

INELEGIBILIDADE REFLEXA PARA OS CASOS HOMOAFETIVOS NO DIREITO ELEITORAL E O RECURSO ESPECIAL Nº 24.564/PA¹

*REFLECTIVE INELEGIBILITY FOR HOMOSEXUAL COUPLES IN ELECTORAL LAW AND THE
SPECIAL APPEAL REMEDY No. 24,564/PA*

*INELEGIBILIDAD REFLEJA PARA LOS CASOS HOMOAFECTIVOS EN EL DERECHO
ELECTORAL Y EL RECURSO ESPECIAL Nº 24.564/PA*

Larissa Tomazoni²

Doacir Gonçalves de Quadros³

ÁREA(S) DO DIREITO: Direito Eleitoral. Direito Processual.

Resumo

O objetivo deste estudo é demonstrar de que forma ocorreu a aplicação da inelegibilidade reflexa aos casais homossexuais no Recurso Especial nº 24.564/PA, julgado pelo Tribunal Superior Eleitoral em 2004. A pesquisa aqui realizada foi a bibliográfica, utilizando como fonte de consulta textos acadêmicos, legislação e a jurisprudência do Tribunal Superior Eleitoral.

Palavras-chave: Homossexualidade. Inelegibilidade Reflexa. Jurisdição. Direito Eleitoral.

Abstract

The objective of this study is to demonstrate how the application of reflective ineligibility to homosexual couples occurred in the Special Appeal nº 24.564/PA, judged by the Superior Electoral Court in 2004. The research conducted here was the bibliographical one, using as a source of consultation academic texts, legislation and the jurisprudence of the Superior Electoral Court.

Keywords: *Homosexuality. Reflective Ineligibility. Jurisdiction. Electoral Law.*

Resumen

El objetivo de este estudio es demostrar de qué forma ocurrió la aplicación de la inelegibilidad refleja a las parejas homosexuales en el Recurso Especial n ° 24.564/PA, juzgado por el Tribunal Superior Electoral en 2004. La investigación realizada fue la

¹ Recebido em 17 de janeiro de 2018. Aceite para publicação em 03 de abril de 2018.

² Mestranda no Programa de Mestrado Acadêmico em Direito do Centro Universitário Internacional (Uninter). Advogada, Bacharel em Direito pelo Unibrasil, pesquisadora do Núcleo de Estudos Filosóficos (NEFIL/UFPR) e do Grupo de estudos Jurisdição Constitucional Comparada: método, modelos e diálogos (Uninter). E-mail: lrtomazoni@gmail.com

³ Doutor em Sociologia (UFPR). Professor de Ciência Política e do Programa de Mestrado Acadêmico em Direito do Centro Universitário Internacional (Uninter). Coordenador do Grupo de Pesquisa Justiça e poder político: a relação entre o campo jurídico e o campo político e a apropriação do direito como recurso de luta política (UNINTER). E-mail: dgquadros2001@yahoo.com.br

bibliográfica, utilizando como fuente de consulta textos académicos, legislación y la jurisprudencia del Tribunal Superior Electoral.

Palabras clave: *Homosexualidad. Inelegibilidad Refleja. Jurisdicción. Derecho Electoral.*

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Os direitos políticos e a inelegibilidade no direito eleitoral. 3. A dignidade da pessoa humana, reconhecimento e igualdade. 4. A união homoafetiva e a inelegibilidade reflexa no direito brasileiro. 5. Considerações finais.

SUMMARY: 1. Introduction. 2. Political rights and ineligibility in electoral law. 3. The dignity of the human person, recognition and equality. 4. Homoafetive union and reflective ineligibility in Brazilian law. 5. Final considerations.

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Los derechos políticos y la inelegibilidad en el derecho electoral. 3. La dignidad de la persona humana, el reconocimiento y la igualdad. 4. La unión homoafectiva y la inelegibilidad refleja en el derecho brasileño. 5. Consideraciones finales.

1. INTRODUÇÃO

A aplicação da inelegibilidade reflexa aos casais homoafetivos no direito eleitoral brasileiro foi objeto de debate no Recurso Especial nº 24.564/PA, também conhecido como Caso Viseu, julgado em 2004 pelo Tribunal Superior Eleitoral, em que foi relator o ministro Gilmar Mendes. Nesse recurso, a questão central era se a inelegibilidade reflexa expressa no artigo 14 §7º da Constituição Federal se aplicava por analogia aos casais homoafetivos e sob quais fundamentos.

O Recurso Especial nº 24.564/PA foi julgado anos antes de o Supremo Tribunal Federal reconhecer a união homossexual por meio da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4277 e Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 132. No referido recurso o Tribunal Superior Eleitoral enfrentou a questão da inelegibilidade reflexa no caso da impugnação da candidatura de Maria Eulina Rabelo de Sousa Fernandes ao cargo de prefeita de Viseu/PA, que, na época, mantinha união estável com a prefeita reeleita do município.

Por se tratar de um caso inédito, e anterior ao posicionamento do Supremo, é importante analisar a *ratio decidendi*, pois, no acórdão, o Tribunal Superior Eleitoral, consolida um posicionamento que alarga direitos ao reconhecer os impactos da união homoafetiva na esfera eleitoral, igualando para os efeitos da lei, ao casamento, concubinato e união estável, ao mesmo tempo em que inclui, por analogia, os casais homoafetivos no rol de inelegíveis expressos na Constituição Federal.

Diante desses elementos, busca-se aqui demonstrar se o TSE agiu de forma constitucional ao tornar inelegível os casais homoafetivos com base no princípio da

igualdade eleitoral e na igualdade disposta no artigo 5º caput da Constituição Federal. Descreve-se neste artigo quais são as inelegibilidades e sua função dentro do direito eleitoral e verificar se houve um posicionamento avançado do Tribunal Superior Eleitoral no que diz respeito ao tema, demonstrando se a decisão adotada guarda relação com os preceitos democráticos do Estado Constitucional de Direito. Trata-se de uma pesquisa bibliográfica e descritiva, as fontes de consulta utilizadas foram textos acadêmicos, livros e a jurisprudência do Tribunal Superior Eleitoral.

2. OS DIREITOS POLÍTICOS E A INELEGIBILIDADE NO DIREITO ELEITORAL

O constitucionalismo como corrente filosófica de pensamento se mostrou como um conjunto de escritos de intelectuais que lutaram a partir do século XVII contra o abuso do poder do Estado. Grosso modo, tais intelectuais defendiam a constituição como sendo um conjunto de preceitos que proclama e assegura os direitos dos indivíduos frente às ações do Estado. Nesse sentido todos os indivíduos têm direitos fundamentais (direitos à vida, a liberdade, a segurança, a felicidade) e o Estado deve protegê-los contra violação. O limite dos poderes do Estado denomina-se como Estado de Direito entendendo-se “(...) geralmente um Estado em que os poderes públicos são regulados por normas gerais e devem ser exercidos no âmbito das leis que os regulam”⁴.

Como uma técnica jurídica o constitucionalismo a partir do século XX passou a assegurar aos cidadãos o exercício dos seus direitos individuais e colocou o Estado em condições de não poder violar tais direitos. A limitação do poder do Estado decorre de modo prático e concreto a partir da divisão do poder ou separação dos poderes, do Governo das Leis, da Teoria das Garantias (liberdade negativa), e do Estado de Direito⁵. Houve a ampliação da participação do povo nas decisões políticas (Estado Democrático) e para a Constituição ter plena efetividade afirma-se o caráter normativo da Constituição a fim de lhe dar efetividade (Estado Constitucional)⁶. O papel do Poder Judiciário passa a ser primordial na garantia dos direitos políticos, sociais e civis.

⁴ BOBBIO, N. **Liberalismo e democracia**. São Paulo: Brasiliense, 2000.

⁵ Na continuidade deste processo de formação do Estado Moderno no decorrer da segunda metade do século XX a ausência do Estado em determinados âmbitos da vida social impôs a admissão de obrigações impostas pelas leis a serem realizadas pelo Estado (Estado Social de Direito).

⁶ A nova concepção de democracia que vigora na segunda metade do século XX é a “Democracia Constitucional” que tem como principais características; i) a garantia da defesa dos direitos fundamentais ao homem como espécie humana, ii) a ampliação do princípio da igualdade sem

Quanto aos direitos políticos entende-se como as prerrogativas e faculdades dos cidadãos ativos no governo de seu país, exercidos através do voto, incluídos na concepção de cidadania ativa (direito de votar) e passiva (direito de ser votado). O núcleo fundamental dos direitos políticos consiste no direito de votar e ser votado, sua característica principal é a possibilidade de se falar em direitos políticos ativos e passivos, sem que isto constitua a divisão deles. O conteúdo dos direitos políticos também abrange o direito de propor ação popular, exercer cargos públicos e de cumprir deveres cívicos.⁷

Elegibilidade é o conjunto de condições pessoais e legais necessárias à habilitação ao pleito.⁸ A elegibilidade é um direito público subjetivo do cidadão. A primeira dimensão da cidadania é o direito ao sufrágio e a segunda dimensão é o direito de ter acesso a cargos públicos eletivos. Com isso, pode-se afirmar que a outra metade da elegibilidade é a alistabilidade, são duas metades de um mesmo direito. Sendo um direito, esse não se confunde com o seu efetivo exercício, que só se concretizará com a eleição (não exigindo vitória), quando o sujeito terá efetivamente o seu nome apresentado como uma opção aos demais cidadãos.⁹ O exercício desses direitos dependerá do preenchimento de determinados requisitos, denominados condições de elegibilidade, que estão expressos no Art. 14 §3º da Constituição.

Se elegibilidade significa aptidão para ser eleito, inelegibilidade seria a inaptidão para ser eleito. São institutos jurídicos distintos, que não podem ser tomados como o verso e o reverso de um mesmo instituto. O cidadão que pretende concorrer a cargo eletivo, além de preencher as condições de elegibilidade (requisitos positivos) não deve incorrer nas causas de inelegibilidade (requisitos negativos).¹⁰

restrição a raça, gênero, religião, etc. iii) os grupos se tornam politicamente relevantes na defesa das demandas do todo social, iv) os partidos são indispensáveis como instrumentos de representação social e de participação política; v) o reconhecimento dos direitos fundamentais não decorre da vontade do Estado, mas do tipo da constituição social (democrática). Para saber mais ver: COSTA, Pietro. **Poucos, muitos, todos: lições sobre história da democracia**. Curitiba: Ed UFPR, 2014.

⁷ PEREIRA, Erick Wilson. **Direito Eleitoral**: interpretação e aplicação das normas constitucionais-eleitorais. São Paulo: Saraiva, 2010.p.157-158.

⁸ SOBREIRO NETO, Armando Antônio. **Direito Eleitoral**: teoria e prática. 2.ed. Curitiba: Juruá, 2003.p.90

⁹ CONEGLIAN, Olivar Augusto Roberti. **Inelegibilidade**: inelegibilidade e proporcionalidade, inelegibilidade e abuso de poder. Curitiba: Juruá, 2008.p.59-60.

¹⁰ SANSEVERINO, Francisco de Assis Vieira. **Direito Eleitoral**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2008, p.117.

As inelegibilidades constituem condições impeditivas ao direito de sufrágio passivo, que estão expressamente dispostas no artigo 14 §5º a 10º da Constituição de 1988 e residualmente no artigo 1º, §3º da Lei Complementar 64/90. A inelegibilidade é uma situação jurídica tipificada em lei, que uma vez materializada ou consolidada suprime a capacidade eleitoral passiva do cidadão. De um lado se manifestam como medida de sanção política ao candidato e como proteção ao eleitor contra candidatos considerados nocivos pelo ordenamento.¹¹

As inelegibilidades dividem-se em duas espécies: absolutas e relativas. As inelegibilidades absolutas são aquelas que a arguição não comporta preclusão. As nulidades absolutas instrumentais estão previstas no artigo 14, § 2º e 4º (inalistáveis e analfabetos). As inelegibilidades absolutas morais estão previstas no artigo 14, §7º, e comportam a impossibilidade de preclusão. As inelegibilidades relativas estão previstas na Lei Complementar 64/90, erigida nos moldes do artigo 14, §9º da Constituição, cuja arguição comporta preclusão.¹²

As inelegibilidades são, portanto, impedimentos que se, não afastados por quem preencha os pressupostos de elegibilidade, lhes obstam concorrer às eleições, ou se supervenientes ao registro, ou se de natureza constitucional, servem de fundamento à impugnação de sua diplomação, se eleito. As inelegibilidades consistem em causas que restringem o direito de ser votado do cidadão e se originam antes ou após o registro de candidatura, previstas na Constituição ou lei complementar.¹³

Estabelece a Constituição de 1988 no art. 14, §7º:

São inelegíveis, no território de jurisdição do titular, o cônjuge e os parentes consangüíneos ou afins, até o segundo grau ou por adoção, do Presidente da República, de Governador de Estado ou Território, do Distrito Federal, de Prefeito ou de quem os haja substituído dentro dos seis meses anteriores ao pleito, salvo se já titular de mandato eletivo e candidato à reeleição.

Este artigo traz o que a doutrina denomina de inelegibilidade reflexa, ou seja, quando o sujeito é considerado inelegível em decorrência de fato de terceiro. Nesse caso, os direitos políticos devem ser analisados sob dois enfoques: o aspecto individual, em que todos são detentores de direitos, e o interesse público que procura a igualdade no pleito, a isonomia dos ocupantes dos cargos públicos e a alternância do poder. Não permitindo que as pessoas, sabidamente muito próximas

¹¹ SOBREIRO NETO, Armando Antônio. Op.cit., p.91.

¹² Ibidem, p.91-92.

¹³ SANSEVERINO, Francisco de Assis Vieira. Op.cit., p.118.

dos ocupantes de cargos de chefia do Poder Executivo, candidatem-se em determinadas situações.¹⁴

O dispositivo elege dois fatores como elementos de proximidade de terceiros com os chefes do Poder Executivo, a afinidade e o parentesco, o que traz uma causa geral de inelegibilidade, com aplicação de uma exceção a regra criada no §7º. Segundo essa regra não podem ser candidatos na mesma circunscrição em que o parente exerce a sua função. Pela exceção, o dispositivo não se aplicaria se o cônjuge ou parentes já fossem titulares de mandatos eletivos e candidatos à reeleição.¹⁵

As inelegibilidades objetivam impor barreiras à perpetuação de grupos formados por pessoas de mesma família na gestão do Poder Executivo, bem como impedir que a administração pública se coloque sob controle de pessoas que possuem mesmo parentesco. Neste sentido atribui-se aqui neste artigo que o teor da ação jurídica por meio da inelegibilidade de conjugues ou de grupos familiares contribuiu para o fortalecimento do Estado de Democrático de Direito porque a inelegibilidade de conjugues consiste em uma ação de combate a uma cultura política e social presente na sociedade brasileira¹⁶. Tal prática se coloca como um empecilho à paridade de participação política das pessoas o que inevitavelmente leva a injustiças¹⁷ A análise sobre o dispositivo constitucional frente à inelegibilidade, do cônjuge, se atualizou para dar conta de novas situações não previstas na lei como, por exemplo, a união estável.¹⁸

A seguir ao trazer para o debate temas como a dignidade da pessoa humana, reconhecimento e igualdade assevera-se que por meio da inelegibilidade de casais homoafetivos o discurso jurídico está em sintonia com o Estado Constitucional ao fazer a defesa de que todas as pessoas tenham igual tratamento dispensado pelo Estado em virtude do seu respeito a Constituição.

3. A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA, RECONHECIMENTO E IGUALDADE

¹⁴ CONEGLIAN, Olivar Augusto Roberti. Op.cit., p.118.

¹⁵ Idem.

¹⁶ OLIVEIRA, Ricardo Costa de. Na teia do nepotismo – sociologia política das relações de parentesco e poder político no Paraná e no Brasil. Curitiba: Editora Insight, 2012. 271 p.

¹⁷ SARMENTO, Daniel. **Dignidade da Pessoa Humana**: conteúdo, trajetórias e metodologia. 2. ed. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2016. p.253.

¹⁸ Tribunal Superior Eleitoral. **Viseu**: inelegibilidade reflexa nas relações homoafetivas. Disponível em: < <http://www.tse.jus.br/jurisprudencia/julgados-historicos/viseu-inelegibilidade-reflexa-nas-relacoes-homoafetivas>> Acesso em: 18 jul. 2017.

Não é incomum que integrantes de grupos estigmatizados sejam excluídos, de modo implícito ou não, do acesso equitativo a direitos atribuídos aos demais membros da sociedade. Por vezes, o não reconhecimento decorre da desvalorização de algum grupo identitário não hegemônico, tal qual os homossexuais, ao que são arbitrariamente atribuídos traços negativos, que se projetam sobre todos os indivíduos que o integram.¹⁹

No decorrer do século XX, com o advento das constituições dos Estados democráticos, a dignidade humana passou a fazer parte dos textos constitucionais dos países de tradição romano-germânica, ou seja, a pessoa humana passa a ter um papel central na normativa constitucional.²⁰

O respeito à dignidade humana tornou-se um comando jurídico no Brasil com o advento da Constituição Federal de 1988, explicitado no artigo 1º, III como um dos fundamentos da República. A Constituição consagrou este princípio e proclamou-o entre os princípios fundamentais, atribuindo o valor supremo de alicerce da ordem jurídica democrática.²¹

O princípio constitucional visa garantir o respeito e a proteção da dignidade humana com a finalidade de assegurar um tratamento humano e não degradante, assim, a vulnerabilidade humana será tutelada, prioritariamente, onde quer que se manifeste. Isso significa que o valor da dignidade humana alcança todos os setores da ordem jurídica, de modo que terão precedência os direitos e prerrogativas de determinados grupos considerados fragilizados e que estão a exigir especial proteção da lei.²²

O fundamento jurídico da dignidade humana manifesta-se em primeiro lugar no princípio da igualdade. Os indivíduos têm o direito de não receber tratamento discriminatório e ter direitos iguais aos de todos os demais. Esta igualdade é denominada igualdade formal, segundo o qual “todos são iguais perante a lei”. Ocorre, contudo, que a igualdade formal não é suficiente para atingir o fim desejado. Adotou-se, então, normativamente, a igualdade substancial, que prevê a necessidade de tratar os desiguais em conformidade com a sua desigualdade.²³

¹⁹ SARMENTO, Daniel. Op. cit., p.242-263.

²⁰ BODIN de MORAES, Maria Celina. O Conceito de Dignidade Humana: Substrato Axiológico e Conteúdo Normativo. In: Ingo W. Sarlet. (Org.). **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2003, p. 108-109.

²¹ Ibidem, p. 117.

²² Ibidem, p. 118.

²³ Ibidem, p. 120-121.

Surge também o “direito à diferença”, que parte do princípio que em lugar de reivindicar uma “identidade humana comum”, é preciso que sejam contempladas as diferenças existentes entre as pessoas, o que inclui as diferenças entre homossexuais e heterossexuais.²⁴

O reconhecimento é associado à valorização da pessoa reconhecida, que lhe expressa o devido respeito, já a falta de reconhecimento importa em diminuição do sujeito, uma postura desrespeitosa, que degrada e compromete a sua possibilidade de participar como igual nas interações sociais. O problema do reconhecimento está situado no plano das instituições e práticas sociais e não apenas na esfera das subjetividades, mas também no discurso jurídico do Estado de Direito²⁵.

Não há na Constituição brasileira de 1988 a previsão expressa de um direito ao reconhecimento, o que existe são preceitos que revelam a preocupação com as injustiças cometidas, mas não há uma cláusula mais geral tutelando o reconhecimento, contudo, a dignidade humana é uma cláusula geral de tutela da pessoa humana, por isso, se o reconhecimento é essencial à integridade moral da pessoa, ele é amparado pelo referido princípio.²⁶

O reconhecimento é também associado pela doutrina aos princípios da igualdade e solidariedade. O direito ao reconhecimento liga-se à dimensão intersubjetiva da dignidade que expressa a ideia de que a ordem jurídica deve zelar para que todos recebam igual consideração e respeito por parte do Estado e da comunidade.²⁷

A humanidade é diversificada e parece mais útil compreender e regular os conflitos inerentes a essa diversidade do que buscar uma falsa e inexistente identidade, portanto, sugere-se a substituição do termo identidade por “reconhecimento”, pois enquanto na identidade existe a ideia de mesmo, o reconhecimento permite a dialética do mesmo com o “outro”.²⁸

Portanto, ao tratar aqui neste artigo sobre o a inelegibilidade de casais homoafetivos alude-se que a sociedade e o Estado brasileiro em seu viés Constitucional e de Estado Democrático de Direito avançaram de modo significativo

²⁴ Ibidem, p. 121.

²⁵ SARMENTO, Daniel. Op. cit., p.242-253.

²⁶ Ibidem, p. 255.

²⁷ Ibidem, p. 256-257.

²⁸ BODIN de MORAES, Maria Celina. Op. cit., p. 122.

por meio da sua ordem jurídica na construção de um debate promissor e de ações afirmativas importantes para a garantia de direitos que protegem a dignidade e o reconhecimento dos grupos homoafetivos. Porém, aventa-se aqui também que o discurso jurídico no TSE ao trazer para o debate a inelegibilidade de casais homoafetivos está ampliando tal reconhecimento ao dispensar para a união homoafetiva um tratamento igual perante a lei.

4. A UNIÃO HOMOAFETIVA E A INELEGIBILIDADE REFLEXA NO DIREITO BRASILEIRO

Durante o período republicano o laço estabelecido entre Igreja e Estado sofre alterações de modo que com o Código Civil de 1916 o modelo familiar fundamenta-se na vida rural, alicerçada no casamento, na relação patriarcal, heterossexual e monogâmica. A base para formação familiar estava restrita ao matrimônio tido como indissolúvel perante o Código Civil.²⁹

No decorrer do século XX o ordenamento jurídico brasileiro acompanhou as transformações sociais. Dentre elas aquelas que interferiram diretamente no modelo familiar até então vigente. A constituição de 1988 no artigo 226, já estabelece a possibilidade de se reconhecer outras possibilidades de formação familiar como, por exemplo, a união estável entre homem e mulher.³⁰

O princípio da igualdade no direito eleitoral traz a exigência de que os cidadãos ativos e passivos recebam tratamento isonômico, nos termos do artigo 5º *caput* da Constituição, que dispõe que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza; esta é a igualdade formal, expressa na Constituição de 1988.³¹

Toda norma eleitoral deve trazer um tratamento igual para todos, pois, do contrário será inconstitucional. Deve-se observar, contudo, a ordem aristotélica que preconiza o tratamento igual aos iguais, e desigual aos desiguais, na medida de sua desigualdade, sendo assim, o direito deve distinguir pessoas e situações distintas entre si, a fim de oferecer tratamento diverso para pessoas diversas. A lei deve, sem ferir a igualdade, distinguir situações para conferir tratamento igual às pessoas ou grupos. Desse modo, justifica-se o tratamento diferenciado entre sujeito ativo e

²⁹ Idem.

³⁰ Idem.

³¹ PEREIRA, Erick Wilson. Op.cit., p.80-81.

passivo nos processos eleitorais, conferindo maior exigência ao sujeito passivo, que são os candidatos. O princípio da igualdade pode ser analisado sob a vertente do destinatário da norma, ou seja, não só o legislador deve observá-lo, mas, sobretudo, o aplicador do direito no momento da sua interpretação.³²

O §7º do artigo 14 traçou linhas gerais que definem que determinados sujeitos não poderiam ser candidatos à eleição para não ferir o princípio da igualdade do pleito, e pelo dispositivo são inelegíveis os cônjuges ou parentes consanguíneos ou afins de pessoa que ocupe um cargo eletivo do Poder Executivo.³³

O artigo 3º, I e IV da Constituição consagra que constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, construir uma sociedade livre, justa e solidária e promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. Esses princípios serão efetivados à medida que se aceitem as diferenças entre os indivíduos, inclusive, a orientação sexual.³⁴

O conceito de família alargou-se, o art. 226 *caput* da Constituição Federal operou a mais radical transformação no tocante ao âmbito de vigência da tutela constitucional à família, albergando os mais variados modelos. Para a configuração de uma entidade familiar, não mais é exigida, como elemento constitutivo, a existência de um casal heterossexual, a prática sexual e nem a capacidade reprodutiva.³⁵

O centro de gravidade das relações de família situa-se modernamente na assistência afetiva, elemento essencial das relações interpessoais que não é indiferente ao Direito. É o afeto que aproxima as pessoas, dando origem aos relacionamentos que geram relações jurídicas. O Direito não regula sentimentos, mas as uniões que associam afeto e interesses em comum e que, ao terem relevância jurídica, merecem proteção legal, independente da orientação sexual dos indivíduos.³⁶

Ancorada nos valores constitucionais e caracterizada como uma realidade presente e transcendendo o fenômeno exclusivamente biológico, a família ganha

³² Ibidem, p.81.

³³ CONEGLIAN, Olivar Augusto Roberti. Op.cit., p.124.

³⁴ Idem.

³⁵ DIAS, Maria Berenice. **União Homoafetiva: o preconceito e a justiça**. 5.ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p.107.

³⁶ Ibidem, p.108.

uma dimensão mais ampla espelhada na busca da realização pessoal de seus membros. Por cumprir a função de entidade de transmissão da cultura e formação da pessoa humana digna, é necessário compreender a família como sistema democrático, como um espaço aberto ao diálogo entre os seus membros, onde é almejada a felicidade e a realização plena. O Direito reconhece, portanto, que a presença do caráter afetivo, como mola propulsora, de algumas relações a caracteriza como entidade familiar.³⁷

Quanto as relações homoafetivas, observa-se que distintos órgãos do Poder Judiciário se pronunciam no sentido de que o atual arcabouço jurídico brasileiro deve dar espaço as novas demandas dos grupos homoafetivos. Além do reconhecimento de vários direitos à união homoafetiva, inclui-se as garantias relativas ao patrimônio, pensão, partilha de bens, etc.³⁸

O conceito de cônjuge e companheiro deve ser amplo. É necessário, portanto, o reconhecimento da causa de inelegibilidade pela homoafetividade, pois, não aceitar tal fenômeno social, é desigualar e prejudicar os candidatos homoafetivos e os heteroafetivos, que já se submetem as causas de inelegibilidade do §7º.³⁹

Embora a Constituição não tenha, expressamente, contemplado a união homoafetiva como relação familiar, uma visão unitária e sistêmica do ordenamento jurídico conduz a essa conclusão, quando considerados os princípios basilares constitucionais da dignidade humana (CF, art. 1º, III), da igualdade (CF, arts. 3º e 5º), da não discriminação e do pluralismo familiar (CF, art. 226), consagrando diferentes modelos de entidade familiar.⁴⁰

A expressão “cônjuge” abrange a união com o Chefe do Poder Executivo, decorrente do casamento civil, do casamento religioso e da união estável, entre pessoas do mesmo sexo ou entre sexos diferentes. Deve-se fazer a interpretação extensiva do termo para proteger a finalidade da norma constitucional de evitar que o mesmo grupo familiar permaneça no poder, à luz do princípio republicano.⁴¹

³⁷ FERRARO, Suzani Andrade. **A Relação Homoafetiva: um instituto Civil-Constitucional e os Direitos Fundamentais.** Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/brasil/16_896.pdf>

Acesso em: 20 jul. 2017.

³⁸ Tribunal Superior Eleitoral. Op.cit.

³⁹ CONEGLIAN, Olivar Augusto Roberti. Op.cit., p.125.

⁴⁰ FERRARO, Suzani Andrade. Op.cit.

⁴¹ SANSEVERINO, Francisco de Assis Vieira. Op.cit., p.122-123.

Tribunal Superior Eleitoral no pleito eleitoral de 2004 julgou um caso real em que se discutia a incidência da inelegibilidade reflexa.⁴² O caso tratou de registro de candidatura de Maria Eulina Rabelo de Sousa Fernandes ao cargo de prefeita de Viseu/PA. O pedido foi impugnado sob o fundamento de que a referida candidata mantém união estável com a atual prefeita reeleita do município. O juiz eleitoral de primeira instância indeferiu o registro de candidatura, pois reconheceu a inelegibilidade nos termos do artigo 14, §7º, da Constituição Federal.⁴³

Na oportunidade o Tribunal Regional Eleitoral do Pará decidiu pela não ampliação do rol de inelegibilidades. Entendeu que não há previsão constitucional ou infraconstitucional sobre a inelegibilidade no caso de relações homoafetivas. A regra inserida no artigo 14, §7º não atinge, nem mesmo de maneira reflexa, as relações homoafetivas, por não se enquadrarem no conceito de relação estável diante do silêncio do art. 226, §3º. Sendo assim, acordou que a omissão do ordenamento jurídico que regulamente as relações homoafetivas e conseqüentemente as inelegibilidades decorrentes de tais relações, não autoriza a aplicação por analogia das proibições decorrentes dos limites advindos das relações de parentesco para o exercício de mandato eletivo previstos na Constituição Federal.⁴⁴

O Ministério Público interpôs o Recurso Especial, alegando que a falta de regulamentação acerca da união entre pessoas do mesmo sexo não poderia afastar a vedação constitucional da perpetuidade de pessoas da mesma família no poder, incorrendo, portanto, na violação do artigo 14, §7º.⁴⁵

No Resp. 24.564/PA com a apuração das provas pelo TSE, conclui-se que havia uma união de fato entre Maria Eulina e a prefeita reeleita. Em seu voto, o ministro Gilmar Mendes, relator do processo, argumentou que a questão nuclear do processo é saber se a união entre pessoas do mesmo sexo dá ensejo à inelegibilidade prevista no artigo 14, §7º.⁴⁶

Argumentou que ao longo dos tempos, o TSE, tem entendido que o concubinato, assim como a união estável, dá ensejo à inelegibilidade prevista no referido dispositivo constitucional. Essas construções jurisprudenciais sempre

⁴² Tribunal Superior Eleitoral. Op.cit.

⁴³ BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Recurso Especial Eleitoral nº 24.564/PA, da 14ª Zona, Brasília, DF, 2 out. 2004. Disponível em: < <http://www.justicaeleitoral.jus.br/arquivos/tse-recurso-especial-24564> > Acesso em: 05 jul. 2017, p.3.

⁴⁴ Idem.

⁴⁵ Ibidem, p.4.

⁴⁶ Idem.

objetivaram a não perpetuação de um mesmo grupo no poder, as chamadas oligarquias, tão presentes na história do Brasil.⁴⁷

A preocupação fundamental das inelegibilidades e do Tribunal Superior Eleitoral é de impedir o “continuismo”, seja pelo mesmo ocupante do cargo, seja pela mesma família, ao vedar a eleição subsequente de parentes próximos.⁴⁸

Em todas essas situações (concupinato, união estável, casamento, parentesco) está presente, pelo menos em tese, forte vínculo afetivo, capaz de unir pessoas em torno de interesses políticos comuns, e, por essa razão, sujeitam-se à regra constitucional do artigo 14, §7º.⁴⁹

Na época do julgamento do caso da inelegibilidade reflexa por relação homoafetiva, o ordenamento jurídico brasileiro ainda não admitia a comunhão de vidas entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar, o TSE entendeu que esse tipo de relacionamento teria efeitos na esfera eleitoral.⁵⁰

⁴⁷ Idem.

⁴⁸ Ibidem, p.5.

⁴⁹ Idem.

⁵⁰ Idem. Em 2011 o STF fez referência ao Caso Viseu quando do julgamento da ADI 4277 e ADPF 132/RJ: Não há dúvida de que o Poder Judiciário brasileiro, nos últimos anos, tenha se destacado entre os três Poderes no reconhecimento de uniões homoafetivas e dos direitos que delas advêm, em decorrência da necessidade de exercer a jurisdição, ainda que sem balizas legislativas e regulamentares muito claras. Há algumas decisões que se valeram dos princípios gerais do direito e da analogia com a legislação referente às uniões estáveis heterossexuais, para protegerem parcerias homoafetivas. Essa aproximação já foi feita, inclusive, não apenas para reconhecer direitos daí decorrentes, mas também para ressaltar deveres jurídicos. Nesse sentido, menciono decisão do Tribunal Superior Eleitoral no RESPE 24.564, de minha relatoria, julgado em 1º.10.2004, em que se reconheceu a relação homoafetiva, a fim de declarar-se a inelegibilidade reflexa de pré-candidata ao cargo de prefeito, que mantinha relação de convivência com a prefeita reeleita do Município de Viseu/PA, in verbis: “REGISTRO DE CANDIDATO. CANDIDATA AO CARGO DE PREFEITO. RELAÇÃO ESTÁVEL HOMOSSEXUAL COM A PREFEITA REELEITA DO MUNICÍPIO. INELEGIBILIDADE. ART. 14, § 7º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. Os sujeitos de uma relação estável homossexual, à semelhança do que ocorre com os de relação estável, de concubinato e de casamento, submetem-se à regra de inelegibilidade prevista no art. 14, § 7º, da Constituição Federal. Recurso a que se dá provimento”. Essas e outras decisões têm enfrentado problemas pontuais por parceiros homossexuais, relacionados à herança, à sucessão, ao direito previdenciário, por exemplo, e impulsionam a aceitação social e a proteção jurídica dessas relações, que já não podem ser negadas. Certamente, essas relações não estão à margem do Direito, pois a própria Constituição estabelece a dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil (art. 1º, III) e a promoção do bem-estar de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação como um dos objetivos fundamentais desta nação. In: BRASIL. STF- ADPF 132/RJ - Rel. Min. Ayres Britto. 05-05-2011. Disponível em:< <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633>>. Acesso em: 20 jun. 2017. BRASIL. STF- ADI 4277 - Rel. Min. Ayres Britto. 05-05-2011. Disponível em:< <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628635>>. Acesso em: 20 jun. 2017.

É um dado da vida real a existência de relações homoafetivas em que, assim como na união estável, no casamento ou no concubinato, presumem-se que hajam fortes laços afetivos. Entendeu, portanto, o ministro Gilmar Mendes, que os sujeitos de uma relação estável homoafetiva, assim como ocorre com os sujeitos de união estável, casamento ou concubinato, submetem-se à regra de inelegibilidade prevista no artigo 14, §7º da Constituição.⁵¹

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O objetivo neste artigo foi o de analisar a aplicação da inelegibilidade reflexa aos casais homossexuais no direito eleitoral brasileiro, a partir do acórdão do Tribunal Superior Eleitoral no julgamento do Recurso Especial nº 24.564/PA, também conhecido como Caso Viseu.

Questionava-se se a inelegibilidade reflexa expressa no artigo 14, §7º da Constituição Federal se aplicava, por analogia, aos casais homoafetivos e sob quais fundamentos. Demonstrou-se aqui que o TSE agiu de forma constitucional ao tornar inelegível os casais homoafetivos com base no princípio da igualdade eleitoral, e na igualdade disposta no artigo 5º *caput* da Constituição Federal. Ao se descrever quais são as inelegibilidades e sua função dentro do direito eleitoral verificou-se neste artigo que se houve um posicionamento avançado do Tribunal Superior Eleitoral, no que diz respeito ao tema, foi o de que a decisão esteve de acordo com os preceitos democráticos do Estado Constitucional de Direito. O discurso jurídico do TSE ao trazer para o debate a inelegibilidade de casais homoafetivos amplia o reconhecimento da união homoafetiva e lhe dá um tratamento igual perante a lei.

No primeiro tópico do artigo, frisou-se que os direitos políticos são prerrogativas e faculdades dos cidadãos, exercidos através do voto, que se divide em ativo, que corresponde ao direito de votar, e passivo ao direito de ser votado. Elegibilidade é o conjunto de condições pessoais e legais necessárias à habilitação ao pleito, os requisitos estão expressos no artigo 14, §3º da Constituição. Por outro lado, a inelegibilidade é a inaptidão para ser eleito, e encontra fundamento no artigo 14, §5º a 10º da Constituição e no artigo 1º, §3º da Lei Complementar 64/90. A inelegibilidade reflexa, que foi objeto central desse trabalho, está disciplinada no artigo 14, §7º da Constituição de 1988.

⁵¹ Ibidem, p.6.

A inelegibilidade conjuga mais de uma função, manifesta-se como sanção política ao candidato e como proteção ao eleitor contra candidatos considerados nocivos pelo ordenamento. A grande finalidade é se impor contra a permanência de famílias à frente do Poder Executivo, e impedir o uso da gestão administrativa em benefício de parentes. O fundamento da inelegibilidade é garantir a alternância do poder político e contribuir para paridade de participação política das pessoas.

No segundo tópico do artigo, tratou-se da questão da homossexualidade no ordenamento jurídico brasileiro, com recorte específico no direito eleitoral e no Recurso Especial nº 24.564/PA. As mudanças e os novos atores sociais influenciaram o ordenamento jurídico brasileiro ao levar aos Tribunais as suas demandas. Ao longo do século XX os sujeitos, que eram invisíveis para o Direito, começam a conquistar espaço e ganhar reconhecimento e atenção no debate jurídico.

O centro de gravidade das relações de família situa-se na assistência afetiva e, ancorado em preceitos constitucionais de igualdade e dignidade é que as famílias homoafetivas passaram a ser tuteladas pelo Direito e, dessa forma o Poder Judiciário começa a incluir no ordenamento jurídico os direitos decorrentes dessa nova organização familiar. Como exemplo cabe o julgamento do TSE em 2004 no Pará em que se deliberou sobre a incidência da inelegibilidade reflexa por união homoafetiva entre a pré-candidata a prefeita e a prefeita do município de Viseu.

Na época desse julgamento o ordenamento jurídico brasileiro ainda não havia reconhecido a união entre pessoas do mesmo sexo, o que só viria a ser pacificado em 2011 pelo Supremo Tribunal Federal, muito embora essa omissão na legislação. O TSE entendeu, de forma inédita e avançada, anos antes do STF, que não há importância ou distinção entre o sexo dos indivíduos para o fim de união afetiva e impacto no Direito, nesse caso na esfera eleitoral, pois, o vínculo afetivo gera interesses comuns, inclusive na política, o que justifica, portanto, a inelegibilidade dos casais homossexuais.

Houve, portanto, um posicionamento avançado do Tribunal Superior Eleitoral no que diz respeito ao reconhecimento das famílias homossexuais. O referido acórdão observou os preceitos do Estado Democrático de Direito, pois, aplicou o princípio da igualdade, como fundamento da decisão, equiparando os casais do mesmo sexo com as outras formas de relação afetiva que se enquadram no dispositivo de inelegibilidade.

Sendo assim, ainda que se trate de uma imposição negativa por parte da jurisdição eleitoral, que veio muito antes do reconhecimento expresso dado pelo Supremo Tribunal Federal em 2011, não há que se falar em violação dos direitos das candidatas, tendo em vista que o objetivo da inelegibilidade é proteger o eleitor e garantir a alternância no poder. E conforme foi colocado no julgamento da ADI 4277 e ADPF 132, no Caso Viseu, a questão da homossexualidade foi levantada não apenas para reconhecer direitos daí decorrentes, mas também para ressaltar deveres jurídicos.

6. REFERÊNCIAS

- BOBBIO, Norberto. **Liberalismo e democracia**. São Paulo: Brasiliense, 2000.
- BODIN de MORAES, Maria Celina. O Conceito de Dignidade Humana: Substrato Axiológico e Conteúdo Normativo. In: Ingo W. Sarlet. (Org.). **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2003, p. 105-147.
- BRASIL. STF- ADPF 132/RJ - Rel. Min. Ayres Britto. 05-05-2011. Disponível em:< <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633>>. Acesso em: 20 jun. 2017.
- BRASIL. STF- ADI 4277 - Rel. Min. Ayres Britto. 05-05-2011. Disponível em:< <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628635>>. Acesso em: 20 jun. 2017.
- BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Recurso Especial Eleitoral nº 24.564/PA, da 14ª Zona, Brasília, DF, 2 out. 2004. Disponível em: < <http://www.justicaeleitoral.jus.br/arquivos/tse-recurso-especial-24564> > Acesso em: 05 jul. 2017.
- CONEGLIAN, Olivar Augusto Roberti. **Inelegibilidade: inelegibilidade e proporcionalidade, inelegibilidade e abuso de poder**. Curitiba: Juruá, 2008.
- COSTA, Pietro. **Poucos, muitos, todos: lições sobre história da democracia**. Curitiba: Ed UFPR, 2014.
- DIAS, Maria Berenice. **União Homoafetiva: o preconceito e a justiça**. 5.ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- FERRARO, Suzani Andrade. **A Relação Homoafetiva: um instituto Civil-Constitucional e os Direitos Fundamentais**. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/brasil/16_896.pdf> Acesso em: 20 jul. 2017.
- OLIVEIRA, Ricardo Costa de. **Na teia do nepotismo – sociologia política das relações de parentesco e poder político no Paraná e no Brasil**. Curitiba: Editora Insight, 2012. 271 p.
- SANSEVERINO, Francisco de Assis Vieira. **Direito Eleitoral**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2008.
- SARMENTO, Daniel. **Dignidade da Pessoa Humana: conteúdo, trajetórias e metodologia**. 2. ed. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2016.
- SOBREIRO NETO, Armando Antônio. **Direito Eleitoral: teoria e prática**. 2.ed. Curitiba: Juruá, 2003.

PEREIRA, Erick Wilson. **Direito Eleitoral**: interpretação e aplicação das normas constitucionais-eleitorais. São Paulo: Saraiva, 2010.
Tribunal Superior Eleitoral. **Viseu**: inelegibilidade reflexa nas relações homoafetivas. Disponível em: < <http://www.tse.jus.br/jurisprudencia/julgados-historicos/viseu-inelegibilidade-reflexa-nas-relacoes-homoafetivas>> Acesso em: 18 jul. 2017.