

Eleições e contencioso eleitoral *

Jorge Miranda

Exmo. Senhor Presidente do Conselho Constitucional de Moçambique
Exmos. Senhores Presidentes dos Tribunais Constitucionais ou dos
Supremos Tribunais de Angola, Cabo Verde, São Tomé e Príncipe
e Timor Lorosae
Exmo. Senhor Ministro do Supremo Tribunal Federal do Brasil, em
representação do seu Presidente
Exmo. Senhor Presidente do Tribunal Supremo de Moçambique
Exmos. Senhores Conselheiros
Exma. Senhora Ministra da Justiça
Exmo. Senhor Procurador-Geral da República
Exmo. Senhor Bastonário da Ordem dos Advogados
Exmo. Senhor Embaixador de Portugal
Exmo. Senhor Representante da Comissão de Veneza
Exmos. Senhores Reitores de Universidades
Caríssimos Professores e Estudantes
Senhoras e Senhores

1. Constituí para mim uma altíssima honra o convite para vir falar na abertura da II Assembleia da Conferência das Jurisdições Constitucionais dos Países de Língua Portuguesa.

Agradeço-o, em meu nome e em nome da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, que, desde há muitos anos, vem estabelecendo e sedimentando laços profícuos de cooperação e intercâmbio com as instituições judiciárias e universitárias de todos os Estados aqui presentes através de V.Exas., Senhores Presidentes e Senhor Ministro.

* Conferência inaugural da II Assembleia das Jurisdições Constitucionais dos Estados de Língua Portuguesa, proferida em Maputo em 15 de maio de 2012.

Quero também exprimir o meu profundo reconhecimento pela gentilíssima e generosa forma como tenho sido acolhido em Moçambique na sequência das outras vezes em que me desloquei em trabalho a esta maravilhosa cidade de Maputo.

E é com sincera alegria que vejo Moçambique e os demais países avançarem, em paz e progresso, na consolidação dos grandes princípios do Estado de Direito democrático e na conscientização dos valores que os enformam.

Assim como – retomando o que acabaram de dizer o Presidente Armando Guebuza e o Conselheiro Hermenegildo Gamito – é com imensa tristeza que olho, todos nós olhamos, para a lamentável situação da Guiné-Bissau, atingida na sua vida coletiva pela quebra golpista da ordem constitucional.

Muito em especial, quero igualmente evocar a Presidente do Tribunal Superior daquele infeliz país, impedida até hoje de comparecer na nossa Conferência. Saúdo, com emoção, a sua fidelidade ao Direito e a sua coragem.

2. Vou entrar agora no tema da minha intervenção.

Falarei, primeiro, da eleição como fenómeno jurídico-político, sem cuja dilucidação não pode captar-se, com rigor, o papel do contencioso eleitoral

Depois, a partir do Direito eleitoral, substantivo e adjetivo, procurarei apontar os traços característicos desse contencioso. E, tanto quanto possível, de um prisma comparativo dos nossos oito países.

Por último – sem com isso pretender, claro está, substituir-me ao relatório nacional português – para concretizar o escopo ou o sentido da minha síntese, farei breve referência ao sistema de contencioso segundo a Constituição de 1976.

No final, estarei à disposição de quem quiser formular perguntas e pedidos de esclarecimento.

I

1. Eleição política e governo representativo

I – Em todas as épocas e mais ou menos por toda a parte se observa a prática da eleição política, por diverso que seja o contexto em que se insira¹. Não está ausente das repúblicas aristocráticas e muitas das monarquias começaram por ser eletivas ou baseadas na cooptação, para somente mais tarde, quando consolidadas, se tornarem hereditárias.

O constitucionalismo, o constitucionalismo moderno viria introduzir um dado novo. Propondo-se, simultaneamente, garantir a liberdade e relegitimar o poder, elevaria a eleição a instrumento periódico de escolha dos governantes; através dela, criaria uma relação constante com os governados – a representação política; e instituiria o sufrágio individual, direto ou indireto (em vez de sufrágio orgânico), tanto devido a uma visão, individualista do mundo como devido a os antigos laços grupais vindos da Idade Média já se terem esbatido perante os laços mais fortes criados pelo poder centralizador e pelo sentimento nacional².

II – Não há representação política sem eleição, ato jurídico ou feixe de atos jurídicos. Já a inversa não é verdadeira: *v. g.*, além das monarquias eletivas, a eleição de juízes de tribunais constitucionais ou de titulares de outros órgãos independentes pelo Parlamento [em Portugal, arts. 163.º, alíneas *h*) e *i*), e 222.º, n.º 1, da Constituição].

¹Cfr., entre tantos, ANTONIO CASERTANO, *Il diritto di voto – Storia, dottrina, funzione*, Nápoles, 1911; LÉO MOULIN, *Les origines religieuses des techniques électorales et délibératives modernes*, in *Revue internationale d'histoire politique et constitutionnelle*, abril-junho de 1953, págs. 106 e segs.; W. J. M. MACKENZIE, *Elecciones*, in *Enciclopedia Internacional de las Ciencias Sociales*, trad. castelhana, 1974, págs. 161 e segs.; FAVILA RIBEIRO, *Direito Eleitoral*, 2ª ed., Rio de Janeiro, 1986, págs. 23 e segs.; BERNARD MANIN, *The Principles of Representative Government*, 1997, trad. castelhana *Los principios del gobierno representativo*, Madrid, 1998, págs. 62 e segs.; COLIN R. MUNRO, *Studies in Constitutional Law*, 2ª ed., Londres, 1999, págs. 89 e segs.; GIUSEPPE CHIARA, *Titolarità del voto e fondamenti costituzionali di libertà ed eguaglianza*, Milão, 2004, págs. 1 e segs.

²Cfr. JOSÉ LIBERATO FREIRE DE CARVALHO, *Ensaio histórico-político sobre a Constituição e o governo do reino de Portugal*, Paris, 1830, pág. 258.

O sentido da eleição política é que muda do governo constitucional liberal do século XIX para o governo democrático dos séculos XX e XXI. Naquele, tem caráter instrumental: em ambiente social homogêneo, com identificação natural entre a formação e os interesses de eleitores e elegíveis (o povo burguês), reduz-se a técnica de designação dos governantes (à laia do sorteio ou da rotação nas Cidades-Estados da Antiguidade). Com a democracia representativa, a eleição torna-se a peça essencial do sistema, torna-se a via de assegurar a coincidência da vontade dos governantes com a vontade do povo e a prossecução do interesse coletivo de harmonia com esta vontade. E ela tanto vai incidir sobre o futuro como sobre o passado, pelo juízo individualizado ou global de responsabilidade política que exprime sobre a ação dos governantes no período imediatamente anterior e no qual exerceram as suas funções.

Com efeito, ter um poder jurídico significa ter um poder de querer; por conseguinte, atribuir o poder no Estado ao povo significa em democracia que a vontade do povo se há-de converter em vontade do Estado; configurada, primeiro, fora do aparelho estatal, a eleição (fonte da índole representativa dos órgãos governativos) é agora um ato do Estado e o eleitorado um órgão constitucional *sui generis*.

III – Em que medida se justifica qualificar de mandato a situação jurídica dos governantes enquanto representantes?

Decerto, não se pode assimilar ao mandato de Direito privado. A representação política é uma espécie de representação necessária imposta pela norma jurídica, ao passo que o mandato representativo civil pressupõe representação voluntária. E não há transferência de poderes: os representantes eleitos são simples titulares de órgãos com competências constitucionalmente prescritas (se bem que uma Constituição democrática seja obra do povo e, assim, os poderes dos representantes mediatamente provenham do povo).

Apesar disso, o elemento volitivo patente na eleição habilita a falar num mandato de Direito público: na medida em que são os eleitores que, escolhendo este e não aquele candidato, aderindo a este e não àquele programa, constituindo esta e não aquela maioria de governo, dinamizam a competência constitucional dos órgãos e dão sentido à atividade dos seus titulares (apesar de não lhe poderem definir o objeto em cada dia).

A representação não degrada a autoridade dos governantes. Pelo contrário, ela reforça-a; e reforça-a, por eles se tornarem, *não senhores*, mas *servidores do povo* à luz

da Constituição e do duplo mecanismo, ascendente, da eleição e, descendente, da responsabilidade política.

2. A eleição, ato jurídico

I – Eleição pressupõe pluralidade de participantes ou de votos, eleitoral, colégio eleitoral.

Ora, observada a relação entre colégio eleitoral e eleição afigura-se claro que:

- a) A eleição em órgão colegial é ato unitário, ao lado dos demais atos provenientes desse órgão – ato unitário, com a marca da colegialidade;
- b) Também é ato unitário a eleição em colégio eleitoral *ad hoc*, cujos membros se reúnem fisicamente (com a diferença de que o colégio se esgota com a prática desse ato e os seus membros cessam as funções com ele ou com a decisão de eventual contencioso suscitado)³.

II – As dúvidas concernem à eleição nas outras categorias de colégios eleitorais *ad hoc* e à que cabe ao eleitorado, mormente quando este se desdobre numa pluralidade de colégios.

Será possível reconduzir à unidade os votos dos eleitores? Será possível – ou necessário – tomar centenas, milhares, milhões de votos expressos em locais dispersos (muitos fora do país) como componentes de um único ato jurídico? E como enquadrar os resultados dos colégios eleitorais locais no colégio eleitoral global?

III – Cuidando apenas do eleitorado (mas o que vale para ele vale *mutatis mutandis* para os outros colégios), respondemos afirmativamente às perguntas assim formuladas, porque:

- a) Os aspetos naturalísticos e sociológicos do ajuntamento ou da dispersão dos eleitores não devem prevalecer sobre os aspetos jurídicos das relações institucionais inerentes à eleição⁴;

³ Cfr. o nosso *Manual de Direito Constitucional*, V, 4ª ed., Coimbra, 2010, págs. 88 e segs.

⁴ Não se contesta a heterogeneidade sociológica e política do colégio eleitoral, mas, após o voto,

- b) O sufrágio não se circunscreve a um direito de exercício coletivo como o direito de manifestação e o direito de greve. Ele está predisposto sob uma organização e implica um procedimento ou um complexo de procedimentos de natureza jurídico-pública⁵;
- c) A eleição insere-se e só pode ser compreendida conexa com certos procedimentos constitucional e legalmente imprescindíveis para o funcionamento do Estado – os de designação de titulares dos órgãos da função política;
- d) A votação ocorre de acordo com uma regra de simultaneidade – realiza-se no mesmo dia em todo o território eleitoral⁶, salvo casos restritos de votos antecipados, mas, mesmo estes, só, no fim, são contados (no Direito português, arts. 79º-A, nº 2 e 87º da Lei nº 14/79); e os resultados são anunciados ou proclamados à mesma hora ou no mesmo dia⁷;
- e) Sejam quais forem as circunstâncias e as motivações subjetivas de cada eleitor, o sufrágio adquire o sentido objetivo de participação com os demais em obra comum e em vinculação à vontade maioritária que se convola em vontade coletiva⁸;
- f) A validade da eleição não depende tanto da validade de cada ato singular de voto quanto da validade das operações que possam afetar a formação da vontade comum – só se marca nova votação em qualquer assembleia de voto em caso de impossibilidade da primeira ou só se repete a votação em caso de nulidade quando esteja em causa o resultado global (cfr., em Portugal, arts.

ela manifesta-se nos órgãos do poder do Estado e tudo o que precede o escrutínio reabsorve-se na vontade única que faz conhecer (GEORGES BURDEAU, *Traité de Science Politique*, III, 2ª ed., Paris, 1968, pág. 197).

⁵Cfr. MARCELO NEVES, *A constitucionalização simbólica*, São Paulo, 1994, págs. 72 e segs.

⁶Cfr. art. 32º da Constituição francesa de 1793: “O povo francês *réúne-se* todos os anos, em 1 de maio, para a realização das eleições”.

⁷Cfr., a título comparativo, DENNIS F. THOMPSON, *Election time: normative implications of temporal properties of the electoral process in the United States*, in *American Science Review*, vol. 98, nº 1, fevereiro de 2004, págs. 51 e segs., *maxime* 56 e segs.

⁸Cfr. NIKLAS LUHMAN (*Legitimation durch Verfahren*, 1969, trad. *Legitimação pelo procedimento*, Brasília, 1980, pág. 131): a incerteza dos resultados da eleição serve como motivo essencial para a colaboração comunicativa e para o compromisso.

90º, nº 1 e 119º da Lei nº 14/79)⁹ ¹⁰.

IV – Para se chegar à votação há que percorrer um *iter* mais ou menos longo – desde a marcação da sua data à apresentação das candidaturas, aos atos jurídicos ligados à campanha eleitoral e à constituição das assembleias de voto. E nesse procedimento (ou série de procedimentos) intervêm ou podem intervir, além das candidaturas e dos cidadãos eleitores, vários órgãos do Estado, políticos, administrativos e jurisdicionais. Mas a votação situa-se, forçosamente, num certo e determinado tempo.

Tudo reside então em apreender a dialética da pluralidade dos votos e a agregação que se efetua através do apuramento. Se os votos, as manifestações de vontade dos cidadãos eleitores possuem conteúdos divergentes, nem por isso deixam de se dirigir a um mesmo efeito jurídico, à luz do interesse do Estado que é o normal funcionamento dos seus órgãos governativos¹¹. E pode, então, a final, falar-se num único ato jurídico, embora complexo – a eleição.

V – A teoria geral do Direito há muito vem distinguindo entre atos simples e complexos – sendo simples os que não se decompõem em outros atos e complexos os que resultam da conjugação de outros atos, com significado jurídico próprio; e nos atos complexos, por seu turno, considera homogéneos os que possuam o mesmo conteúdo com vontades paralelas, e heterogéneos os que possuam conteúdos diferentes, vontades divergentes, com decisão pelo *princípio da maioria*¹².

⁹Cfr. MANUEL FREIRE DE BARROS, *Natureza jurídica do recurso contencioso eleitoral*, Coimbra, 1998, pág. 81.

¹⁰No mesmo sentido, JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO (*Direito Civil – Teoria Geral*, II, 2ª ed., Coimbra, 1003, págs. 19-20), salientando a necessidade de distinguir o voto e a deliberação. Os vícios do voto que poderão levar à invalidade só atingem a deliberação, se superarem o que se costuma chamar a prova da resistência e seria preferível designar por *limiar da irrelevância*: se os votos subtraídos puserem em causa a maioria (ou a unanimidade) necessária para a deliberação ser aprovada.

¹¹Cfr. já PELLEGRINO ROSSI, *Cours de Droit Constitutionnel*, III, 2ª ed., Paris, 1877, pág. 426: no colégio é a reunião de um número maior ou menor de pessoas que devem concorrer todas para o mesmo fim, fazer uma operação em comum.

¹²Assim, na doutrina portuguesa mais recente, INOCÊNCIO GALVÃO TELLES, *Manual dos Contratos em Geral*, 4ª ed., Coimbra, 2002, págs. 27 e segs.; JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, *op.cit.*, págs. 16 e segs.; e ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito civil*, I, tomo I, 3ª ed., Coimbra, 2005, págs. 462-463. Cfr. também INOCÊNCIO GALVÃO TELLES, *Teoria Geral do*

Dentre os atos complexos avultam os atos colegiais – aqueles em que o conjunto de declarações está submetido a uma regra que permite extrair juridicamente a vontade (normativa) da entidade a que respeita¹³.

Manifestamente, a eleição, mesmo sem reunião física dos cidadãos, integra-se na categoria dos atos complexos e colegiais^{14 15}.

VI – Poderia objetar-se que, fazendo-se a eleição por círculos eleitorais locais (plurinominais ou uninominais), o esquema conceitual acabado de propor seria inaplicável à configuração de eleições a nível nacional.

Não é assim. Tal como se passa das assembleias de voto para cada um desses colégios eleitorais locais, passa-se destes para o colégio eleitoral global. E, assim como em cada colégio se obtém a designação destes ou daqueles representantes, igualmente no âmbito global se obtém a composição da assembleia a constituir e, através dela, a formação ou não desta ou daquela maioria. Continua a encontrar-se uma finalidade objetiva comum.

Fenómeno Jurídico Sucessório, Lisboa, 1944, págs. 5 e segs.; J. CARLOS MOREIRA, *Lições de Direito Constitucional*, Coimbra, 1958, págs. 394 e segs.; MANUEL DE ANDRADE, *Teoria Geral da Relação Jurídica*, II, Coimbra, 1960, págs. 11 e segs.; MARCELLO CAETANO, *Manual de Direito Administrativo*, I, 10ª ed., Coimbra, 1973, pág. 469.

¹³JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, *ibidem*, pág. 19.

¹⁴Sobre a eleição na perspetiva dos atos complexos e dos atos colegiais, v., na doutrina italiana, as posições de UBALDO PROSPERETTI, *L'elettorato politico attivo*, Milão, 1954, págs. 65 e 77 e segs.; STELIO VALENTINI, *La collegialità nella teoria dell'organizzazione*, Milão, 1968, págs. 53-54; GIANNI FERRARI, *Gli atti costituzionali*, Turim, 2000, págs. 3 e segs.

Cfr. MIGUEL GALVÃO TELES, *Eleição*, in *Verbo*, V, págs. 326 e segs.; PEDRO ALVARO JIMÉNEZ LUNA, *Procedimiento y acto complejo en los colegios representativos (en torno a la teoría de la colegialidad)*, in *Homenaje a José-Antonio García-Travijano Fos*, obra coletiva, Madrid, 1982, págs. 559 e segs.; JUAN CARLOS GONZÁLEZ HERNÁNDEZ, *Derecho Electoral Español*, Madrid, 1996, págs. 25 e segs.

Vale a pena ainda, em geral, reler GEORG JELLINEK, *Allgemeine Staatslehre*, 1900, trad. *Teoria General del Estado*, Buenos Aires, 1954, págs. 224 e segs.; LÉON DUGUIT, *Traité de Droit Constitutionnel*, I, 3ª ed., Paris, 1927, págs. 367 e segs.; PIETRO GASPARRI, *Studi sugli atti giuridici complessi*, Pisa, 1939; FRANCESCO CARNELUTTI, *Teoria General del Derecho*, trad., Madrid, 1955, págs. 447 e segs., *maxime* págs. 456-457; GABRIEL ROUJON DE LA BOUBÉE, *Éssai sur l'acte juridique collectif*, Paris, 1961; JACQUES MOREAU, *À la recherche de l'acte complexe*, in *Pouvoirs*, 1988, págs. 75 e segs.

¹⁵Uma perspetiva completamente diversa desta é a do ato-condição: a eleição enquanto investe o eleito numa situação jurídica objetiva já existente, atribuindo-lhe os poderes e os deveres que definem a disciplina normativa da respetiva função (J. CARLOS MOREIRA, *op.cit.*, pág. 391).

De resto, a divisão do território eleitoral em círculos ou circunscrições territoriais decorre de razões de funcionalidade, destina-se (ou deveria destinar-se) a propiciar o conhecimento dos candidatos pelos eleitores e só, muito lateralmente, pode ligar-se a qualquer espécie de representação local. E os Deputados representam todo o país (ou, numa região autónoma, toda a região) e não os círculos por que são eleitos, como se lê em Portugal, na Constituição de 1976 (art. 152º, nº 2)¹⁶; e esta é, como se sabe, uma exigência insuperável dos Parlamentos modernos.

VII – Tão pouco se afigura obstáculo de maior a eleição em sistema proporcional, com o aparente retalhar do eleitorado pelas candidaturas, às quais corresponderiam outros tantos colégios eleitorais (quer dizer: cada candidatura com Deputados eleitos assentaria num próprio colégio eleitoral, o dos seus eleitores).

A representação proporcional desempenha um papel ambivalente. Por um lado, propiciando a presença no Parlamento das diversas correntes políticas é certo que torna nítidas ou mais nítidas as clivagens que existam no eleitorado. Em contrapartida, essa presença constitui um fator de comunicação, de integração política e de confluência de orientações ou opções programáticas. O espectro da distribuição de votos pelas candidaturas tem por detrás o eleitorado como um todo.

3. Eleição e procedimento

I – É conhecido o conceito de procedimento como pluralidade de atos que se sucedem no tempo, com intervenção de vários sujeitos, relativamente autónomos ou autonomizáveis e que se traduzem num ato jurídico complexo que os congloba ou substitui¹⁷.

Ora, reconduz-se a eleição a procedimento? Depende do sentido que se lhe dê.

¹⁶Na linha do Ato Adicional à Carta de 1885 (art. 1º) e da Constituição de 1911 (art. 7º, § 1º) e à semelhança de Constituições tão diversas como a belga (art. 42º), a italiana (art. 67º), a alemã (art. 38º), a francesa (art. 27º), a santomense (art. 93º, nº 2), a colombiana (art. 133º), a romena (art. 58º) ou a polaca (art. 104º).

¹⁷Cfr. *Manual...*, V, 4ª ed., Coimbra, 2010, págs. 115 e segs. e Autores citados.

Sem dúvida, pode e deve falar-se em procedimento relativamente à sucessão de atos, desde a marcação do dia da votação. A única ressalva é que aí não se encontram somente procedimentos verdadeiros e próprios.

Já não é procedimento a eleição enquanto ato que integra os votos de todos os eleitores, dada a simultaneidade *jurídica* desses atos independentemente de qualquer descontinuidade espacial ou temporal.

II – Sem considerar agora o recenseamento ou alistamento eleitoral (ele próprio um procedimento), relativamente a cada eleição sucedem-se diferentes momentos, a que correspondem atos e procedimentos com características próprias.

São procedimentos preparatórios:

- a) A marcação da data das eleições;
- b) A propositura de candidaturas;
- c) A constituição das assembleias e secções de voto e das mesas.

E, quando haja eleições parlamentares, a distribuição dos mandatos pelos círculos ou divisões eleitorais.

São procedimentos perfectivos:

- a) A votação, abrangendo não apenas o exercício do sufrágio pelos eleitores como ainda outros atos por eles praticados e os atos da mesa, dos candidatos e dos delegados;
- b) O apuramento, parcial e geral (na medida em que se mostra inseparável da votação).

E é procedimento integrativo de eficácia a proclamação dos resultados de apuramento geral.

Em plano, evidentemente, diverso se situam os processos contenciosos que se suscitam sobre a votação e o apuramento¹⁸.

III – Para além disso, para que qualquer eleição se realize têm de ser efetuadas múltiplas operações materiais¹⁹ como a feitura dos boletins de voto ou a

¹⁸Tal como procedimento exterior aos procedimentos eleitorais é o da dissolução de órgãos colegiais: é procedimento pré-eleitoral, não procedimento eleitoral.

disponibilização do equipamento informático aí onde (como no Brasil) haja voto eletrónico, o arranjo dos locais destinados a assembleias de voto e o fornecimento dos materiais de trabalho das respetivas mesas e das assembleias de apuramento.

E, sobretudo, por imperativo democrático de liberdade e igualdade, tem de se desenvolver e organizar um tempo de promoção das candidaturas – a campanha eleitoral em que, sem prejuízo de numerosos atos jurídicos, avultam também operações políticas e materiais.

4. O Direito eleitoral político, segmento do Direito constitucional

I – À eleição corresponde o Direito eleitoral; à eleição política o Direito eleitoral político – o conjunto de normas respeitantes aos procedimentos eleitorais políticos.

Assim, primeiro que tudo, ele tem por objeto as eleições para os titulares dos órgãos de função política e as eleições para os titulares de órgãos de funções diversas, embora com relevância política. Tem por objeto, portanto, as eleições para os órgãos políticos do Estado, de regiões autónomas, quando existam, e dos municípios (que, de resto, por toda a parte, aparecem, duma maneira ou doutra, integradas na organização do poder político).

Às eleições para os Parlamentos nacionais assimilam-se, nos Estados membros da União Europeia, as eleições para o Parlamento Europeu, ou nos Estados do MERCOSUL as eleições para o seu Parlamento reguladas, em cada Estado, pela sua legislação interna e por algumas (ainda poucas) normas comunitárias.

Em segundo lugar, Direito eleitoral político é o que se reporta às eleições em assembleias representativas e, eventualmente, em quaisquer outros órgãos do Estado (federal ou federado, quando seja caso disso) e de entidades infra-estatais, como regiões autónomas e municípios – sejam para cargos internos (v.g., presidência do Parlamento), sejam para outros cargos (como a Presidência da República em certos sistemas de governo parlamentar; ou, apesar da sua natureza só designativo e não representativo, como as eleições para o cargo de juiz do Tribunal Constitucional ou de Provedor de Justiça).

¹⁹Sobre este conceito, v. CARLA AMADO GOMES, *Contributo para estudo das operações materiais da Administração pública e do seu controlo jurisdicional*, Coimbra, 1999.

Em terceiro lugar, o Direito eleitoral político não pode deixar de abranger as eleições no seio dos partidos políticos (pelo menos, dos partidos de âmbito nacional e com assento no Parlamento). Sujeitos primaciais do contraditório político, os partidos não podem ser estranhos ao Direito eleitoral. Associações de Direito constitucional²⁰, as eleições que neles se efetuam, tanto para escolha dos titulares dos seus órgãos como para designação dos candidatos a eleições externas, implicam princípios e regras inseparáveis dos princípios e regras que dali decorrem.

Eleições relativas a órgãos do Estado e doutras entidades públicas, eleições no interior desses órgãos, eleições no âmbito dos partidos políticos – eis o tríplice domínio do Direito eleitoral político.

II – Por extensão – por se tratar ainda do exercício do direito de sufrágio – podem ainda ser consideradas de Direito eleitoral as normas reguladoras dos referendos.

Embora aqui estejam em causa decisões, orientações ou pronúncias, e não o preenchimento de cargos, os princípios básicos são comuns e algumas das fases dos processos muito próximas. De resto, certas eleições, quando ideológica ou programaticamente marcadas (o que aconteceu durante a maior parte do século XX, mas que, em muitos casos, parece agora tender a esbater-se com personalização dos dirigentes partidários ou dos candidatos, que se vai observando) acabam por revestir um semelhante ao dos referendos, assim como tem havido referendos, em que (por desvio manifesto) se ligam os resultados à permanência nos cargos de quem os promove.

Eleger, é tanto eleger entre pessoas e candidaturas como eleger entre opções políticas determinadas.

III – Quando se equaciona a questão da autonomia de certo setor da ordem jurídica atende-se a três tipos de critérios. Atende-se a critérios concernentes ao objeto das normas; ou ao diploma ou aos diplomas que o regulam; e aos princípios definidores do tratamento da matéria.

Em face destes critérios – do objeto, do instrumento legislativo e do sentido da regulamentação – é o Direito eleitoral um ramo autónomo de Direito? A resposta tem de ser negativa. Não há um Direito eleitoral *a se*; o Direito eleitoral pertence, sim, a qualquer área de Direito a que se reporte a eleição de que cuida.

²⁰ V. a demonstração em *Manual ...*, VII, Coimbra, 2007, págs. 192 e segs.

Com efeito, as eleições que se realizem em associações de Direito privado pertencem ao Direito civil; se se tratar de eleições no âmbito das sociedades comerciais, tratar-se-á de Direito eleitoral comercial, parte integrante do Direito comercial; se se considerarem eleições sindicais, estaremos em Direito do Trabalho ou em Direito sindical; se se tratar de eleições em associações públicas, universidades ou outras pessoas coletivas de Direito público não territoriais, mover-nos-emos dentro do Direito administrativo; e finalmente, se olharmos para eleições com vista a órgãos do poder político, estaremos perante uma parte integrante do Direito constitucional.

Nem poderia deixar de ser assim. Se a eleição política é instituição básica do Estado constitucional representativo moderno, tudo quanto lhe respeita tem de ser considerado elemento participante do Direito constitucional. As opções subjacentes a essas normas – sufrágio restrito ou sufrágio universal, voto obrigatório ou não, sujeitos de processos eleitorais, sistemas eleitorais traduzem outras tantas grandes opções constitucionais.

Cada Constituição não só se vai dirigir à regulamentação dos atos eleitorais que prevê como confere cunho próprio à eleição; e são, de todo em todo, diversas a eleição em sentido material de regimes pluralistas – assentes na liberdade política e na concorrência de partidos – e a eleição no âmbito de regimes autoritários e totalitários – degradada a processo meramente formal, sem conteúdo de livre escolha por parte dos cidadãos.

No que tange ao segundo critério, observe-se que raríssimas são as Constituições formais que não contêm normas sobre matérias eleitorais, mais ou menos vagas ou mais ou menos precisas e copiosas, embora sem nunca esgotarem o seu tratamento. Mas não é por haver múltiplos diplomas legislativos ou um código eleitoral como no Brasil ou em Cabo Verde, a completarem-nas que o Direito eleitoral fica fora do Direito constitucional. É o mesmo que acontece com os direitos fundamentais, por exemplo. Nenhuma Constituição, nem a mais regulamentária, abarca tudo – por razões históricas, políticas e jurídicas conhecidas.

Enfim, quanto ao terceiro critério, é óbvio que, justamente até por causa disso, os princípios fundamentais de Direito eleitoral político são princípios constitucionais. Não há princípios de Direito eleitoral político que não sejam também princípios *político-constitucionais*, que não reflitam, direta ou indiretamente, princípios *axiológicos fundamentais* e que não se projetem ainda em princípios *constitucionais*

instrumentais. Princípios constitucionais a par de outros, tanto recebem, pois, o influxo interpretativo e integrativo dos demais como sobre eles vêm, por seu turno, a influir²¹.

Não por acaso, seis das Constituições dos países de língua oficial portuguesa enunciam os princípios gerais de Direito eleitoral no âmbito dos seus corpos normativos: a portuguesa (art. 113º), a brasileira (art. 14º), a caboverdiana (arts. 104º e segs.), a timorense (art. 65º), a moçambicana (art. 135º) e a angolana (art. 107º).

IV – Porém, a nota individualizadora mais saliente do Direito eleitoral vem a ser mesmo a articulação de direitos fundamentais com organização e procedimento, porque o direito de sufrágio não pode exercer-se sem organização e sem procedimento e estes, conquanto integráveis na estrutura própria do poder, são daqueles indesligáveis. Mais do que em qualquer outro direito fundamental, está aqui presente a multidimensionalidade. Há que discernir situações jurídicas subjetivas e princípios objetivos, interesses individuais e interesses institucionais, valores da personalidade e valores comunitários²².

Por outro lado e sem prejuízo da unidade imposta pela sua finalidade essencial e por causa dela – a expressão (ou a expressão autêntica) da vontade popular – o Direito eleitoral espalha-se por normas de diversos tipos: normas substantivas, normas sobre jurisdição e normas processuais, normas financeiras e normas sancionatórias.

Essas normas põem o Direito eleitoral em contacto com o Direito administrativo, o judiciário, o processual, o financeiro, o penal, o do ilícito de mera ordenação social; e algumas delas revestem, de certo modo, uma dupla característica (a de pertencerem, simultaneamente, ao Direito constitucional e a esses ramos, com as inerentes consequências para a sua interpretação e a sua integração).

²¹ Cfr. JORGE MIRANDA, *Manual ...*, II, 6ª ed., Coimbra, 2007, págs. 268 e segs.

²² *Manual ...*, IV, 5ª ed., Coimbra, 20012, págs. 36 e 128 e segs. e autores citados.

II

5. Eleições e contencioso eleitoral

I – Os procedimentos eleitorais são necessariamente marcados em democracia pelo contraditório político. E, a seu lado, não raro como sua consequência, surgem controvérsias, litígios, conflitos jurídicos. Daí o contencioso eleitoral político enquanto conjunto de meios organizatórios e processuais destinados à sua solução²³.

²³Cfr., a título comparativo, SILVIO FORLANI, *Contenzioso elettorale*, in *Novissimo Digesto Italiano*, IV, 1959, págs. 395 e segs.; JEAN-PAUL CHARNAY, *Le contrôle de la régularité des élections parlementaires*, Paris, 1964, págs. 327 e segs.; LEOPOLDO ELIA, *Elezioni politiche (contenzioso)*, in *Enciclopedia del Diritto*, XIV, 1965, págs. 747 e segs.; LOÏC PHILIP, *Le contentieux des élections aux assemblées politiques françaises*, Paris, 1971; JÖRG LUTHER, *La giurisdizione costituzionale sul contenzioso elettorale politico in Germania e Austria*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, 1990, págs. 532 e segs.; LUIS MARTINS REBOLLO, *Notas sobre el recurso contencioso-electoral y otros temas de Derecho electoral*, in *La protección jurídica del ciudadano – Estudios en homenaje al Profesor Jesús González Pérez*, obra colectiva, II, Madrid, 1993, págs. 1289 e segs.; FRANCISCO FERNÁNDEZ SEGADO, *Los recursos contra la proclamación de candidaturas y candidatos en la Ley Organica de 1985, del Régimen Electoral Geral*, in *Poder Judicial*, 31, Setembro de 1993, págs. 59 e segs.; RICHARD GHEVONTIAN, *Un labyrinthe juridique: le contentieux des actes préparatoires d'élections politiques*, in *Revue du droit administratif*, agosto de 1994, págs. 793 e segs.; GIL DESMOULIN, *Le contentieux des élections législatives: vers une application de la Convention européenne des droits de l'homme*, in *Revue du droit public*, 1997, págs. 143 e segs.; FRANCIS DÉLPERÉE, *Le contentieux électoral*, Paris, 1998; JAVIER PARDO FALCÓN, *Alcunas consideraciones sobre el control de los actos electorales en el derecho comparado y en la historia constitucional española*, in *Revista de Estudios Políticos*, nº 99, janeiro-março de 2000, págs. 175 e segs.; RICHARD GHEVONTIAN, ÉLISE CARPENTIER e LAURENT DOMINGO, *Actualité du Droit constitutionnel électoral – Le contentieux de l'élection présidentielle des 21 avril et 5 mai 2002*, in *Revue française de droit constitutionnel*, 2002, págs. 615 e segs.; MICHEL ROSENFELD, *Bush contre Gore: trois mauvais coups politiques à la Constitution, à la Cour et à la Démocratie*, in *Les Cahiers du Conseil Constitutionnel*, 13, 2002, págs. 81 e segs.; SYLVIE TARCOT, *Le contentieux des élections législatives: réflexions autour d'un contentieux à risques*, in *Revue du droit public*, 2004, págs. 1211 e segs.; estudos de Autores vários, in *La Ciencia del Derecho Procesal Constitucional – Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio*, VI, obra colectiva, Madrid, 2008, págs. 545 e segs.

Quanto a Portugal, v. FEZAS VITAL, *Lições de Direito Constitucional Comparado*, Coimbra, 1915, pág. 174; MARIA ATAÍDE AMARO, *Contencioso eleitoral no Direito constitucional português*, in *Estudos de Direito eleitoral*, obra colectiva, Lisboa, 1996, págs. 577 e segs.; CARLOS FRAGA, *Contencioso eleitoral*, Coimbra, 1997; ARMINDO RIBEIRO MENDES, *A jurisprudência do Tribunal Constitucional em matéria eleitoral*, in *Eleições*, nº 4, dezembro de 1997, págs. 9 e segs.; MANUEL FREIRE BARROS, *Natureza jurídica do recurso contencioso*

O Direito eleitoral substantivo faz-se acompanhar, pois, de um Direito eleitoral adjetivo, através do qual se procura garantir não só a regularidade formal de todos os atos mas também a adequação do resultado à vontade real dos cidadãos eleitores. Ou, referindo-se ao juiz eleitoral, diz um Autor que se trata de garantir a exatidão e a sinceridade do voto, em ordem a que a *lei da maioria* possa exprimir-se livre e corretamente²⁴.

Tal como o Direito eleitoral substantivo, também o Direito eleitoral adjetivo faz parte do Direito constitucional, do Direito processual constitucional. Tal como há *procedimentos* eleitorais, também há *processos* eleitorais perante órgãos jurisdicionais.

O direito de acesso àqueles órgãos e meios processuais deve considerar-se um direito fundamental inerente ao princípio da participação política e aos direitos dele decorrentes, desde o direito de sufrágio e o de ser eleito ao de associação para apresentação de candidaturas e ao de promoção de propaganda eleitoral. Eleições *livres e justas* (para usar uma locução corrente) exigem um contencioso eleitoral estruturado segundo os cânones do Estado de Direito. E também por aqui se vislumbra a ligação incidível entre democracia e Estado de Direito.

Assim, especificamente para esse efeito, no Brasil podem os cidadãos eleitores servir-se do mandado de segurança, do mandado de injunção e do *habeas corpus* (art.

eleitoral, cit.; JORGE MIGUÉIS, *O contencioso e a jurisprudência eleitoral em Portugal*, in *Eleições*, nº 9, Setembro de 2005, págs. 59 e segs.; CARLA AMADO GOMES, *Quem tem medo do Tribunal Constitucional? A propósito dos artigos 103º-C, 103º-D e 103º-E da LOTC*, in *Estudos em homenagem ao Conselheiro José Manuel Cardoso da Costa*, obra coletiva, I, Coimbra, 2003, págs. 585 e segs.; ESPERANÇA MEALHA, *Recuo contencioso do acto de administração eleitoral*, in *Tribunal Constitucional, 35º aniversário da Constituição de 1976*, II, obra coletiva, Coimbra, 2012, págs. 343 e segs.

No Brasil, FAVILA RIBEIRO, *op. cit.*, págs. 421 e segs.; TORQUATO JARDIM, *Direito Eleitoral Positivo*, 2ª ed., Brasília, 1998, págs. 143 e segs.; JOSÉ ANTÓNIO FICHTNER, *Impugnação de mandato electivo*, Rio de Janeiro, 1998; SUZANA CAMARGO GOMES, *A justiça eleitoral e a sua competência*, São Paulo, 1998; ROBERTO ROSAS, *Justiça eleitoral: rapidez e eficácia*, in *Direito Público*, julho-Setembro de 2003, págs. 83 e segs.; JACQUELINE SOPHIE FRASCATI, *Notas para a compreensão do contencioso de apresentação ou registro de candidaturas das eleições políticas, sob o enfoque dos ordenamentos jurídicos português e brasileiro*, in *Revista de Direito Constitucional*, janeiro-março de 2007, págs. 174 e segs.; ERICK WILSON PEREIRA, *Direito Eleitoral*, São Paulo, 2010, págs. 35 e segs.

²⁴MANUEL FREIRE BARROS, *op.cit.*, pág. 124. Ou indo talvez demasiado longe, para SYLVIE TARCOT, *op. cit., loc. cit.*, 2004, pág. 1217); trata-se de pedir ao juiz que aprecie a lealdade do escrutínio, tornando-se então um dos atores da democracia e exercendo, ao mesmo tempo, uma função jurisdicional e uma função tribunícia.

121, § 4º da Constituição); na Espanha, do recurso de amparo (art. 102º da Constituição); em Portugal, em certos casos de ação popular (art. 52º da Constituição) e da intimação para proteção de direitos, liberdades e garantias (art. 109º do Código de Processo nos Tribunais Administrativos e Fiscais).

II – O contencioso eleitoral político tem de dar resposta a uma tríplice demanda – de direitos fundamentais, de periodicidade das eleições, com renovação dos titulares de órgãos nos prazos constitucionais, e de legitimação dos eleitores.

Como suas características, podem ser enunciadas:

- a) É contencioso constitucional, porque as eleições políticas são atos materialmente, senão formalmente constitucionais;
- b) Sofre modulações e variações consoante os atos e procedimentos em que se enxerta;
- c) Depende do tempo²⁵ no sentido de, salvo o contencioso do recenseamento, ser um contencioso ocasional ou sazonal, só atuável quando haja eleições (ou referendos);
- d) Depende do tempo no sentido da máxima celeridade processual por causa da sucessão de atos e procedimentos com datas pré-marcadas ou inadiáveis;
- e) Nele entrelaçam-se elementos objetivistas e elementos subjetivistas^{26 27};
- f) É contencioso de plena jurisdição, porque, independentemente da anulação ou declaração de nulidade de um ato, o órgão competente pode decretar uma providência adequada a cada caso, com vista à plena regularidade e validade dos procedimentos²⁸ e até substituir-se à entidade recorrida na prática de um ato sempre que tal se torne necessário²⁹.

²⁵Cfr. FRANCIS DELPÉREÉ, *op.cit.*, pág. 5.

²⁶Cfr., algo diferentemente, quanto a Portugal, MANUEL FREIRE DE BARROS, *op. cit.*, págs. 142 e segs.; e, quanto à França, SYLVIE TARCOT, *op. cit., loc. cit.*, págs. 1215 e segs.

²⁷O que não significa que o sufrágio seja uma mera função, e não um direito subjetivo. Cfr. *Manual ...*, VII, cit., págs. 103 e 104 e Autores citados.

²⁸Cfr. MANUEL FREIRE BARROS, *op.cit.*, págs. 137, 149 e segs. e 166, notando que o Tribunal Constitucional português pode admitir uma candidatura com substituição de um candidato por outro, ordenar alterações na contagem dos votos, reformar o apuramento geral, etc. V., além dos acórdãos aí mencionados (págs. 150 e 151), o acórdão nº 258/85, de 26 de novembro (in *Diário da República*, 2ª série, de 18 de março de 1986), considerando que a decisão de recurso relativo

III – Mas, naturalmente, os princípios de Direito eleitoral adjetivo reconduzem-se aos de Direito processual constitucional, sendo uns estruturantes, outros instrumentais.

Como princípios estruturantes, todos reconduzíveis à ideia-força de *processo equitativo* (art. 20.º, n.º 4, 2.ª parte, da Constituição portuguesa) ou devido *processo legal* (art. 5-LIV da Constituição brasileira), apontem-se:

- a) O princípio da igualdade dos intervenientes processuais;
- b) O princípio do contraditório (*audiatur et altera pars*) ou de que os intervenientes processuais devem gozar de igualdade de oportunidades para expor as suas razões, procurando convencer o tribunal em dialética e recíproca fiscalização;
- c) O princípio da legalidade dos atos do processo;
- d) O princípio da fundamentação das decisões que não sejam de mero expediente;
- e) O princípio da obrigatoriedade e da executoriedade das decisões;
- f) O princípio do respeito do caso julgado.

E como princípios instrumentais:

- a) O princípio do pedido na dupla vertente de necessidade de iniciativa externa para a abertura do processo e de fixação do objecto do processo pelo pedido;
- b) O princípio do conhecimento oficioso do Direito;
- c) O princípio da utilidade da decisão, em face da situação normativa que se verifique ou da sua relevância para as situações da vida;
- d) O princípio da adequação funcional;
- e) O princípio da celeridade;
- f) O princípio do processo escrito.

às provas dos boletins de voto não pode limitar-se a revogar, se for caso disso, a decisão em causa, devendo proceder igualmente à definição do que haja de corrigir no caso.

²⁹ Assim, ARMINDO RIBEIRO MENDES, *op.cit.*, *loc.cit.*, pág. 18, e acórdãos citados.

6. Os órgãos do contencioso eleitoral

I – Pela natureza das coisas, o contencioso eleitoral requer jurisdicionalidade. São os tribunais – independentes e com juízes independentes – que podem proporcionar-lhe plena efetividade.

Porém, tal como a respeito da fiscalização da constitucionalidade, a história e a comparação apresentam sistemas:

- a) De contencioso difuso e de contencioso concentrado;
- b) De contencioso atribuído a tribunais com outras funções e de contencioso atribuído a tribunais especializados;
- c) De contencioso incidental e de contencioso principal.

A tendência, nos últimos anos, tem vindo a ser de atribuição do contencioso eleitoral, no todo ou em última instância, aos tribunais constitucionais ou a órgãos homólogos, como órgãos aos quais compete especificamente administrar a justiça em matérias de natureza jurídico-constitucional (como se lê no art. 221º da Constituição portuguesa, no art. 241º da Constituição moçambicana e no art. 180º da Constituição angolana).

II – Nos países de língua portuguesa, encontram-se quatro modelos:

- Contencioso a cargo do Supremo Tribunal de Justiça, em Timor (art. 121º da Constituição);
- Contencioso a cargo do Tribunal Constitucional, em Portugal³⁰, São Tomé e Príncipe, Cabo Verde e Angola [arts. 223º, nº 2, alínea c), 133º, nº 2, alínea c), 219º, nº 1, alínea c) e 188º, nº 2, alínea c) das respetivas Constituições];
- Contencioso a cargo de um Conselho Constitucional, quase um Tribunal Constitucional, em Moçambique [art. 244º, nº 1, alínea d) da Constituição];
- Contencioso a cargo de tribunais especializados³¹, o Tribunal Superior Eleitoral, os Tribunais Regionais Eleitorais, os juízos eleitorais e as juntas regionais, no Brasil (art. 118º e segs. da Constituição)³².

³⁰Conforme já tínhamos proposto em *Um projecto de Constituição*, Braga, 1975, art. 298º.

8. Referência à verificação de poderes pelos Parlamentos

I – Tal como os sistemas de fiscalização de constitucionalidade, os sistemas de contencioso eleitoral tiveram o seu impulso no século XX e por causas bem próximas.

Até então o que prevalecia (embora com exceções) era o instituto da verificação dos poderes ou reconhecimentos da qualidade de membros do Parlamento feito pelos seus pares, em nome da sua faculdade de autoconstituição e justificado pela necessidade de acautelar a sua independência em face dos órgãos de Poder Executivo e de Poder Judicial³³.

Mas era patente a delibilidade do instituto, por serem os próprios parlamentares a reconhecerem os seus pares, reciprocamente, ou, como mais de uma vez sucedeu, razões de índole política se sobrepõem a quaisquer outras, levando as maiorias a afastar eleitos das minorias. Não por acaso, por exemplo, MAURICE HAURIOU dizia que a verificação de poderes não era mais do que um contencioso atribuído a um tribunal político³⁴.

II – Curiosamente, terá sido na Grã-Bretanha em 1868 que, primeiro, se terá avançado para uma apreciação jurisdicionalizada dos resultados das eleições. E Portugal seguiu-la pouco depois, instituindo, entre a lei de 21 de maio de 1884 e o decreto de 5 de abril de 1911, um tribunal de verificação de poderes, presidido pelo Presidente do Supremo Tribunal de Justiça e composto por juizes deste Tribunal e dos Tribunais da Relação^{35 36}.

³¹Tal como no México.

³²Os tribunais eleitorais brasileiros têm uma composição mista, com juizes eleitos dentre juizes de outros tribunais e juizes escolhidos entre advogados, nomeados pelo Presidente da República (arts. 119º e 120º); e servem por dois anos, no mínimo, e nunca por mais de dois biénios consecutivos (art. 121º, § 2º).

³³Sobre a verificação de poderes, v., a título histórico, PELLEGRINO ROSSO, *op. cit.*, pág. 436; e em Direito comparado, por todos, FRANCIS DELPÉRÉ, *op. cit.*, págs. 54 e segs. Cfr. também A. ESMEIN, *Éléments de Droit Constitutionnel français et comparé*, 7ª ed., Paris, 1921, pág. 355.

³⁴*Précis de Droit Constitutionnel*, 2ª ed., Paris, 1929, pág. 505.

³⁵Cfr. MARNOCO E SOUSA, *Direito Político – Poderes do Estado*, Coimbra, 1910, págs. 569 e segs. e JOSÉ MOURISCA, *Código Eleitoral*, Coimbra, 1914, págs. 321 e segs.

As Constituições portuguesas do século XIX nada diziam sobre a matéria. Em contrapartida, tanto a Constituição de 1911 (art. 13º, § único) quanto a de 1933 (art. 86º), atribuíam a cada uma das Câmaras ou à Assembleia Nacional verificar os poderes dos seus membros. Já não a de 1976, embora o regimento da Assembleia da República (art. 2º) disponha, aparentemente, o mesmo.

III – A verificação consiste na apreciação da regularidade formal dos mandatos e na apreciação da elegibilidade dos Deputados cujos mandatos sejam impugnados por facto que não tenha sido objeto de decisão judicial com trânsito em julgado (art. 2º, nº 2 do regimento da Assembleia da República portuguesa). O direito de impugnação cabe a qualquer Deputado e é exercido até ao encerramento da discussão do parecer da comissão de verificação de poderes (art. 2º, nº 3) e o Deputado cujo mandato seja impugnado tem o direito de defesa perante a comissão e perante o Plenário e de exercer as suas funções até deliberação definitiva deste, por escrutínio secreto (art. 2º, nº 4).

O mandato dos Deputados, em Portugal, inicia-se com a primeira sessão do Parlamento após as eleições (art. 153º, nº 1), mas ele apenas fica em condições de deliberar após a verificação dos poderes. Simplesmente, a verificação não constitui os Deputados nos seus mandatos, não confere, nem deixa de conferir aos candidatos nenhum direito ao lugar. A validade da eleição dos candidatos proclamados ilegalmente é que é resolúvel.

Todavia, apesar do silêncio da Constituição e da lei, deve admitir-se aberta a via de recurso para o Tribunal Constitucional, a quem compete julgar, em última instância, a validade dos atos de processo eleitoral, nos termos da lei [art. 223º, nº 3, alínea c) da Constituição]³⁷.

³⁶O que preludiava, de certo modo, os tribunais eleitorais do Brasil.

³⁷Cfr. o art. 41º da Constituição alemã, em que, depois de se conferir à Assembleia Federal a verificação dos poderes dos seus membros e a decisão sobre a perda de mandato, se prescreve a recorribilidade para o Tribunal Constitucional.

8. As autoridades administrativas reguladoras dos procedimentos eleitorais

Em seara bem diversa da da justiça eleitoral situa-se a Administração eleitoral – uma Administração heterogénea, com órgãos constituídos em razão dos sucessivos procedimentos, órgãos de base e órgãos centralizados, órgãos *ad hoc* e órgãos permanentes, órgãos administrativos e órgãos judiciais com algumas competências administrativas.

Muito importantes são as autoridades administrativas independentes – quer dizer, não sujeitas a direção, superintendência ou tutela governamental – com funções essencialmente reguladoras. Em Portugal, a Comissão Nacional de Eleições remonta às eleições para a Assembleia Constituinte de 1975 e cabe-lhe, antes de mais, assegurar a igualdade de tratamento dos cidadãos e das candidaturas, quer em atos antecedentes dos procedimentos eleitorais, quer durante as campanhas eleitorais (art. 5º da Lei nº 71/78, de 27 de dezembro). E em Angola, a Constituição estatui mesmo a organização dos processos eleitorais por órgãos da administração eleitoral independentes (art. 107º).

Os atos destas autoridades são atos administrativos, impugnáveis (no Direito português, perante o Tribunal Constitucional, segundo o art. 102º-B da lei orgânica, por tal o postular a unidade do sistema de contencioso eleitoral).

III

9. O contencioso eleitoral português

I – No caso português, tradicionalmente o contencioso do recenseamento eleitoral cabia aos tribunais judiciais e o das candidaturas (quando objeto de normas *ex professo*) e o da votação nas assembleias de voto aos tribunais administrativos (v., por último, os arts. 20º, 21º e 75º e segs., do Decreto nº 37.570, de 3 de outubro de 1949).

A lei eleitoral para a Assembleia Constituinte reservou todo o contencioso eleitoral aos tribunais comuns, aos tribunais judiciais (arts. 35º, 38º e 120º do

Decreto-lei n° 621-C/74, de 15 de novembro)³⁸. E a Constituição de 1976 viria prescrever que o julgamento da regularidade e da validade dos atos de processo eleitoral competia aos tribunais (art. 116°, hoje 113°, n°7). Finalmente, com a criação do Tribunal Constitucional, ele passaria para este tribunal – primeiro, apenas de harmonia com a Lei n° 28/82, de 15 de novembro, e, depois, em 1989, com consignação expressa no texto constitucional [art. 225°, hoje 223°, n° 2, alínea c)].

De notar que o preceito da Constituição fala em “julgar em última instância a regularidade e a validade de atos de processo eleitoral, nos termos da lei” e as diversas leis – desde a Lei n° 28/82, às leis de referendo – têm vindo a cometer ao Tribunal Constitucional o conhecimento de todos os recursos de decisões tomadas em procedimentos eleitorais e referendários.

A única exceção refere-se às decisões das comissões recenseadoras a respeito de reclamações sobre a inscrição dos cidadãos no recenseamento, de que cabe recurso para os tribunais de comarca e apenas das decisões destes para o Tribunal Constitucional (art. 61° da Lei n° 13/99, de 22 de março)³⁹

Mas estas normas de direito ordinário não são inconstitucionais, porque há uma cláusula aberta de competência na Constituição: a lei pode atribuir-lhe outras funções em matérias de natureza jurídico-constitucional (art. 223°, n° 3) e, portanto, pode também alargar as funções que a Constituição já lhe confira.

II – O contencioso eleitoral tem por objeto todos os atos e procedimentos atinentes à realização das eleições⁴⁰:

³⁸Cfr. o relatório do projeto de lei eleitoral, in *Boletim do Ministério da Justiça*, n° 241, dezembro de 1974, págs. 16-17.

³⁹A exceção justifica-se, por estar em causa o direito de sufrágio e serem os tribunais judiciais, dentro do sistema da Constituição, que devem decidir sobre questões pertinentes a direitos, liberdades e garantias: assim, JORGE MIGUÉIS, *Lei de recenseamento eleitoral actualizada e anotada*, Lisboa, 2002, pág. 107. Cfr. *Manual ...*, IV, cit., pág. 424.

⁴⁰Conceitualmente, poderia distinguir-se:

- contencioso *ativo* – o relativo aos cidadãos eleitores; e contencioso *passivo* – o relativo às candidaturas;
- contencioso *pré-eleitoral* – o atinente ao recenseamento, e contencioso *eleitoral propriamente dito* – o relativo a cada eleição em concreto.

- a) Contencioso do recenseamento, respeitante à criação e à extinção de postos de recenseamento (art. 26º da Lei nº 13/99, de 22 de março) e à inscrição dos cidadãos eleitores (art. 61º);
- b) Contencioso relativo aos boletins de voto;
- c) Contencioso dos procedimentos eleitorais *stricto sensu*:
 - Contencioso das candidaturas (por toda a legislação eleitoral, arts. 32º e segs. da Lei nº 14/79, e arts. 101º e 102º-A, assim como art. 94º da Lei nº 28/82);
 - Contencioso do desdobramento das assembleias de voto;
 - Contencioso da votação e do apuramento (arts. 117º e segs. da Lei nº 14/79 e arts. 102º e 102º-A, bem como art. 98º da Lei nº 28/82), inclusive nas eleições efetuadas por plenários de cidadãos eleitores em freguesias de população diminuta⁴¹.

Em contrapartida, o contencioso eleitoral não abrange atos subsequentes ao apuramento, sindicáveis, sim, em contencioso administrativo⁴².

- d) Contencioso dos atos – quase todos correspondentes a decisões relativas à campanha eleitoral – da Comissão Nacional de Eleições [arts. 8º, alínea f), 102º-B e 102º-C da Lei nº 28/82, após a Lei nº 85/89, de 7 de Setembro]⁴³ e de quaisquer outros órgãos da administração eleitoral (art. 102º-B, nº 7)^{44 45}.

⁴¹Cfr. acórdão nº 575/2005, de 28 de outubro, do Tribunal Constitucional, in *Diário da República*, 2ª série, nº 224, de 22 de novembro de 2005.

⁴²Cfr. acórdão nº 88/94 do Tribunal Constitucional, de 20 de janeiro, in *Diário da República*, 2ª série, nº 111 de 13 de maio de 1994; ou acórdão nº 34/98, de 3 de fevereiro, *ibidem*, nº 67, de 20 de março de 1998.

⁴³E, antes, os atrás citados acórdãos nºs 165/85 e 163/87.

⁴⁴Seja no procedimento das candidaturas, seja no da constituição das assembleias de voto, seja nas campanhas eleitorais.

⁴⁵Para aprofundamento desta matéria, v. ESPERANÇA MEALHA, *op. cit., loc. cit.*, em especial por salientar a necessidade de uma interpretação atualista da lei orgânica do Tribunal Constitucional, quando fala em recurso de atos definitivos e executórios ao arrepio do novo regime do contencioso administrativo (págs. 364 e ss. e 372).

A Constituição fala em “regularidade” e em “validade” dos atos do processo eleitoral, sendo requisitos de validade de um ato jurídico os de perfeição desse ato ou de plena virtualidade de produzir os seus efeitos jurídicos típicos e requisitos de regularidade os de adequação às regras constitucionais ou legais, independentemente da possibilidade de produzir os seus efeitos⁴⁶. Importante no plano substantivo, no plano da competência do Tribunal Constitucional a distinção afigura-se de relevância menor.

III – Há depois:

- Contencioso das eleições realizadas na Assembleia da República e nas Assembleias Legislativas Regionais [art. 223º, nº 2, alínea g), 2ª parte, da Constituição e art. 102º-D da Lei nº 28/82, após a Lei nº 13-A/98, de 16 de fevereiro];
- Contencioso das eleições partidárias [art. 223º nº 2, alínea h), 1ª parte, da Constituição e art. 103º-C da Lei nº 28/82, após a Lei nº 13-A/98].

IV – As leis do referendo também atribuem ao Tribunal Constitucional o julgamento de recursos de decisões tomadas nos respetivos procedimentos:

- Contencioso do desdobramento de assembleias de voto (art. 77º, nº4, da Lei nº 15-A/98, de 3 de abril, e art. 67º, nº 5 da Lei Orgânica nº 4/2000, de 24 de agosto);
- Contencioso da votação e do apuramento (arts. 172º e segs., da Lei nº 15-A/98 e arts. 151º e segs., da Lei Orgânica nº4/2000).

Por sinal, as leis eleitorais não preveem nem aquela primeira modalidade, nem o contencioso relativo aos boletins de voto mas deverão ter-se por admitidas com base no princípio geral da tutela jurisdicional respeitante a atos administrativos (arts. 20º e 268º, nº 5, da Lei Fundamental).

V – Fora da competência do Tribunal Constitucional ficam o contencioso concernente:

⁴⁶Cfr. *Manual ...*, V, cit., págs. 101 e 102, e VI, 3ª ed., Coimbra, 2008, págs. 90 e segs. e autores citados

- às eleições dos vogais juízes do Conselho Superior da Magistratura, atribuído a uma comissão de eleições, composta pelos presidentes do Supremo Tribunal de Justiça e pelos presidentes dos Tribunais da Relação (art. 143º da Lei nº 21/85, de 30 de julho);
- às eleições dos vogais juízes do Conselho Superior dos Tribunais Administrativos e Fiscais, atribuído à Secção do Contencioso Administrativo do Supremo Tribunal Administrativo [arts. 24º, nº 1, alínea *b*), 33º e 75º do estatuto aprovado pela Lei nº 13/2002, de 19 de fevereiro];
- às eleições dos vogais do Conselho Superior do Ministério Público eleitos entre os magistrados do Ministério Público, atribuído a uma comissão de eleições, composta pelo Procurador-Geral da República e pelos procuradores-gerais-adjuntos nos distritos judiciais (art. 19º da Lei nº 47/86, de 15 de outubro).

Como se trata de órgãos constitucionais e tendo em conta a relativa fragilidade das soluções até agora adotadas, *de jure condendo* seria preferível também conferir estas matérias ao Tribunal Constitucional⁴⁷.

11. O princípio da preclusão ou da aquisição sucessiva

I – Conforme tem reiterado o Tribunal Constitucional, todos os atos dos procedimentos eleitorais são impugnáveis e não é possível passar de uma fase a outra sem que a primeira esteja definitivamente consolidada. Porém, não sendo os atos correspondentes a uma dada fase objeto de reclamação ou recurso no prazo legal ou, tendo-o sido, não sendo declarada a invalidade ou a irregularidade, já não mais poderão esses atos ser contestados no futuro.

A não ser assim, o processo eleitoral, delimitado por uma calendarização rigorosa, acabaria por ser subvertido mercê de decisões extemporâneas, que, em muitos casos, determinariam a impossibilidade de realização dos atos eleitorais⁴⁸.

⁴⁷Diverso, evidentemente, é o contencioso eleitoral relativo a pessoas coletivas de Direito público, pertencentes à Administração, o qual recai sobre os tribunais administrativos [art. 4º, nº 1, alínea *m*) do estatuto].

II – Como observa MANUEL FREIRE DE BARROS⁴⁹:

“De acordo com tal princípio, jamais se poderá pôr em causa a fase processual já superada. Deste modo, o Tribunal Constitucional, em sede de contencioso pré-eleitoral, dispõe de competência para controlar as decisões da Comissão Nacional de Eleições relativamente à atribuição do número de lugares a cada circunscrição, para conhecer das decisões definitivas do juiz ordinário relativamente à apresentação das candidaturas e para conhecer das decisões dos demais órgãos da Administração eleitoral em matéria de campanha eleitoral, designadamente, distribuição de salas de propaganda, distribuição e utilização dos tempos de antena, fixação dos lugares onde funcionam as assembleias de voto, etc.

“O contencioso pós-eleitoral ou *a posteriori* tem por objecto apenas decisões sobre as reclamações ou protestos relativos a irregularidades ocorridas no decurso da votação e no apuramento.

“Um rápido relance pela jurisprudência eleitoral permite verificar que a solução adoptada pelo nosso Direito positivo provoca a existência de um elevado número de litígios antes da eleição propriamente dita, mas, em contrapartida, dá origem a um número praticamente insignificante, em termos relativos, de litígios pós-eleição. Isto aliado à atribuição dos dois contenciosos (pré e pós-eleitoral) a um só Tribunal – o Tribunal Constitucional –, tem permitido uma perfeita uniformização jurisprudencial, facto que em muito tem contribuído para a formação de um juízo da opinião pública fortemente positivo e para a construção de um ambiente de grande tranquilidade pública em redor dos processos eleitorais que se têm desenrolado desde a institucionalização daquele Alto Tribunal.

“E parece irrecusável que à construção deste clima não terá sido alheia a doutrina da “cascata”, elaborada pela jurisprudência do Tribunal Constitucional e depois sufragada pelo Direito positivo, a qual tinha por finalidade última evitar a confrontação directa entre o eleitorado e o juiz eleitoral, desiderato que se alcança na redução dos litígios pós-eleitorais e na redução ao máximo dos casos de anulação da eleição, que

⁴⁸ Acórdão n.º 322/85, de 26 de dezembro, in *Diário da República*, 2ª série, n.º 88, de 16 de abril de 1986. V., também, entre outros, o Acórdão n.º 698/93, de 10 de novembro, *ibidem*, 2ª série, n.º 16, de 20 de janeiro de 1994. Cfr. ARMINDO RIBEIRO MENDES, *op. cit.*, *loc. cit.*, págs. 19-20.

⁴⁹ MANUEL FREIRE DE BARROS, *op. cit.*, págs. 60 e 61..

apenas poderá ocorrer nas circunstâncias em que as irregularidades tenham influído decisivamente nos resultados eleitorais e o Tribunal não tenha a possibilidade de reformar o resultado do sufrágio, (...).”

III – Não é este, porém, um princípio absoluto, porquanto há vícios de tal maneira graves, insanáveis, que impede a preclusão (como, por exemplo, um candidato a Presidente da República não ser português de origem ou não ter atingido 35 anos de idade, contra o disposto nos arts. 15º, nº 3 e 122º, ou um candidato a Deputado não ser português, nem ser cidadão de um Estado de língua portuguesa com estatuto de igualdade de direitos políticos, contra o disposto no mesmo art. 15º, nº 3).

11. O regime processual

I – Têm legitimidade para interpor recursos eleitorais:

- a) No contencioso do recenseamento, qualquer cidadão eleitor, partido político ou grupo de cidadão com assento nos órgãos autárquicos da área do recenseamento⁵⁰ (arts. 60º, nº 1 e 63º da Lei nº 13/99);
- b) No contencioso das candidaturas, os candidatos e os mandatários, bem como, nas eleições parlamentares, os partidos políticos concorrentes à eleição e, nas eleições locais, os partidos e os grupos de cidadãos concorrentes (arts. 30º, nº 1 e 32º da Lei nº 14/79, art. 34º do Decreto-lei nº 267/80, art. 32º da Lei Orgânica nº 1/2001, art. 36º da Lei Orgânica nº 1/2006);
- c) No contencioso da votação e do apuramento, qualquer cidadão eleitor da assembleia de voto e qualquer dos candidatos ou dos mandatários, além de partidos e grupos de cidadãos (art. 114º do Decreto-lei nº 319-A/76, arts. 99º, nº 1 e 117º da Lei nº 14/79, art. 119º do Decreto-lei nº 267/80, art. 157º da Lei Orgânica nº 1/2001, art. 124º, nº 2 da Lei Orgânica nº 1/2006);

⁵⁰No contencioso eleitoral administrativa têm legitimidade qualquer eleitor ou elegível e, quanto às omissões nas listas eleitorais, qualquer pessoa cuja inscrição haja sido omitida (art. 98º, nº 1 do Código de Processo nos Tribunais Administrativos).

d) No contencioso de atos da Comissão Nacional de Eleições, quem se alegue parte na relação material controvertida (art. 9º do Código de Processo nos Tribunais Administrativos), o que abrange tanto pessoas singulares quanto, mormente a atos de propaganda eleitoral, partidos políticos e grupos de cidadãos (mas, sob este aspeto, o nº 2 desse art. 9º é insuficiente).

É tão ampla a legitimidade processual ativa no contencioso do recenseamento e no da votação e do apuramento que se está diante de uma verdadeira e própria ação popular^{51 52}.

II – Em regra, o recurso requer prévia formulação de reclamação, protesto ou contraprotesto. É da decisão (de indeferimento) sobre esta e não duma primeira decisão, que pode vir a recorrer-se (arts. 30º, 31º e 117º, nº 1 da Lei nº 14/79)⁵³.

Só não é assim na admissão das candidaturas a Presidente da República, em que cabe logo recurso da decisão da secção para o plenário do Tribunal Constitucional (arts. 93º e 94º da Lei nº 28/82).

III – Existe apenas uma instância de recurso: o Tribunal Constitucional em plenário (arts. 35º, nº 1 e 118º, nº 4 da Lei nº 14/79, arts. 33º e 120º do Decreto-lei nº 267/80, de 8 de agosto, arts. 94º, nºs 1, 34 e 5, 98º, nº 2, 101º, nº 1, 102º-B, nº 5 e 102º-C, nº 4 da Lei nº 28/82, art. 158º da Lei Orgânica nº 1/2001).

Só não é assim, como já se disse, relativamente à inscrição de cidadãos no recenseamento eleitoral.

IV – Os processos eleitorais são processos urgentes pela natureza das coisas, como é intuitivo⁵⁴.

⁵¹Cfr., entre tantos, acórdão nº 262/85, de 29 de novembro, in *Diário da República*, 2ª série, nº 64, de 18 de março de 1986.

⁵²*De jure condendo*, deveria encarar-se o aditamento à alínea b) do nº 3 do art. 52º da Constituição de uma referência à regularidade dos procedimentos eleitorais.

⁵³E conforme se declara no Código de Processo nos Tribunais Administrativos [art. 36º, nº 1, alínea a)].

⁵⁴Cfr. também art. 97º, nº 2, 1ª parte, do Código de Processo nos Tribunais Administrativos.

Tomando como referência as eleições para a Assembleia da República, verifica-se:

- É de dois dias o prazo de resposta das candidaturas após a publicação das listas pelo tribunal (art. 30º, nº 1 da Lei nº 14/79);
- A resposta dos mandatários deve ser dada no prazo de vinte e quatro horas (art. 30º, nºs 2 e 3);
- O juiz deve decidir dentro de vinte e quatro horas (art. 30º, nº 4);
- O recurso da decisão do juiz deve ser interposto até dois dias a contar da data de afixação das listas (art. 32º, nº 2);
- A resposta das candidaturas perante o Tribunal Constitucional deve ser emitida no prazo de vinte e quatro horas (art. 34º, nºs 2 e 3);
- O Tribunal Constitucional dispõe de quarenta e oito horas para decidir (art. 35º, nº 1) todos os recursos respeitantes a cada círculo eleitoral, através de um mesmo acórdão (art. 35º, nº 2);
- Nas assembleias de voto, as reclamações, os protestos e os contraprotostos têm de ser apresentados perante os atos a que se referem (art. 117º, nº 1);
- O recurso de decisão que então seja tomada tem de se interpor nas vinte e quatro horas imediatas (art. 118º, nº 1);
- A resposta dos mandatários é dada nas vinte e quatro horas seguintes (art. 118º, nº 2);
- O Tribunal Constitucional decide o recurso no prazo de quarenta e oito horas (art. 118º, nº 3).

V – Os processos eleitorais estão sujeitos ao princípio do contraditório (por exemplo, arts. 34º, nºs 2 e 3 e 118º, nº 3 da Lei nº 14/79, art. 64º, nº 2 da Lei nº 13/99, arts. 94º, nºs 3 e 4, e 100º, nº 2 da Lei nº 28/82).

Mas princípio do contraditório não implica forçosamente atribuição de legitimidade processual passiva. O que implica é o direito de serem ouvidos os contra-interessados, naturalmente variáveis consoante os atos e procedimentos⁵⁵.

⁵⁵Cfr. MANUEL FREIRE DE BARROS, *op. cit.*, págs. 108 e segs.; como a lei não prevê o pressuposto processual de legitimidade passiva, o recurso não deve ser rejeitado pelo facto de o recorrente não requerer a citação das entidades a quem a sua procedência possa prejudicar; é

E, evidentemente, estão sujeitos outrossim aos demais princípios inerentes à tutela jurisdicional efetiva (arts. 20º, 32º, 202º e segs. da Constituição).

VI – As irregularidades processuais que não possam influir na decisão dos recursos eleitorais devem ter-se por sanadas quando não sejam do conhecimento officioso do juiz e nenhum dos interessados tenha invocado qualquer nulidade⁵⁶.

VII – Por último, sobre o que tem sido a jurisprudência do Tribunal Constitucional português em matéria eleitoral, salienta Armindo Ribeiro Mendes (que foi seu juiz) que ela tem sido rigorosa quanto *ao cumprimento das formalidades e prazos* (basta referir as decisões repetidas de não conhecimento dos recursos por extemporaneidade, por falta de elementos instrutórios – cuja obtenção não é admitida por via officiosa – ou por falta de reclamação legal, quando esta seja exigida para que possa recorrer-se da decisão final) *e quanto às exigências seriedade, liberdade e democraticidade dos actos do processo eleitoral*⁵⁷.

sobre o tribunal que impede o dever de notificar os contra-interessados para se pronunciarem, querendo, sobre o alegado pelo recorrente na sua petição.

⁵⁶ Acórdão nº 263/85 de 29 de novembro, in *Diário da República*, 2ª série, de 18 de março de 1986.

⁵⁷ *Op.cit., loc.cit.*, págs. 19 e segs.