acaba tendo nos Tribunais desfechos diferentes do que a norma prevê, ou que a norma exige, mas acaba sendo driblado por argumentos jurídicos vagos para justificar interesses pessoais dos tribunais.

Para trazer maior clareza, escolhemos decisões recentes e de maior proximidade à nossa realidade, pois tratam de casos ocorridos em Minas Gerais, que demonstram como o direito eleitoral tornou-se forma de velamento para que o discurso político fique ainda mais escasso e as decisões políticas acabem ficando concentradas nas mãos de juízes.

Apesar dos exemplos, há a necessidade de estender os argumentos para casos distintos, mas as ilustrações são essenciais para demonstrar os efeitos práticos das teorias analisadas.

4.1 As prestações de contas de campanha

Os candidatos a cargos eletivos, e os partidos políticos, juntamente com seus comitês financeiros, devem apresentar à Justiça Eleitoral as contas da campanha eleitoral, de acordo com o disposto no art. 29, III, IV e §1º da Lei 9.504/97.

A Justiça Eleitoral é órgão especializado do Poder Judiciário da União, previsto no art. 118 da Constituição Federal de 1988, possuindo além da competência de solucionar os conflitos de interesse em matéria eleitoral (função jurisdicional), a atribuição de administrar o processo eleitoral (função administrativa), zelando pela regularidade do pleito e garantindo a legitimidade dos eleitos (vontade das urnas).

Nesse sentido, a prestação de contas de campanha eleitoral possui papel fundamental, visto que é através das contas apresentadas pelos candidatos e partidos políticos que se verifica a regularidade dos recursos arrecadados (legalidade das fontes), bem como a licitude

dos gastos realizados com esses recursos arrecadados, identificando e proibindo a compra de votos, o abuso de poder econômico e outras medidas que retiram a isonomia necessária entre os candidatos.

Contudo, o instituto da prestação de contas de campanha não alcança os seus objetivos, se enquadrando tanto dentro da ideia de criptografia tratada por Hincapíe e Restrepo quanto pelas abordadas por Neves, pelos motivos a seguir expostos.

A prestação de contas de campanha está prevista, como já foi dito, no art. 29, III e IV, e §1º da Lei 9.504/97, mas o referido diploma legal não esgota o tema.

A Justiça Eleitoral possui uma competência atípica ao Poder Judiciário, denominada função normativa, prevista nos arts. 1º parágrafo único, e 23, IX, ambos do Código Eleitoral, que autoriza o Tribunal Superior Eleitoral (TSE), a expedir resoluções para regulamentar o processo eleitoral:

Art. 1º Este Código contém normas destinadas a assegurar a organização e o exercício de direitos políticos precipuamente os de votar e ser votado.

Parágrafo único. O Tribunal Superior Eleitoral expedirá Instruções para sua fiel execução.

Art. 23 - Compete, ainda, privativamente, ao Tribunal Superior,

[...]

IX - expedir as instruções que julgar convenientes à execução deste Código; (BRASIL, 1965).

O próprio TSE, analisando a sua função normativa, decidiu que suas resoluções possuem força de lei ordinária⁵.

Assim, a cada ano eleitoral, o TSE expede uma resolução dispondo sobre a arrecadação e gastos de recursos por partidos políticos, comitês financeiros e candidatos, bem como sobre as prestações de contas.

Ora, se o instituto da representação (a democracia indireta) reduz o poder da população, uma vez que inibe o discurso político no seio da sociedade, o que dirá a definição de regras do processo legislativo definidas por sete “escolhidos”, membros do TSE.

Somado a essa ausência de legitimidade popular das regras das eleições, curiosamente, a Justiça Eleitoral, responsável por garantir a lisura das eleições, e com isso, garantir a democracia no país, é um órgão jurisdicional que não possui uma composição de magistrados próprios. As cortes eleitorais são compostas por magistrados de outros órgãos, os quais exercem a judicatura eleitoral durante um biênio, conforme determinação do art. 121, §2º da Constituição Federal:

⁵ Recurso Eleitoral n. 1.943, do Rio Grande do Sul, Boletim n. 13, p. 6.

Art. 121. Lei complementar disporá sobre a organização e competência dos tribunais, dos juízes de direito e das juntas eleitorais.

[...]

§ 2º - Os juízes dos tribunais eleitorais, salvo motivo justificado, servirão por dois anos, no mínimo, e nunca por mais de dois biênios consecutivos, sendo os substitutos escolhidos na mesma ocasião e pelo mesmo processo, em número igual para cada categoria. (BRASIL, 1988)

Essa rotatividade de magistrados favorece a carência de segurança nas decisões, fato que somente favorece os candidatos, pois aumenta-se a possibilidade de argumentação nas lides eleitorais, reduzindo o debate ao discurso jurídico, o que denota, segundo Hincapié e Restrepo, em uma criptografia.

O principal aspecto da criptografia é transformar decisões que são puramente ideológicas em decisões técnicas, provenientes de uma aplicação científica e, portanto, não sujeitas a qualquer tipo de argumentação lógica.

Por concentrar o domínio da interpretação da linguagem utilizada por um pequeno grupo de iniciados (membros do TSE e dos TRE's), cria-se a ideia de que somente esse grupo de especialistas é capaz de solucionar os problemas tão “complexos”, pois, como somente eles podem entendê-los, somente eles poderão solucioná-los.

Segundo os autores, o efeito da criptografia é desastroso: ela retira o poder do povo, pois ao não sabermos o que somente os especialistas sabem, somente eles poderão resolver os conflitos existentes.

Ao converter a linguagem comum, convencional para uma linguagem mais complexa (jurídica), cria-se uma barreira de acesso ao conhecimento. Assim, nem todos podem ter acesso a esse conhecimento, criando-se uma exclusão social.

Isto é conciliado com o efeito simbólico da norma, que dá a sensação de uma equidade aos participantes e de justiça contra os atos que intentem contra os princípios eleitorais, em especial os abusos econômicos. Contudo, como dito, não deixa de ser símbolo para legitimar o procedimento.

No caso das prestações de contas é emblemático: O TSE mudou de posicionamento diversas vezes, nos últimos oito anos, no que se refere ao reconhecimento de quitação eleitoral dos candidatos, no caso das prestações de contas serem julgadas desaprovadas.

Nas Eleições de 2004, a Resolução TSE n. 21.823, de 22 de junho de 2004, exigiu apenas a apresentação das contas para se adquirir a quitação eleitoral, entendimento esse seguido pela Resolução TSE n. 22.250, de 29 de junho de 2006, para as Eleições de 2006.

Já nas Eleições de 2008, a Resolução TSE n. 22.715, de 28 de fevereiro de 2008, alterou o entendimento exigindo a aprovação das contas, não a sua mera apresentação, sob pena do candidato não obter a quitação durante o curso do mandato ao qual concorreu. O TSE, provocado a se manifestar quanto à eventual inconstitucionalidade desse dispositivo, decidiu que o conceito de quitação eleitoral está inserido dentro de sua função normativa, não se enquadrando como hipótese de inelegibilidade, matéria essa reservada à Lei Complementar.

Inconformados com a decisão do TSE, os legisladores/candidatos alteraram a Lei das Eleições, com a edição da Lei n. 12.034, de 29 de setembro de 2009, retornando o entendimento inicial do TSE em 2004, exigindo apenas a apresentação das contas para se obter a quitação eleitoral.

Por sua vez, o TSE, em 1º de março de 2012, por apenas um voto de diferença, alterou o seu posicionamento exigindo novamente a aprovação das contas, utilizando-se de interpretação do termo “apresentação”. Contudo, vários partidos apresentaram pedidos de reconsideração da decisão. O TSE, então, mudou novamente, no mesmo ano, o entendimento para exigir apenas a apresentação das contas, através de decisão, por voto de minerva, do Ministro Dias Toffoli.

Verifica-se, assim, a criptografia na prestação de contas de campanha eleitoral, através do poder da linguagem jurídica, o qual viabiliza a concretização de qualquer interesse, vez que traduzido em uma linguagem técnico-científica, impossibilita a discussão por parte da população, verdadeiros interessados no processo eleitoral.

Nesse contexto, grande parte da população fica alheia aos processos ditos democráticos, vez que, ao não alcançarem o conhecimento, não entenderem a criptografia, não participam da política, por entenderem não estarem “aptos” para tal tarefa, função esta destinada aos especialistas no assunto.

E é exatamente por este motivo que defendemos que a criptografia existente nega a própria democracia, pois é de sua essência a existência de um corpo político que possui soberania sobre tudo que está no poder. Na democracia, há uma ruptura na lógica de governante e governado, pois tais funções recaem sobre a mesma pessoa. Não há disposição prévia de requisito para governar (tal como há na oligarquia ou na aristocracia).

Fica claro, para nós, que o interesse defendido no caso não é o interesse da população, pois, se há fatos sociais capazes de alterar a vontade popular acerca do tema prestação de contas de campanha eleitoral, durante esse curto período de tempo, o interesse da população seria por um maior rigor da legislação eleitoral, como foi demonstrado por parte da população

nas manifestações de junho de 2013, e não uma alternância entre rigidez e flexibilização, com a vigência atual deste último.

Indo mais além, as contas de campanha poderão ser julgadas pelos juízos eleitorais como: aprovadas, aprovadas com ressalvas, desaprovadas e não prestadas, segundo o disposto no art. 30 da Lei n. 9.504/97:

Art. 30. A Justiça Eleitoral verificará a regularidade das contas de campanha, decidindo: (Redação dada pela Lei nº 12.034, de 2009)

I - pela aprovação, quando estiverem regulares; (Incluído pela Lei nº 12.034, de 2009)

II - pela aprovação com ressalvas, quando verificadas falhas que não lhes comprometam a regularidade; (Incluído pela Lei nº 12.034, de 2009)

III - pela desaprovação, quando verificadas falhas que lhes comprometam a regularidade; (Incluído pela Lei nº 12.034, de 2009)

IV - pela não prestação, quando não apresentadas as contas após a notificação emitida pela Justiça Eleitoral, na qual constará a obrigação expressa de prestar as suas contas, no prazo de setenta e duas horas. (Incluído pela Lei nº 12.034, de 2009) (BRASIL, 1997).

Percebe-se que a legislação utiliza-se do conceito “regularidade” para definir qual será o julgamento das contas apresentadas, mas não define o que seriam essas contas regulares.

Tal tarefa é declinada aos julgadores, detentores do conhecimento jurídico e legitimados pelo direito como único a solucionarem o caso concreto.

Das quatro possibilidades de julgamento das contas, apenas uma possui consequência prática imediata, de acordo com a legislação e entendimento jurisprudencial atuais: a ausência da prestação de contas.

Contudo, para sofrer as consequências legais, não basta que o candidato deixe de prestar contas no prazo legal de trinta dias após as eleições (art. 29, III e IV da Lei n. 9504/97). O candidato possui, ainda, uma última chance dada por uma notificação da Justiça Eleitoral, dando-lhe o prazo de mais setenta e duas horas para cumprir o seu dever para com os eleitores.

Nesse caso, permanecendo o candidato inerte, a Resolução TSE n. 23.406/2014, prescreve:

*Art. 58. A decisão que julgar as contas eleitorais como não prestadas acarretará:
I – ao candidato, o impedimento de obter a certidão de quitação eleitoral até o final da legislatura, persistindo os efeitos da restrição após esse período até a efetiva apresentação das contas. (TSE, 2012).*

O julgamento das contas como aprovadas com ressalvas e desaprovadas, na prática, *per se*, não acarreta nenhuma sanção ao candidato. Evidente que, comprovado o abuso

econômico, ou irregularidades na arrecadação e gastos dos recursos, o candidato pode ter o seu mandato, caso eleito, cassado, nos termos do art. 30-A da Lei n. 9.504/97, em sede de Ação de Impugnação de Mandato Eletivo (AIME).

Contudo, cabe ressaltar a observação de Edson Resende Castro, promotor eleitoral e Coordenador do Centro de Apoio Eleitoral do Ministério Público de Minas Gerais:

É óbvio que quase nunca essas irregularidades saltam da própria prestação de contas, posto que candidatos e comitês a elaboram com auxílio de profissionais, que vão naturalmente omitir fontes ilícitas e, igualmente, gastos proibidos. A detecção de irregularidades torna-se possível a partir de diligências a serem implementadas nos autos a requerimento do Ministério Público ou de ofício pelo Juiz e também diligências extra-autos. (CASTRO, 2012, 472).

Cumpre-nos destacar, ainda, a alteração feita pelo legislador/candidato pela Lei n. 12.034/2009:

Art. 30. [...] § 2º-A. Erros formais ou materiais irrelevantes no conjunto da prestação de contas, que não comprometam o seu resultado, não acarretarão a rejeição das contas. (Incluído pela Lei nº 12.034, de 2009). (BRASIL, 2009).

Ou seja, mesmo que as contas apresentadas apresentem erros (formais ou materiais), cabe aos julgadores (juízes e cortes eleitorais), analisando em conjunto com os demais documentos da prestação de contas, decidir se esses erros são relevantes ou não e, conseqüentemente, as contas serão rejeitadas ou aprovadas. Mais subjetivo impossível.

Percebe-se, assim, a falta de utilidade prática da prestação de contas de campanha para fins de apuração de irregularidades ocorridas durante a campanha eleitoral, uma vez que essas irregularidades raramente serão declaradas pelos próprios candidatos. Aqui o caráter simbólico salta aos olhos, apontando como o aspecto teleológico da lei pode ser facilmente desvirtuado com a atual hermenêutica instituída na jurisprudência eleitoral.

Se esse instrumento não possui eficácia para o fim que foi criado, qual o motivo de sua permanência no ordenamento jurídico? Entendemos que aplica-se, mais uma vez, a teoria da criptografia no instituto da prestação de contas de campanha.

Hincapíe e Restrepo defendem que a dita democracia, os direitos humanos e a liberdade possuem efeito alegórico e trabalham de forma a manter as relações de poder domínio. Nesse sentido, os autores, citando Ellen Wood, afirmam que o “império do capital” somente existe sob a tutela de um sistema de estados e o desenvolvimento de sua polícia (poder extraeconômico do Estado).

Assim, o capital global, em suas múltiplas formas (financeiro, bancário, empresas multinacionais) necessita do Estado para exercer o controle sobre a população através de dois processos: o direito e a polícia (violência legítima). Dessa forma, o Estado consegue desarticular qualquer ação “antissistema” e garante as condições legais para a reprodução do “império do capital”.

O instituto da prestação de contas apresenta, nesse contexto, papel fundamental, uma vez que legitima perante a sociedade o processo de candidatura e eleições no país.

Respondendo a pergunta formulada, é necessária existência formal de um sistema de controle para maquiagem a realidade acerca do financiamento das campanhas eleitorais e os destinos dos recursos arrecadados. Com a previsão normativa de um controle a sociedade dorme tranquila, confiando que o problema da corrupção eleitoral não existe, pois há um controle por parte do Estado.

Percebe-se o desempoderamento por parte da população e a ausência do discurso político, uma vez que o discurso fica transmutado em uma linguagem jurídica acessível somente a alguns poucos especialistas (juízes e cortes eleitorais).

4.2 Análise de caso concreto – o Tribunal Regional Eleitoral de Minas Gerais

De forma ainda mais focada na atividade hermenêutica dos Tribunais, percebe-se que as decisões são figuras que desenham de maneira clara a criptografia. Claro que muitos juristas tendem a discordar de imediato, mas não percebem é que, o direito que deveria servir para emancipação da população, não consegue se afirmar para o povo, justamente porque se esquece dos critérios de justiça e fecha-se em si mesmo.

Para explicarmos melhor, vejamos que grande parte das decisões nos Tribunais Superiores (inclusive o Supremo) é julgada com critérios exclusivamente processuais, sem adentrar-se ao mérito! Ora, e dentre tais julgamentos, muitos poderiam ter as formalidades corrigidas sem prejuízos para as partes, mas acabam por ter a seguinte resposta do judiciário: “Isto, posto, Julgo, sem análise do mérito.” Fez-se uma nova visão de justiça.

Evidente que o processo é uma garantia das partes e permite que haja igualdade nas relações, mas, isto não implica em uma supervalorização do processo acarretando a desvalorização do que de fato efetivaria o direito material, em especial os direitos humanos.

A súmula nº 7 do STJ⁶, a nosso ver, representa perfeitamente este quadro de criptografia do direito e que nenhum advogado consegue explicar ao seu cliente o fenômeno, dizendo ao mesmo algo como: “Me desculpe, o Superior Tribunal de Justiça entende que você tem direito, mas eles não podem reler seus documentos porque só os juízes de primeira e segunda instâncias o podem fazer.”. Perde-se o sentido do próprio recurso, uma vez que, você vê na decisão que o entendimento é a favor do direito pleiteado, mas que, a interpretação dada às provas não pode ser revista⁷.

Assim, o tribunal pode entender livremente se, está diante da análise exclusiva de direito, ou se, está diante de situações fáticas, o que retiraria sua obrigação em decidir. Os excelentíssimos, os donos da tradução, aqueles que possuem a senha para a criptografia, possuem também uma chave para qualquer porta.

Como exemplo do que foi exposto, citamos o Recurso Eleitoral nº 44244.2012.613.0108, interposto por candidato a prefeito que foi eleito em município mineiro, no qual era questionada suposta compra de votos por parte do recorrente. Na sentença de primeira instância o juiz identificou por meio de oficial de justiça que havia um veículo de transporte de passageiros – veículo este com capacidade de 17 pessoas, pilotado por motorista contratado pelo recorrente, para levar eleitores deste município até a igreja em outro município. Além disto, o veículo estava plotado com adesivos do candidato que pediam votos aos favorecidos durante a concessão do transporte gratuito. Além da verificação por oficial, o juiz teve conhecimento de tal fato por comentários de pessoas no dia a dia da cidade, tendo também se convencido por meio de testemunhas favorecidas com o próprio transporte.

Feita toda a instrução, atermado todos os fatos e convencido da veracidade dos mesmos, o juiz sentenciou pela cassação do registro de candidatura dos candidatos a prefeito e vice, tendo em vista a comprovação de compra de votos. Depois de recebido o recurso, os seis julgadores do Tribunal Regional Eleitoral de Minas Gerais, votaram (4x2) pelo provimento do recurso, com a afirmação de que as provas não foram suficientes para comprovar o fato sentenciado e, por isso, reverteram a decisão do juízo *a quo*. Conforme vislumbra-se:

*Recurso eleitoral. Captação ilícita de sufrágio.
Procedência. Condenação em multa. Cassação de registro de candidatura.*

⁶ Súmula 7, STJ, de 03/07/1990: “A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial.”.

⁷ Não iremos nem adentrar, mas, importante frisar o quão é irracional e metafísica a separação entre forma e conteúdo presente neste tipo de decisão. O que, por si só, já retira qualquer argumento de racionalidade presente neste tipo de decisão judicial, para conhecimento sobre tal pressuposto, vide CRUZ e DUARTE, 2013.

Preliminar de ilicitude da prova. Não-conhecida. Os argumentos trazidos pelos recorrentes se referem ao mérito da causa. Mérito. Alegação de oferta de transporte a eleitores com a participação e anuência do Prefeito eleito. Para a captação ilícita de sufrágio deve restar comprovada a participação, direta ou indireta, ou, ao menos, o consentimento do candidato, o que no caso não ocorreu. Fragilidade e incoerência da prova produzida. A prova testemunhal tênue e frágil, dissociada de outros elementos aptos a lhe conferir respaldo, não tem o condão de sustentar a cassação dos investigados. Recurso provido para afastar a condenação imposta aos investigados.(TRE-MG. Recurso Eleitoral: 44244.2012.613.0108. Relator: Juiz Flávio Couto Bernardes. Publicado em: 17/12/2012).

Observa-se que, neste caso, ocorreu justamente o contrário, os juízes reformaram a decisão, afirmando que a sentença (originado do latim, sentir) do juízo *a quo* estava errada em interpretar os fatos no sentido de configurar a conduta típica de compra de votos. Ou seja, aquilo que geralmente é utilizado pelo Tribunal como forma de esquivar-se do mérito da causa, foi incoerentemente desprezado neste caso.

Ora, se fosse aplicada a súmula nº 7 do Superior Tribunal de Justiça (STJ), de imediato, os fatos não seriam nem analisados e o processo decidido conforme a primeira instância, ou revisto algum ponto meramente de direito. Mas, de forma bem diversa, os julgadores do Tribunal Regional Eleitoral, sem ter contato direto com qualquer meio de prova, inclusive da certidão expedida pelo oficial de justiça que presenciou os fatos, afirmou que todas as provas ali trazidas não convenciam os ilustríssimos.

O que nos indica é que, o direito não só cria uma linguagem própria em que mostra à população um arsenal de normas que tutelam uma eleição proba, que proíbe veementemente a corrupção, que resguarda o patrimônio público com severas sanções ao administrador público imoral, dentre outras, mas, em seu momento de aplicação, dá aos aplicadores destas normas a possibilidade de destrancar a interpretação da forma que estes querem, a possibilidade de tornar a norma mero símbolo para a população.

Frisa-se que o julgador vela sua decisão com uma técnica e fundamentações como se houvesse um cardápio à sua disposição, mas que, por trás deste velamento, o que há geralmente são preferências subjetivas, ideológicas e políticas que motivam a decisão. Fenômeno este que se coaduna com o diagnóstico feito por Hincapié e Restrepo:

El primer propósito del encriptamiento del lenguaje es el disimulo y la substracción de todas las dimensiones del poder. Con la encriptación del lenguaje techno-legal y, por ende, de los procedimientos, protocolos y las decisiones, las manifestaciones sensibles del poder se vuelven ilegibles y con ellas el poder como fenómeno se torna indescifrable para todo aquel que no comparta el conocimiento preciso del lenguaje y las claves con las cuales se encriptó. (...) Uno de los aspectos fundamentales de la encriptación es que sirve para hacer pasar decisiones que son netamente ideológicas, como si fueran decisiones puramente técnicas, provenientes de una aplicación meticulosa de métodos científicos, y que, por lo tanto, no resisten

oposición alguna. Las decisiones se muestran como un producto del principio de la necesidad lógica, es decir, la decisión tomada no admite alternativa lógica posible. Lo que se logra no es solo blindar la decisión y extraerla del léxico y las prácticas políticas, sino que es la forma por antonomasia de legitimar la privatización de la política y el derecho. (HINCAPIÉ, RESTREPO, 2012, p. 13-15).

5 CONCLUSÃO

Diante de todo percorrido pela pesquisa e transcrito no presente artigo, a tentativa foi de aproximar a teoria da constituição criptografada com a constituição simbólica, sendo que, ao nosso ver elas se aproximam quando demonstram como o Direito pode ser um mecanismo subversivo de controle da vida social, o qual promete a emancipação do sujeito mas acaba funcionando como mecanismo de submissão política.

Em vista deste cenário, percebemos que o campo do Direito Eleitoral é especialmente propício para a exclusão do debate político de forma realmente equânime e que possa garantir os princípios democráticos naquilo que simboliza ser o ato inicial da representação popular: as eleições. Ou seja, o que deveria ser um procedimento de possibilidade de representação da pluralidade política-cultural, na verdade é apenas um símbolo, tendo em vista a criptografia e o efeito meramente simbólico das normas eleitorais.

Assim, o principal objetivo do trabalho é denunciar e responder que sim, a criptografia e o efeito simbólico estão presentes no Direito Eleitoral. Além disto, percebe-se o quanto necessário é que os Tribunais Eleitorais sejam mais especializados e possam unificar sua jurisprudência no intuito de dar uma segurança maior e para retirar o senso de que os atos eleitorais ilegais não são puníveis.

REFERÊNCIAS

BERCOVICI, Gilberto. **Direito econômico do petróleo e dos recursos minerais**. São Paulo, SP: Quartier Latin, 2011.

BRASIL. Constituição (1988). RT Códigos. **Constituição (1988)**. 18. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

BRASIL. **Lei n. 4.737, de 15 de julho de 1965**. Institui o Código Eleitoral. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l4737.htm> Acesso em: 23 jan. 2014.

BRASIL. **Lei n. 9.504, de 30 de setembro de 1997**. Estabelece normas para as eleições. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9504.htm> Acesso em: 23 jan. 2014.

BRASIL. **Lei n. 12.034, de 29 de setembro de 2009**. Altera as Leis n^{os} 9.096, de 19 de setembro de 1995 - Lei dos Partidos Políticos, 9.504, de 30 de setembro de 1997, que estabelece normas para as eleições, e 4.737, de 15 de julho de 1965 - Código Eleitoral. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l12034.htm> Acesso em: 23 jan. 2014.

CASTRO, Edson de Resende. **Teoria e prática do direito eleitoral**. 6a ed. – Belo Horizonte: Del Rey, 2012.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza; DUARTE, Bernardo Augusto Ferreira. **Além do Positivismo Jurídico**. Belo Horizonte: Arraes, 2013.

GOMES, José Jairo. **Direito Eleitoral**. 7^a ed. São Paulo: Editora Atlas, 2011.

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Porto Alegre: S. A. Fabris, 1991.

HINCAPIÉ, Gabriel Méndez; RESTREPO, Ricardo Sanín. **La Constitución Encriptada**. Revista de Derechos Humanos y Estudios Sociales, Año IV. N°8. Dez. de 2012. Disponível em: <<http://www.uaslp.mx/Spanish/Academicas/FD/REDHES/Documents/N%C3%BAmero%208/Redhes8-05.pdf>>. Acesso em 23. jan. 2014.

NEVES, Marcelo. **A Força Simbólica dos Direitos Humanos**. Revista Eletrônica de Direito do Estado. Número 4. outubro/novembro/dezembro de 2005, Salvador, Brasil.

NEVES, Marcelo. **A Constitucionalização simbólica**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007. (Coleção Justiça e Direito).

TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL. Resolução TSE n. 21.823/2004. Dispõe sobre a arrecadação e a aplicação de recursos nas campanhas eleitorais e sobre a prestação de contas.

Disponível em: <<http://www.tre-sc.gov.br/site/legislacao/resolucoes/tse/2004/resolucao-tse-n-218232004/index.html>>. Acesso em: 23. jan. 2014.

TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL. Resolução TSE n. 22.250/2006. Dispõe sobre a arrecadação e a aplicação de recursos nas campanhas eleitorais e sobre a prestação de contas. Disponível em: <<http://www.tse.gov.br/sadJudLegislacao/pesquisa/actionBRSSearch.do?configName=legislacaoEleitoral&pageForm=formSimples.jsp&toc=false&docIndex=0&numero=22250>>. Acesso em: 23. jan. 2014.

TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL. Resolução TSE n. 22.715/2008. Dispõe sobre a arrecadação e a aplicação de recursos por candidatos e comitês financeiros e prestação de contas nas eleições municipais de 2008. Disponível em: <<http://www.tse.gov.br/internet/eleicoes/2008/pdf/r22715.pdf>>. Acesso em: 23. jan. 2014.

TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL. Resolução TSE n. 23.376/2012. Dispõe sobre a arrecadação e os gastos de recursos por partidos políticos, candidatos e comitês financeiros e, ainda, sobre a prestação de contas nas eleições de 2012. Disponível em: <http://www.tse.jus.br/arquivos/tse-resolucao-23376/at_download/file>. Acesso em: 23. jan. 2014.