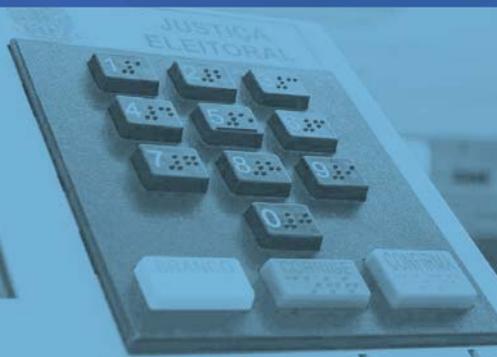




# ESTUDOS ELEITORAIS

Volume 11 - Número 1

Janeiro/Abril 2016



# **ESTUDOS ELEITORAIS**

Volume 11 - Número 1

Janeiro/Abril 2016

© 2016 Tribunal Superior Eleitoral

É proibida a reprodução total ou parcial desta obra sem a autorização expressa dos autores.

Secretaria de Gestão da Informação  
SAFS, Quadra 7, Lotes 1/2  
70070-600 – Brasília/DF  
Telefone: (61) 3030-9225

*Secretário-Geral da Presidência*  
Luciano Felício Fuck

*Diretor-Geral*  
Maurício Caldas de Melo

*Diretor da EJE*  
Ministro João Otávio de Noronha

*Secretária de Gestão da Informação*  
Janeth Aparecida Dias de Melo

*Editoração e revisão editorial*  
Coordenadoria de Editoração e Publicações (Cedip/SGI)

*Editoração*  
Seção de Editoração e Programação Visual (Seprov/Cedip/SGI)

*Capa e projeto gráfico:*  
Virginia Soares

*Revisão editorial*  
Seção de Preparação e Revisão de Originais (Seprev/Cedip/SGI)

*Revisão e normalização técnica*  
Caroline Sant' Ana Delfino

As ideias e opiniões expostas nos artigos são de responsabilidade exclusiva dos autores e podem não refletir a opinião do Tribunal Superior Eleitoral.

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)  
(Tribunal Superior Eleitoral – Biblioteca Alysson Darowish Mitraud)

Estudos eleitorais / Tribunal Superior Eleitoral. - Vol. 1, n. 1  
(1997) - . - Brasília : Tribunal Superior Eleitoral, 1997- .  
v. ; 24 cm.  
Quadrimestral.  
Suspensa de maio de 1998 a dez. 2005, e de set. 2006 a  
dez. 2007.

ISSN 1414-5146

I. Tribunal Superior Eleitoral.

CDD 341.2805

## **Tribunal Superior Eleitoral**

### **Presidente**

Ministro Gilmar Mendes

### **Vice-Presidente**

Ministro Luiz Fux

### **Ministros**

Ministra Maria Thereza de Assis Moura

Ministro Herman Benjamin

Ministro Henrique Neves

Ministra Luciana Lóssio

### **Procurador-Geral Eleitoral**

Rodrigo Janot Monteiro de Barros

## **Coordenação da Revista Estudos Eleitorais**

Ministro João Otávio de Noronha

### **Conselho Científico**

Ministro Ricardo Lewandowski

Ministra Nancy Andrighi

Ministro Aldir Guimarães Passarinho Junior

Ministro Hamilton Carvalhido

Ministro Marcelo Ribeiro

Álvaro Ricardo de Souza Cruz

André Ramos Tavares

Antonio Carlos Marcato

Clèmerson Merlin Clève

Francisco de Queiroz Bezerra Cavalcanti

José Jairo Gomes

Luís Virgílio Afonso da Silva

Marcelo de Oliveira Fausto Figueiredo Santos

Marco Antônio Marques da Silva

Paulo Bonavides

Paulo Gustavo Gonet Branco

Paulo Hamilton Siqueira Junior

Walber de Moura Agra

Walter de Almeida Guilherme

### **Composição da EJE**

#### **Diretor**

Ministro João Otávio de Noronha

#### **Vice-Diretora**

Dra. Angela Cignachi Baeta Neves

#### **Secretária-Geral**

Dra. Cristiana Duque de Faria Pereira

#### **Servidores**

Ana Karina de Souza Castro

Quéren Marques de Freitas da Silva

Rodrigo Moreira da Silva

#### **Colaboradores**

Caroline Sant' Ana Delfino

Keylla Cristina de Oliveira Ferreira

# SUMÁRIO

Apresentação .....	7
Lei de Acesso à Informação: democracia e transparência na gestão pública contemporânea ANDREA ORMOND .....	9
Assento constitucional do rol de condutas vedadas, taxatividade de suas disposições e plasticidade do abuso do poder político no ordenamento jurídico HELIO DEIVID AMORIM MALDONADO.....	27
Sistemas eleitorais e propostas de reforma política no Brasil JOSAFÁ DA SILVA COELHO.....	65
Do direito de votar ao dever de participar: uma proposta para a melhoria da qualidade da democracia brasileira MATHEUS PASSOS SILVA.....	93
A ampliação da competência jurisdicional da Justiça Eleitoral: muito além do processo eleitoral VINÍCIUS DE OLIVEIRA .....	117
Dos inconvenientes do voto impresso: memória da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.543 VOLGANE OLIVEIRA CARVALHO .....	139



---

## APRESENTAÇÃO

A Escola Judiciária Eleitoral do Tribunal Superior Eleitoral (EJE/TSE) apresenta ao prezado leitor o primeiro número da revista *Estudos Eleitorais* de 2016, composto de seis artigos.

No primeiro artigo, *Lei de Acesso à Informação: democracia e transparência na gestão pública contemporânea*, Andrea Ormond versa a respeito da Lei nº 12.527/2011, por meio da qual os cidadãos usufruem de garantias legais para o pleno exercício do direito fundamental à informação. A autora investiga a LAI e o seu impacto na gestão pública contemporânea, partindo da análise dos direitos fundamentais presentes na Carta Magna para então esmiuçar as pretensões da Lei e da administração pública e apresentar acórdãos do Tribunal Superior Eleitoral, do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça.

Helio Deivid Amorim Maldonado, autor do segundo artigo, *Assento constitucional do rol de condutas vedadas, taxatividade de suas disposições e plasticidade do abuso do poder político no ordenamento jurídico*, aborda a criação do rol de condutas vedadas aos agentes públicos em campanha decorrente da Lei nº 9.504, a Lei das Eleições, que estipula restrições às atividades administrativas características do poder público no período eleitoral. Explicita-se a importância das condutas vedadas em relação ao abuso do poder político e à isonomia entre os candidatos.

O terceiro artigo, *Sistemas eleitorais e propostas de reforma política no Brasil*, retrata os sistemas eleitorais como arranjos da democracia representativa, sendo o sistema majoritário, o sistema proporcional e o sistema misto os empregados nos países democráticos. O autor, Josafá da Silva Coelho, salienta em sua discussão a importância de o debate sobre reforma política e sobre sistemas eleitorais alcançar as ruas.

O artigo *Do direito de votar ao dever de participar: uma proposta para a melhoria da qualidade da democracia brasileira*, de Matheus Passos Silva, tem como escopo a qualidade da democracia brasileira. Tenciona-se denotar a insuficiência da atual percepção de participação política com enfoque exclusivo no ato de votar para a concretização do princípio democrático no Brasil. Para tanto, o autor preconiza o conceito da participação política como dever fundamental do cidadão, a qual se deve fazer presente além da época eleitoral.

Em *A ampliação da competência jurisdicional da justiça eleitoral: muito além do processo eleitoral*, de Vinícius de Oliveira, busca-se analisar e precisar a competência de jurisdição da Justiça Eleitoral. A diligência apura as funções da Justiça Eleitoral, as normas constitucionais e infraconstitucionais a respeito de sua competência e a amplitude de sua jurisdição, verificando que não há base que justifique restrição da sua competência a atos e fatos ocorridos apenas no momento eleitoral.

No último artigo, intitulado *Dos inconvenientes do voto impresso: memória da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.543*, Volgane Oliveira Carvalho examina a Lei nº 13.165/2015, responsável por recriar o voto impresso no Brasil. A autora expõe a possibilidade da criação de indesejada distinção entre os eleitores na prática do sufrágio e a possibilidade de quebra do sigilo do voto, indicando que retirar do processo de controle de constitucionalidade o princípio da vedação do retrocesso sob o argumento de que aumenta normas infraconstitucionais à dignidade constitucional não é ação cabível.

A Escola Judiciária Eleitoral, com mais um número da revista *Estudos Eleitorais*, reafirma seu empenho na valorização dos estudos eleitorais, sobretudo no que tange à abordagem histórica, teórica e prática de temas como cidadania e democracia; e incentiva novas colaborações nessa relevante área do saber humano.

# LEI DE ACESSO À INFORMAÇÃO: DEMOCRACIA E TRANSPARÊNCIA NA GESTÃO PÚBLICA CONTEMPORÂNEA<sup>1</sup>

## ACCESS TO INFORMATION ACT: DEMOCRACY AND TRANSPARENCY IN CONTEMPORARY PUBLIC MANAGEMENT

ANDREA ORMOND<sup>2</sup>

### RESUMO

A transparência nas relações entre o Estado e os cidadãos é um fenômeno da gestão pública contemporânea. Nesse sentido, a Lei de Acesso à Informação (Lei nº 12.527/2011) auxilia o diálogo entre

<sup>1</sup> Artigo recebido em 8 de setembro de 2015 e aprovado para publicação em 20 de novembro de 2015.

<sup>2</sup> Especialista em Direito Administrativo pela UCAM/RJ. Graduada em Direito e em Letras pela PUC/RJ. Ex-advogada parecerista da Companhia Paulista de Trens Metropolitanos. Analista judiciária do TRT da 1ª Região.

particulares e entidades públicas. Por meio dela, os cidadãos usufruem de garantias legais para o pleno exercício do direito fundamental à informação; direito que jaz na raiz dos interesses públicos primários a serem perseguidos pelo Estado. Acórdãos dos egrégios Tribunal Superior Eleitoral, Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça tornam clara a centralidade da matéria, consagrada na Carta de 1988. Conclui-se, por fim, que o acesso à informação é uma ferramenta democrática para o incremento da cidadania na República brasileira.

**Palavras-chave:** Direitos fundamentais. Informação. Democracia. Transparência. Gestão pública.

## ABSTRACT

Transparency among citizens and State is a phenomenon in contemporary public management. The "Access to Information Act" (Brazilian Federal Law nº 12.527/2011) enhances the dialogue between individuals and public entities. Citizens may benefit from legal guarantees in order to exercise the fundamental right to information, which lies at the core of primary public interests. Decisions from the nation's courts – TSE, STF and STJ – ensure the relevance of such fundamental right, established in 1988's Constitution. As an ultimate observation, one must conclude that access to information is a democratic strategy for the evolution of citizenship in the Brazilian Republic.

**Keywords:** Fundamental rights. Information. Democracy. Transparency. Public management.

*[...] a máquina do mundo se entreabriu  
para quem de a romper já se esquivava  
e só de o ter pensado se carpia [...]*

Carlos Drummond de Andrade (1991, p. 121)

## 1 Introdução

Em *A máquina do mundo*, Carlos Drummond de Andrade (1991, p.121) descreve a chegada do conhecimento e o modo com que se

abrem as portas para o novo mundo, *i.e.*, para a “máquina do mundo”. Abrem-se os olhos até mesmo daqueles que se esquivavam e “se carpiam” com medo, diante do desconhecido.

No território jurídico, o acesso à informação é direito fundamental; consagrado, portanto, a toda humanidade. Informação é elemento central nos regimes democráticos e, conseqüentemente, faz-se necessário analisarmos a *efetividade* daquele direito. Vale dizer, é mister investigarmos a sua concretude no cotidiano dos cidadãos.

A Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011, estabeleceu parâmetros claros para normas previstas na Carta de 1988 – quais sejam: art. 5º, XXXIII; art. 37, § 3º, II; art. 216, § 2º. Trata-se de normas que cuidam da transparência das informações do Estado.

Em razão de seu objeto, a Lei nº 12.527/2011 foi rapidamente batizada como Lei de Acesso à Informação (LAI). Reza o diploma que as informações do poder público devem ser acessíveis aos cidadãos, *tout court*, excetuados os casos de necessário sigilo.

O presente estudo investiga a sistemática da Lei nº 12.527/2011 e o seu impacto na gestão pública contemporânea. Para tanto, parte-se, inicialmente, da análise dos direitos fundamentais que o diploma carrega. A seguir, são examinados os desideratos da referida lei e os da administração pública. Por derradeiro, apresentam-se acórdãos do e. Tribunal Superior Eleitoral, ladeados por decisões do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça.

De todo esse *continuum* de ideias, percebe-se que, em vez de mero “administrado”, o cidadão é hoje partícipe de uma nova dinâmica institucional. Nesse sentido, a Lei nº 12.527/2011 é uma ferramenta de relevo, como teremos a oportunidade de observar.

## 2 Panorama da Lei nº 12.527/2011: *ratio* e direitos fundamentais

A ementa da Lei nº 12.527/2011 (Lei de Acesso à Informação – LAI) abriga uma ampla margem de atuação para o legislador. Abrange normas

constitucionais – art. 5º, XXXIII; art. 37, § 3º, II; e art. 216, § 2º<sup>3</sup> – e normas ordinárias – Lei nº 8.112/1990, Lei nº 11.111/2005 e Lei nº 8.159/1991<sup>4</sup>. Por cautela, em vez de vigência imediata, o art. 47 fixou um interregno de 180 dias após a publicação da LAI em 18.11.2011, para que entrasse em vigor em 16.5.2012.

O *microssistema* da LAI estabelece comandos para o Executivo, o Legislativo, o Judiciário, o Ministério Público e os tribunais de contas (art. 1º, § único, I). No plano do Executivo Federal, por exemplo, o diploma foi regulamentado pelo Decreto nº 7.724/2012. No âmbito do Tribunal Superior Eleitoral, a missão regulamentadora encontra-se a cargo da novel Resolução-TSE nº 23.435/2015.

Note-se que a LAI não se resume à União – entidade do pacto federativo donde se originou. Estende-se igualmente aos estados, aos municípios e ao Distrito Federal (art. 1º, *caput*), em atendimento à competência da União, para estabelecimento de normais gerais. Do contrário, corroer-se-ia a unidade do princípio federativo que, à evidência, é cláusula pétrea do ordenamento (CF, art. 1º, *caput* c.c. o art. 60, § 4º, I). Como bem aponta José Afonso da Silva, “as constituições brasileiras republicanas sempre tiveram um *núcleo imodificável*, preservando a Federação”<sup>5</sup>. A Carta de 1988 segue o mesmo ideário histórico.

---

<sup>3</sup> Trata-se de *cláusulas pétreas* do ordenamento, garantindo direitos individuais, *ex vi* do art. 60, 4º, IV, da Carta. Vejamos: “todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado” (art. 5º, XXXIII); “A lei disciplinará as formas de participação do usuário na administração pública direta e indireta, regulando especialmente: [...] o acesso dos usuários a registros administrativos e a informações sobre atos de governo, observado o disposto no art. 5º, X e XXXIII” (art. 37, § 3º, II); “cabem à administração pública, na forma da lei, a gestão da documentação governamental e as providências para franquear sua consulta a quantos dela necessitem” (art. 216, § 2º).

<sup>4</sup> No que se refere à Lei nº 8.112/1990, a LAI respaldou a atuação de servidores que comuniquem à autoridade superior a prática de atividades ímprobas, acrescentando o artigo 126-A e alterando a redação do artigo 116, VI, ambos do Estatuto. A LAI também revogou a totalidade da Lei nº 11.111/2005, que outrora regulamentava o art. 5º, XXXIII, da Constituição, e os artigos 22 a 24 da Lei nº 8.159/1991, que restringiam prazos e procedimentos para o acesso a documentos de arquivos públicos.

<sup>5</sup> SILVA, 2003, p. 66. Grifos do autor.

Atente-se, ainda, para o fato de que a *longa manus* da LAI é aplicada a sociedades privadas sem fins lucrativos que recebam recursos públicos, direta ou indiretamente (art. 2º). Em suma, o cerco legislativo é estendido para os entes particulares, de modo que se possa controlar os gastos orçamentários e a higidez dos cofres públicos<sup>6</sup>.

A dicção da LAI não deixa dúvidas quanto ao ponto crucial: o *direito fundamental de acesso à informação*. Diversos artigos afirmam, de modo categórico, a *ratio* do diploma. Trata-se de resguardar a cidadania e levantar o véu que porventura resida sobre as informações do Estado.

Qualquer pessoa natural ou jurídica está autorizada a requerer a apresentação dos dados provenientes de órgãos e entidades da administração pública direta e indireta (art. 1º, I c.c. II), bem como das sociedades privadas afeitas ao artigo 2º, *supra*.

O pedido não exige fundamentação extensiva, nem o porquê. Ao contrário, a exigência dos motivos determinantes é expressamente vedada (art. 10, § 3º). Basta a identificação do requerente e a especificação da informação (art. 10, *caput*), a ser prestada de modo *gratuito* – por força do direito constitucional de petição (CF, art. 5º, XXXIV, *a*) –, salvo as reproduções de documentos, quando “poderá ser cobrado exclusivamente o valor necessário ao ressarcimento do custo dos serviços e dos materiais utilizados” (art. 12, *caput*). Em se tratando de miserabilidade do requerente, o ônus do ressarcimento é excluído (art. 12, § único).

O princípio da *publicidade* (CF, art. 37, *caput*) figura como um prolongamento do acesso à informação. Vale dizer: se a pessoa natural ou jurídica requer a informação, o ente público a divulga. Nesse sentido, Ingo W. Sarlet aponta a tendência jurídica contemporânea de se evitar a “fuga para o direito privado”.

[...] é justamente evitar que os órgãos da administração venham a se furtar à vinculação aos direitos fundamentais por meio de uma atuação nas formas do direito privado,

<sup>6</sup> A propósito, consulte-se Pietro Perlingieri, acerca da *mens legis*: “É importante lembrar que das leis chega-se à norma e ao direito com uma operação que não é mecânica, mas, sim, *cultural, mediadora de interesses e de valores*” (PERLINGIERI, 2007, p. 22. Grifou-se).

resultando naquilo que os alemães costumam denominar de uma fuga para o direito privado (*Flucht in das Privatrecht*). O que importa é a constatação de que os direitos fundamentais vinculam os órgãos administrativos em todas as suas formas de manifestação e atividades, na medida em que atuam no interesse público, no sentido de um guardião e gestor da coletividade (SARLET, 2010, p. 369).

Logo, o acesso à informação é um direito fundamental e inalienável. O sigilo é mera exceção, conforme reza o paradigmático art. 3º, I, da LAI. Essa tendência espalha-se por todos os escaninhos do direito pátrio. A Res.-TSE nº 23.435/2015 dispõe, por exemplo, no *caput* do art. 3º, que as “informações de interesse geral são divulgadas no sítio eletrônico do Tribunal, *independentemente de requerimento*” (*in verbis*, grifou-se). O parágrafo único do mesmo artigo destrincha o modo como as informações são prestadas, em contato diuturno e direto com a sociedade.

No âmbito da Lei de Acesso à Informação, a dinâmica dos direitos fundamentais é destacada até mesmo no início do capítulo IV, que trata justamente das restrições do acesso à informação<sup>7</sup>. O sigilo – exceção (art. 3º, I) – é analisado segundo os graus das informações: *ultrassecretas*, *secretas* ou *reservadas*, ao teor da “sua imprescindibilidade à segurança da sociedade ou do Estado” (LAI, art. 24, *caput*).

Demais disso, a interdição é mantida tão somente por determinados lapsos de tempo (art. 24, § 1º c.c. o § 3º). Nunca *ad aeternum*. A própria *reclassificação* do grau da informação é franqueada pelo art. 27, obedecendo às regras de competência hierárquica.

Quando o pedido de informações envolver a “intimidade, vida privada, honra e imagem” de outrem, aplica-se o art. 31. Neste, o § 1º, I, estende o sigilo ao prazo máximo de cem anos, excepcionados fatos históricos de alto talante e a premissa do *nemo auditur propriam turpitudinem allegans* (art. 31, § 4º).

<sup>7</sup> Consulte-se o artigo 21: “Não poderá ser negado acesso à informação necessária à tutela judicial ou administrativa de *direitos fundamentais*. Parágrafo único. As informações ou documentos que versem sobre condutas que impliquem *violação dos direitos humanos* praticada por agentes públicos ou a mando de autoridades públicas *não poderão ser objeto de restrição de acesso*” (*in verbis*, grifamos).

Mister ressaltar, ainda, que a referida lei não exige outras hipóteses legais “de sigilo e de segredo de justiça nem as hipóteses de segredo industrial decorrentes da exploração direta de atividade econômica pelo Estado ou por pessoa física ou entidade privada” (art. 22).

Afinal, o legislador não desejou a publicidade desarrazoada, sem *discrimens*, sobre toda e qualquer matéria. O objetivo é ofertar à sociedade a transparência pública determinada nas normas da Carta de 1988 contidas no: art. 5º, XXXIII; art. 37, § 3º, II; e art. 216, § 2º. Permite-se, dessa forma, que haja *transparência ativa* (divulgação dos dados) e *transparência passiva* (prazos e procedimentos que viabilizam o acesso aos dados, v.g. LAI, arts. 10 e 11).

Por seu turno, o capítulo V da Lei de Acesso à Informação (Das responsabilidades) lista um rol de condutas que vergastam os princípios e as regras da lei (art. 32). O capítulo estabelece as infrações e as devidas sanções, aplicáveis a agentes públicos ou militares, desaguando na imputação das penalidades previstas nas leis nº 1.079/1950 e nº 8.429/1992, tratantes da *improbidade administrativa*. Repete-se, ainda, a premissa do art. 37, § 6º, da Constituição Federal, com a responsabilização do agente e o pertinente direito de regresso pelo Estado (art. 37)<sup>8</sup>.

Aspecto interessante da Lei de Acesso à Informação reside na sua convivência com o *habeas data*. O remédio constitucional assegura “o conhecimento de informações relativas à pessoa do impetrante, constantes de registros ou bancos de dados [...] de caráter público”, e a “retificação de dados, quando não se prefira fazê-lo por processo sigiloso, judicial ou administrativo” (CF, art. 5º, LXXII, *a, b*).

Com efeito, a Lei nº 9.507 já disciplina, desde 1998, o itinerário processual do remédio, que possui caráter personalíssimo.

---

<sup>8</sup> Leciona Cavalieri Filho, a respeito da figura do *agente*, prevista no art. 37, § 6º: “Sempre que a condição de agente do Estado tiver contribuído de algum modo para a prática do ato danoso, ainda que simplesmente lhe proporcionando a oportunidade para o comportamento ilícito, responde o Estado pela obrigação ressarcitória” (CAVALIERI FILHO, 2003, p. 244). De tal sorte, primeiro é ressarcida a vítima. O direito de regresso ocorre, *a posteriori*, entre o agente e o Estado, de modo a recompor o Erário.

Exsurge daí uma primeira diferença quanto à LAI. A legitimidade do *habeas data* não se transfere a terceiros e sempre advém de uma preocupação de índole particular: refere-se de modo único e exclusivo ao peticionante.

O *habeas data*, uma ação constitucional, revela competências de foro, que são enumeradas pela Constituição Federal (art. 102, I, d; art. 102, II, a; art. 105, I, b; art. 108, I, c; art. 109, VIII) e pelas constituições estaduais. No âmbito distrital, o *habeas data* é mencionado pela Lei nº 11.697/2008, que trata da organização judiciária do Distrito Federal e dos territórios (art. 8º, I, c).

Demais disso, inexistente na LAI a intervenção obrigatória do Ministério Público no feito (Lei nº 9.507/1998, art. 12). Também inexistente a necessidade de uma *pretensão resistida* para a aplicação da LAI. Determinado indivíduo simplesmente direciona seu pedido à administração, nada mais. Caberá à administração, segundo o procedimento de acesso (LAI, capítulo III), fornecer o dado ou recusá-lo, caso vislumbre hipóteses de sigilo.

O autor do *habeas data* – i.e., o peticionante na esfera judicial, alheia à esfera administrativa da LAI –, deverá obrigatoriamente ter vivenciado uma recusa no acesso à informação ou na retificação de um dado. Trata-se de construção jurisprudencial, cristalizada no artigo 8º, parágrafo único, da Lei nº 9.507/1998, que coloca a recusa como elemento da peça vestibular.

Decidiram, então, os Tribunais que o interesse de agir somente nasce quando há a sonegação das informações ou de sua retificação. É que nesse caso a denegação do pedido é que ofenderia o direito, dando ensejo à propositura da ação. Desse modo, se o interessado não postular previamente a informação ou a correção, será carecedor do *habeas data*, por falta da condição pertinente ao interesse de agir (CARVALHO FILHO, 2007, p. 900).

Ainda no terreno processual, é de se ver que a Lei nº 12.527/2011 nasceu em um momento no qual se discute a efetividade do *direito de ação*, direito considerado fundamental (CF, art. 5º, XXXV). Nesse sentido, temos aquela atuação “típica ao Estado constitucional, ou melhor, ao Estado que tem o dever de proteger os direitos fundamentais”

(MARINONI; ARENHART, 2008. v. 3, p. 45). Daí a visão de um processo garantista, aberto aos fazeres e aos não fazeres de uma sociedade multitudinária, como a atual.

Tomando esse norte, vejamos agora em qual momento a Lei nº 12.527/2011 se insere nos debates sobre a gestão pública. Vejamos quais as mudanças de cânones que ela representa para a convivência entre o indivíduo e o Estado.

### 3 A administração pública gerencial e as mudanças de cânones

Examinando a revolução dos costumes no século XX, Elisabeth Roudinesco descreve a chegada de novos núcleos familiares, que romperam a triangulação clássica de pai-mãe-filho.

Doravante, o pai divide com a mãe o poder sobre o filho, e suas antigas prerrogativas, já fortemente abaladas nas décadas recentes, ficam praticamente reduzidas a nada. A família torna-se então “co-parental”, e fala-se daí em diante em “co-parentalidade” (ROUDINESCO, 2003, p. 104).

O poder do indivíduo do sexo masculino, considerado de *per se*, acabou sendo tragado pelo último século. Convém lembrar que, no Brasil, até o ano de 1962, aplicava-se às mulheres uma espécie de *capitis diminutio*<sup>9</sup>, que começaria a ser rompida a partir da Lei nº 4.121/1962 (Estatuto da Mulher Casada).

<sup>9</sup> “A influência do individualismo patriarcal se fez presente em várias passagens do Código Civil, como, p. ex.: a) no antigo art. 6º, II, que considerava a mulher na classe dos relativamente incapazes; b) no dispositivo que outorgava ao pai o poder sobre o filho ilegítimo reconhecido, enquanto menor (art. 360); c) na competência dada ao pai para nomear tutor; d) no exercício exclusivo da chefia da sociedade conjugal pelo marido; e) na necessidade de a mulher conseguir autorização do marido para que pudesse exercer, fora do lar conjugal, qualquer profissão (art. 233); f) na proibição de a mulher casada aceitar tutela, curatela ou qualquer outro múnus público, herança, legado e mandato sem autorização do cônjuge varão (art. 242); g) na prevalência da vontade paterna no caso de discordância entre o pai e a mãe quanto ao consentimento para o filho menor casar (art. 186); h) no exercício exclusivo do pátrio poder pelo marido, enquanto perdurasse a sociedade conjugal (art. 380)” (DELGADO, 1980, p. 2).

Inúmeras efemérides, cartas constitucionais, emendas constitucionais e diplomas seguiram-se nesse ínterim. Mudanças políticas, sociais e humanas, tanto no que se refere ao ordenamento brasileiro quanto ao ordenamento externo. Trata-se de mudanças de cânones, atingindo o âmago dos direitos fundamentais. Em conhecida análise, Norberto Bobbio (2004, p. 24) diagnosticou que o estudo de tais direitos “não pode ser dissociado do estudo dos problemas históricos, sociais, econômicos, psicológicos, inerentes à sua realização: o problema dos fins não pode ser dissociado do problema dos meios”. Sob a mesma exegese, o Exmo. Ministro Luís Roberto Barroso traz a controvérsia para a esfera do Direito Constitucional.

[...] a complexidade da vida contemporânea, tanto no espaço público como no espaço privado; o pluralismo de visões, valores e interesses que marcam a sociedade atual; as demandas por justiça e pela preservação e promoção dos direitos fundamentais; as insuficiências e deficiências do processo político majoritário – que é feito de eleições e debate público; enfim, um conjunto vasto e heterogêneo de fatores influenciaram decisivamente o modo como o direito constitucional é pensado e praticado (BARROSO, 2013, p. 351).

Uma das formas de se conceber a complexidade contemporânea está na maneira com que dialogam o indivíduo e o Estado. Nas sociedades em que a *assimetria* entre as partes é vertiginosa, ocorre o arbítrio. Ao revés, quanto maior o poder atribuído aos cidadãos – que elegem representantes e constroem, *coordenadamente*, o Estado –, maior será a *simetria* entre os dois lados da mesma moeda: a cidadania e o ente estatal. A relação entre as partes há de ser *horizontal* e não vertical.

E o que é pertinente aos cidadãos, em essência – em toda sua angústia, felicidade e pluralidade – são os *direitos fundamentais*. Direitos que jazem na raiz dos interesses públicos primários. Envolvem a “*dimensão pública dos interesses individuais*, ou seja, que consistem no plexo dos interesses *dos indivíduos enquanto partícipes da Sociedade (entificada juridicamente no Estado)*” (MELLO, 2006, p. 62. Grifos do autor). Não se olvide, ainda, que a categoria dos direitos fundamentais reside no “postulado ontológico de que a essência do ser humano é uma só, não obstante a multiplicidade de diferenças, individuais e sociais, biológicas e culturais, que existem na humanidade” (COMPARATO, 2003, p. 67).

O *direito fundamental da informação* é consectário lógico desse quadro jurídico e filosófico. Pode dar origem, por exemplo, à luta pelo extermínio da corrupção e da malversação dos interesses públicos. Nessa toada, a *Convenção das Nações Unidas Contra a Corrupção* – internalizada pelo Decreto nº 5.687/2006 –, prevê que “cada Estado Parte [...] adotará medidas que sejam necessárias para aumentar a transparência em sua administração pública” (art. 10), atendendo ao fluxo de informações solicitadas pelos cidadãos.

É sobretudo digno de nota o fato de que a Convenção interliga três eixos: a *participação ativa* da cidadania no combate à corrupção; a necessidade de *transparência* pública; o acesso à *informação* (art. 13). Os três eixos são concatenados e trazem consequências drásticas para a gestão pública contemporânea. Traduzindo esse arcabouço jurídico para a ciência da administração, encontramos excertos como o seguinte.

[...] ao gestor público cabe o dever de prestar contas de suas atividades à sociedade (*accountability*), não somente agindo com integridade, mas atendendo a critérios de economicidade, eficiência e eficácia dos atos praticados (BASTOS, 2002, p. 7).

*Accountability* nada mais é do que a aplicação concreta, pelo gestor público, do dever de atuar conforme o mandato que tem em mãos. O dever de atuar conforme um gestor da coletividade e não de interesses próprios. Prestar contas, sob pena de ser responsabilizado.

Vejam os exemplos das empresas estatais. Nessas empresas – que atuam na administração pública indireta –, até mesmo o poder de controle societário não se desvincula do mandato público. Mário Engler Pinto Junior (2013, p. 338) adverte que se trata “de dirigir a atividade econômica que constitui o objeto da companhia e dispor juridicamente do patrimônio a ela vinculado [...], não no próprio interesse, e sim no interesse alheio”. Temos, em casos desse tipo, a delicada convivência entre a esfera pública – a intervenção no setor econômico (CF, art. 174) – e a esfera privada – a razoável busca do lucro.

Na gestão pública, a tensão “público *versus* privado” também é incrementada pela práxis do cotidiano. Gerir significa mobilizar ativos, recursos humanos, recursos patrimoniais e um sem número de conflitos

resultantes ao longo do processo. A gestão pública viabiliza, na prática, a caminhada do Estado.

Existem ao menos três modelos paradigmáticos para a gestão estatal: modelo patrimonialista – em que se misturam as esferas pública e privada –; modelo burocrático – em que se tenta implementar a meritocracia, com rigor espartano –; e modelo gerencial – em que, após implementada a meritocracia, trabalha-se para a otimização dos resultados. A princípio, o emblemático Decreto-Lei nº 200/1967 poderia ser tomado como o primeiro fragmento de modelo gerencial no país. Todavia, considerando o ano de sua edição – 1967, durante o regime de força –, o diploma pecou pela ausência de mecanismos institucionais para o diálogo entre o Estado e a sociedade civil. Mecanismos que são a marca indelével da administração gerencial.

Em síntese, o que se pode – e se deve – afirmar é a ideia central da gestão para o novo século: a *horizontalização* dos comportamentos e das diretrizes. Em vez de um empuxo vertical, de cima para baixo, a administração compreende que não lida com meros administrados, mas sim com cidadãos. A mudança de cânones é profunda, e outra não poderia ser a consequência das reviravoltas existenciais, na trajetória constitucional do país.

A Lei de Acesso à Informação, *ex vi* dos artigos 3º e 5º, deixa clara a proatividade que se espera atualmente dos órgãos públicos. A dicção dos dispositivos prima por *significantes* como: “acesso”, “cultura de transparência”, “controle social da administração pública”, “clareza”. Partindo-se da camada gramatical da lei, chega-se à camada ontológica. Nesta, percebe-se a correção das assimetrias informacionais, a horizontalização das diretrizes e a tendência de se possibilitar a participação ativa dos cidadãos.

O processo para se atingir esses desideratos é, obviamente, longo e de cuidadoso planejamento institucional. Planejamento, por sua vez, é “processo político que depende de informações precisas, transparência, ética, temperança, aceitação de visões diferentes e vontade de negociar e buscar soluções” (OLIVEIRA, 2006, p. 201).

Conforme visto, as soluções da Lei nº 12.527/2011 demonstram uma faceta do pensamento jurídico contemporâneo. Dão voz à sociedade pós-moderna, *pós-positivista*, com ênfase em princípios e tábuas axiológicas que impregnam o ordenamento. Trata-se de soluções que se tornam cogentes e para as quais a administração deve obrigatoriamente atentar.

#### 4 Repertório jurisprudencial

O direito à informação envolve território de vasta abrangência, pelo que selecionamos excertos das decisões lavradas pelas altas cortes nacionais. É de se notar quais são os atos administrativos submetidos à LAI. Incluem, por exemplo, os passaportes diplomáticos. *In casu*, o nome do detentor de um passaporte foi requerido por peticionante e a controvérsia ascendeu ao e. STJ. Considerou-se que a alegação, pelo autor, de “razões de Estado” não se compadecia com o interesse público.

*O nome de quem recebe um passaporte diplomático emitido por interesse público não pode ficar escondido do público. O interesse público pertence à esfera pública e o que se faz em seu nome está sujeito ao controle social, não podendo o ato discricionário de emissão daquele documento ficar restrito ao domínio do círculo do poder* (STJ, Primeira Seção, MS nº 16.179/DF, rel. Min. Ari Pargendler, julgado em 9.4.2014, DJE de 2.4.2014. Grifou-se).

Também em sede de mandado de segurança, a primeira seção do STJ entendeu que a *presunção de legitimidade dos atos administrativos milita a favor da publicidade dos mesmos*. Em sendo legítimos, descabe não torná-los públicos, se não houver justificativa legal para o sigilo (MS nº 16.903/DF, rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, julgado em 14.11.2012, DJE de 19.12.2012. Grifo nosso).

A transparência dos atos públicos é conjugada com a eterna vigília da sociedade. O controle popular incide até mesmo sobre questões de natureza fiscal: matéria que repercute no pacto federativo, competência originária do Pretório Excelso (CF, art. 102, I, f).

O sítio eletrônico gerenciado pelo Tribunal de Contas da União tem o escopo de reunir as informações tributárias e

financeiras dos diversos entes da federação em um único portal, a fim de facilitar o acesso dessas informações pelo público. [...] *A norma não representa desrespeito ao princípio federativo, inspirando-se no princípio da publicidade, na sua vertente mais específica, a da transparência dos atos do Poder Público* (STF, Tribunal Pleno, ADI nº 2198, rel. Min. Dias Toffoli, julgado em 11.4.2013, DJ de 19.8.2013. Grifo nosso).

O direito à informação há de ser calibrado, bem como os direitos gêmeos da intimidade e da privacidade. No que se refere à órbita eleitoral e às discussões em torno da ideia mesma de democracia, atente-se para o julgado do e. Tribunal Superior Eleitoral.

[...] O juízo de ponderação entre o direito do cidadão ao amplo acesso às informações relativas aos *players* da competição eleitoral e o direito à privacidade dos candidatos não prescinde da análise do lapso temporal decorrido entre a realização do pleito e a data do requerimento, além do exame das circunstâncias do caso concreto.

[...] No caso *sub examine*, além de as eleições terem ocorrido em 2012, a Requerente vem sofrendo reiteradas ameaças e constrangimentos em virtude da referida divulgação e manutenção, até o presente momento, dos seus bens pessoais no Sistema DivulgaCand, razão pela qual o equacionamento da controvérsia reclama a efetiva proteção à garantia jusfundamental da privacidade (TSE, Petição nº 49380, rel. Min. Luiz Fux, julgado em 17.3.2015, DJE de 5.5.2015).

Por derradeiro, revela-se necessária a observação das condições de agir do *habeas data*, conforme julgado em que se vislumbra o tratamento concedido pela Suprema Corte. *Ipsa facto*, tem-se, na mesma oportunidade, um panorama do regime das liberdades públicas, no ordenamento pátrio.

*O modelo político-jurídico, plasmado na nova ordem constitucional, rejeita o poder que oculta e não tolera o poder que se oculta. Com essa vedação, o constituinte pretendeu tornar efetivamente legítima, em face dos destinatários do poder, a prática das instituições do Estado. – O “habeas data” configura remédio jurídico-processual, de natureza constitucional [...]. Trata-se de relevante instrumento de ativação da jurisdição constitucional das liberdades, que representa, no plano institucional, a mais expressiva reação jurídica do Estado às*

*situações que lesem, efetiva ou potencialmente, os direitos fundamentais da pessoa, quaisquer que sejam as dimensões em que estes se projetem [...] (STF, HD nº 75/DF, rel. Min. Celso de Mello, julgado em 11.10.2006, DJ de 19.10.2006. Grifou-se).*

## 5 Conclusões

O sistema democrático previsto na Constituição Federal de 1988 possibilita o incremento da cidadania e a fruição de direitos fundamentais. Entre estes últimos, encontra-se o direito à informação, objeto da Lei nº 12.527/2011. O diploma é aplicável ao Executivo, ao Legislativo e ao Judiciário, bem como ao Ministério Público e às cortes de contas. Aplicável, ainda, à União, aos estados, aos municípios e ao Distrito Federal, além de entidades privadas que porventura utilizem recursos públicos.

O microsistema da LAI prima pela publicidade dos atos públicos e pela consequente liberdade de acesso àqueles atos. Em dispositivo emblemático, a referida lei estabelece que o sigilo é exceção (art. 3º, I): exceção discriminada expressamente, conforme graus de sigilo – ultrassecreto, secreto e reservado –, para os quais se asseguram prazos de interdição ao conhecimento público. Ademais, a LAI descreve os procedimentos e a ritualística para o acesso à informação, com a dupla-face de responsabilizar aqueles que descumpram os deveres prescritos em lei.

Sedimentando normas da Carta de 1988 – art. 5º, XXXIII; art. 37, § 3º, II; art. 216, § 2º –, a Lei de Acesso à Informação promove um diálogo entre a transparência pública e o modelo de administração gerencial.

No modelo gerencial (e contemporâneo) de administração verifica-se uma relação horizontal entre o Estado e a sociedade civil, contrária à relação vertical, que tão somente impõe ordens e arbítrio. De tal sorte, vislumbram-se mudanças de cânones na maneira com que o Estado se dirige àqueles cidadãos. Respiram-se novas soluções jurídicas para se atingir os interesses primários, que nutrem a espinha dorsal do Estado.

Referidos interesses, por sua vez, interligam-se justamente aos direitos fundamentais, o que deixa clara a centralidade do tema ora examinado. À evidência, a Lei nº 12.527/2011 fornece uma ampla base

para o controle da administração pública. Trata-se, portanto, de fomentar um sistema que revela lídima fidelidade aos anseios da democracia constitucional.

## Referências

ANDRADE, Carlos Drummond de. *Claro enigma*. 5. ed. Rio de Janeiro: Record, 1991.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

BASTOS, Glória Maria Merola da Costa. A experiência do Tribunal de Contas da União em auditoria operacional e avaliação de programas governamentais. *O controle externo e a nova administração pública: uma visão comparativa*. Brasília: Tribunal de Contas da União, 2002. p. 7-23.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988*. Presidência da República. Subchefia para Assuntos Jurídicos, Brasília, DF, 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 7 set. 2015.

\_\_\_\_\_. *Decreto nº 5.687, de 31 de janeiro de 2006*. Promulga a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, adotada pela Assembleia-Geral das Nações Unidas em 31 de outubro de 2003 e assinada pelo Brasil em 9 de dezembro de 2003. Presidência da República. Subchefia para Assuntos Jurídicos, Brasília, DF, 2006. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2004-2006/2006/Decreto/D5687.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Decreto/D5687.htm)> Acesso em: 7 set. 2015.

\_\_\_\_\_. *Lei nº 9.507, de 12 de novembro de 1997*. Regula o direito de acesso a informações e disciplina o rito processual do *habeas data*. Presidência da República. Subchefia para Assuntos Jurídicos, Brasília, DF, 1997. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19507.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19507.htm)> Acesso em: 7 set. 2015.

\_\_\_\_\_. *Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011*. Regula o acesso a informações previsto no inciso XXXIII do art. 5º, no inciso II do § 3º do art. 37 e no § 2º do art. 216 da Constituição Federal; altera a Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990; revoga a Lei nº 11.111, de 5 de maio de 2005, e dispositivos da Lei nº 8.159, de 8 de janeiro de 1991; e dá outras providências. Presidência da República. Subchefia para Assuntos Jurídicos, Brasília, DF, 2011. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2011/lei/l12527.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12527.htm)> Acesso em: 7 set. 2015.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Primeira Seção. MS 16.903/DF, Relator Ministro Arnaldo Esteves Lima, j. 14.11.2012, *DJE* de 19.12.2012. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 7 set. 2015.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. MS 16.179/DF, Relator Ministro Ari Pargendler, j. 9.4.2014, *DJE* de 25.4.2014. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 7 set. 2015.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. HD 75/DF, Relator Ministro Celso de Mello, j. 11.10.2006, *DJ* de 19.10.2006. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 7 set. 2015.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. *ADI* no 2198, Relator Ministro Dias Toffoli, j. 11/4/2013, *DJ* 19/8/2013. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 07 set. 2015.

\_\_\_\_\_. Tribunal Superior Eleitoral. *Resolução nº 23.435, de 5 de fevereiro de 2015*. Regulamenta a aplicação, no âmbito do Tribunal Superior Eleitoral, da Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011, que versa sobre o acesso à informação. Brasília: Tribunal Superior Eleitoral, 2015. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br>>. Acesso em: 7 set. 2015.

\_\_\_\_\_. Tribunal Superior Eleitoral. *Petição nº 49.380*, Relator Ministro Luiz Fux, j. 17.3.2015, *DJE* de 5.5.2015. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br>>. Acesso em: 7 set. 2015.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 17. ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. São Paulo: Malheiros, 2003.

COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2003.

DELGADO, José Augusto. *Estatuto da mulher casada: efeitos da lei 4.121/62*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 69, n. 539, p. 20-24, set. 1980. Disponível em: <[http://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/16157/Estatuto\\_Mulher\\_Casada.pdf](http://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/16157/Estatuto_Mulher_Casada.pdf)>. Acesso em: 7 set. 2015.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Curso de processo civil: execução*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. v. 3.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

OLIVEIRA, José Antônio Puppim de. Repensando políticas públicas: por que frequentemente falhamos no planejamento? *Estado e gestão pública: visões do Brasil contemporâneo*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006. p. 189-204.

PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil: introdução ao Direito Civil Constitucional*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

PINTO JUNIOR, Mario Engler. *Empresa estatal: função econômica e dilemas societários*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

ROUDINESCO, Elisabeth. *A família em desordem*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2003.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional positivo*. 22. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2003.

ASSENTO CONSTITUCIONAL DO  
ROL DE CONDUTAS VEDADAS,  
TAXATIVIDADE DE SUAS  
DISPOSIÇÕES E PLASTICIDADE DO  
ABUSO DO PODER POLÍTICO NO  
ORDENAMENTO JURÍDICO<sup>1</sup>

ASSENTO CONSTITUCIONAL DO ROL DE CONDUTAS VEDADAS, TAXATIVIDADE DE SUAS  
DISPOSIÇÕES E PLASTICIDADE DO ABUSO DO PODER POLÍTICO NO ORDENAMENTO JURÍDICO

HELIO DEIVID AMORIM MALDONADO

SEAT OF THE CONSTITUTIONAL ROLE OF  
CONDUITS SEALED, TAXATIVIDADE OF ITS  
PROVISIONS AND PLASTICITY OF THE ABUSE  
OF POLITICAL POWER IN THE LEGAL SYSTEM

HELIO DEIVID AMORIM MALDONADO<sup>2</sup>

---

<sup>1</sup> Artigo recebido em 8 de setembro de 2015 e aprovado para publicação em 24 de novembro de 2015.

<sup>2</sup> Advogado. Membro da Comissão de Direito Eleitoral da OAB/ES. Especialista em Direito Público. Especialista em Fazenda Pública em Juízo. Mestrando em Direitos e Garantias Fundamentais. Professor Palestrante. Autor de livro e artigos jurídicos.

## RESUMO

Haja vista a introdução no ordenamento jurídico do instituto da reeleição pela Emenda Constitucional nº 16, sobreveio, na Lei nº 9.504, como reação legislativa contra aquilo que é intuitivo – o uso da máquina pública em favor do titular do poder –, a criação do rol de condutas vedadas aos agentes públicos em campanha, estabelecendo restrições às atividades tipicamente administrativas do Poder Público no período eleitoral. Entrementes, para compreensão de sua extensão, necessária é a compreensão de que as condutas vedadas são espécies do gênero abuso do poder político, que tem como finalidade subjacente a realização da isonomia entre os candidatos concorrentes no pleito eleitoral.

**Palavras-chave:** Instituto reeleição. Condutas vedadas. Rol taxativo. Completude. Ordenamento. Ativismo judicial.

## SUMMARY

Since the introduction in the legal system of the Institute of re-election by constitutional amendment 16, as legislative reaction against what is intuitive, that is the use of the public machine in favor of the holder of the power, behold, in law No. 9,504 the creation of list of prohibited conducts public officials in the campaign, establishing restrictions on activities in Public administration typically election period. Meanwhile, for understanding of its extent, required is the understanding that the ducts sealed are species of the genus abuse of political power, which has as purpose underlying the achievement of equality among the candidates competing in the election constituency.

**Keywords:** Office Re-election. Conduct prohibited. List is exhaustive. Completeness Land. Judicial activism.

## 1 Introdução

Justificando formar corpos administrativos estáveis, o então Deputado Federal Mendonça Filho propôs nova redação ao § 5º, do

artigo 14, da Constituição Federal de 1988, estabelecendo o instituto da reeleição no ordenamento jurídico eleitoral pátrio.

Permitia-se, assim, em última análise, o exercício do poder soberano do povo, preconizado pelo parágrafo único, do art. 1º, da Carta Magna, por meio do sufrágio, para manutenção da administração bem sucedida<sup>3</sup> no poder.

Impulsionada pela adesão do chefe do Poder Executivo Federal, em 4 de junho de 1997, na data limite para vigência e eficácia nas eleições de 1998<sup>4</sup>, foi publicada a Emenda Constitucional nº 16, trazendo a seguinte novel redação para o objeto de sua reforma: “[...] § 5º O Presidente da República, os Governadores de Estado e do Distrito Federal, os Prefeitos e quem os houver sucedido, ou substituído no curso dos mandatos poderão ser reeleitos para um único período subsequente.”

Destarte, doravante, ficou estabelecido, no cenário jurídico eleitoral, o instituto da reeleição, permitindo-se ao chefe do Poder Executivo de todas as esferas do poder a continuidade do exercício da governança durante o período eleitoral para a disputa subsequente do mesmo mandato.

Em verdade, a inovação trazida pelo poder constituinte reformador é parcial. Isso porque, em sua redação original o § 9º, do artigo 14, da Lei Fundamental, determinava que competisse a lei complementar estabelecer outros casos de inelegibilidade (e os prazos de sua cessação) que não previstos na Constituição. Sendo a norma tratada de eficácia limitada<sup>5</sup>, competiu à Lei Complementar nº 64/1990

<sup>3</sup> Nada obstante a praxe política tenha demonstrado que o instituto da reeleição acarreta a personificação do candidato, tornando problemática a consolidação da partiocracia decorrente da exigência de filiação partidária como requisito de elegibilidade, *ex vi* do artigo 14, § 3º, inciso V, da Constituição Federal.

<sup>4</sup> Nos termos do art. 1º da Lei nº 9.504/1997, as eleições, quer sejam gerais (presidente, governador, senador, deputado federal e estadual), quer sejam municipais (prefeito e vereador), sempre ocorrerão na data do primeiro domingo de outubro do ano da Eleição. E, segundo o princípio da anualidade da lei eleitoral, previsto no art. 16 da Constituição Federal, a lei que alterar o processo eleitoral somente tem eficácia um ano após sua vigência.

<sup>5</sup> Conclusão exposta pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 144/2008.

sua regulamentação. Logo, na leitura a *contrario sensu* da Lei de Inelegibilidades, sempre foi cedida a possibilidade de reeleição daqueles mandatários de cargos políticos do Poder Legislativo (sem necessidade de desincompatibilização<sup>6</sup>), desde que para a disputa da mesma função exercida.

Em todo caso, foi a partir da Emenda Constitucional nº 16/1997 que ficou permitido o uso do instituto da reeleição para todos os cargos mandatários dos poderes Executivo e Legislativo.

Diante desse panorama, houve uma imediata reação legislativa contra aquilo que é intuitivo, ou seja, o uso da máquina pública em favor de campanha eleitoral do seu titular.

Nesse diapasão, em 30 de setembro de 1997 foi publicada a Lei nº 9.504/1997, trazendo em seu bojo os arts. 73 *usque* 79, no capítulo específico Das condutas vedadas aos agentes públicos em campanha eleitoral.

A partir de então, a legislação eleitoral impõe uma série de restrições, durante o período da campanha, às atividades do agente público.

A introdução das condutas vedadas no ordenamento jurídico eleitoral como contraponto ao instituto da reeleição cumpre a missão do Estado em estabelecer garantias ao cidadão “voltadas a permitir que a opção eleitoral seja alcançada de forma livre de coações morais ou materiais e que seu exercício se dê sem a intercorrência de quaisquer modalidades de fraude” (REIS, 2012, p. 78-79).

Pela formatação de proposições prescritivas que veiculam imperativos hipotéticos negativos, nas condutas vedadas durante a campanha eleitoral, por parte de agente público, buscou-se evitar o emprego da máquina pública como elemento de desequilíbrio na disputa eleitoral, mantendo-se, de todo o modo, a igualdade formal almejada pela cabeça do art. 5º da Constituição Federal.

---

<sup>6</sup> Mecanismo de superação de hipótese de inelegibilidade inata; isto é, decorrente do exercício de cargo/função pública.

A *mens legis* indicada alhures está cristalizada na própria dicção do art. 73 da Lei nº 9.504/1997, que diz que as condutas lá descritas são todas “tendentes a afetar a igualdade de oportunidades entre candidatos nos pleitos eleitorais”.

E somente pela salvaguarda da igualdade de condições entre os concorrentes é que estará guarnecida a legitimidade da representação popular, pois se é certo que o poder soberano emana do povo, tal exercício de soberania somente é realizável indiretamente, nos termos do art. 14 da Carta Magna, pela eleição de seus representantes, por meio do sufrágio universal e pelo voto direto e secreto.

Em contrapartida, em atenção ao princípio da estrita legalidade administrativa, cujo assento encontra-se no art. 37 da Lei Magna, deve ser observado que o rol de condutas vedadas traz uma gama de limitações às atividades tipicamente administrativas do poder público, de modo que se pretende, no presente trabalho, a partir da construção de alicerces juridicamente razoáveis: (1) a investigação da taxatividade ou não do rol de condutas vedadas disciplinadas na Lei nº 9.504/1997, bem como a investigação subsequente (2) a investigação da presença de lacuna no ordenamento jurídico, quanto ao regramento de condutas outras passíveis de configuração, como abuso do poder político e sua possível solução de incompletude.

## 2 Das fontes às normas: inevitável trajetória

A norma jurídica, na concepção de Bobbio (2005, p. 69-102), no seu aspecto formal, é uma proposição<sup>7</sup> prescritiva<sup>8</sup> que tem em seu núcleo

---

<sup>7</sup> Conjunto de palavras que possuem um significado em sua unidade. Já o enunciado é a forma gramatical e linguística pela qual um determinado significado é expresso. Desse modo, uma mesma proposição pode ter enunciados diversos, e o mesmo enunciado pode exprimir proposições diversas.

<sup>8</sup> Prescreve comandos/conselhos/advertências para influir no comportamento de outrem. A influência no comportamento alheio é direta. Seu destinatário consente quando executa o comando da prescrição.

um hipervalivo hipotético<sup>9</sup>, composta de um sujeito e um predicado<sup>10</sup>, que reúne um conjunto de palavras que lhe dão sentido a partir de sua unidade, diferenciando-se, em substância, de seu enunciado veiculador, que é sua forma gramatical e linguística.

Em outras palavras, “prescritivo não é o enunciado (se não, talvez, por metonímia), mas antes o modo de usá-lo, ou o ato da linguagem executado mediante o seu proferimento” (GUASTINI, p. 2005, p. 56).

Nesse diapasão, não há correspondência biunívoca entre enunciado e norma, pois a lei afigura-se como fonte primária do Direito, e a norma, como extração do significado do enunciado linguístico, a partir da reformulação feita pelo intérprete.

Destarte, interpretar é decidir o significado de um texto legislativo, produzindo a norma. Ou seja, a norma jurídica é produto da atividade interpretativa do intérprete<sup>11</sup>.

Ocorre que a interpretação não toma como ponto de partida um significado previamente dado pelo enunciado normativo, exigindo do exegeta a reconstrução dos sentidos do texto normativo<sup>12</sup>.

E, para ser realizada tal reconstrução de significado, deve ser levada em consideração a interligação umbilical entre interpretação e aplicação, pois “não se busca um sentido para uma norma senão com o objetivo de conformar a vida social” (MENDES; BRANCO, 2012, p. 90).

Sobre a titularidade do estado-juiz encontrar os sentidos da norma, escreve José Rodrigo Rodriguez (2002, p. 285):

---

<sup>9</sup> Imperativos hipotéticos são aqueles que prescrevem uma ação boa para atingir um fim, isto é, uma ação que não é boa em sentido absoluto, mas boa somente quando se deseja ou se deve atingir um fim determinado e, assim, é cumprida condicionalmente para obtenção do fim.

<sup>10</sup> No âmbito da relação jurídica existe uma interdependência entre comando e sanção, de modo que o comando põe frente à frente dois sujeitos, atribuindo a um uma faculdade/preensão e impondo a outro um dever ou uma obrigação correspondente.

<sup>11</sup> A orientação também é colhida em Ricardo Guastini (2005, p. 133).

<sup>12</sup> Abandona-se a ideia de que a aplicação do direito envolve uma atividade de subsunção entre conceitos prontos antes mesmo do processo de aplicação.

A interpretação jurídico-científica não pode fazer outra coisa senão estabelecer as possíveis significações de uma norma jurídica. Como conhecimento do seu objecto, ela não pode tomar qualquer decisão entre as possibilidades por si mesma reveladas, mas tem de deixar tal decisão ao órgão que, segundo a ordem jurídica, é competente para aplicar o direito.

Logo, sendo o Estado o destinatário da norma jurídica<sup>13</sup>, no exercício da jurisdição<sup>14</sup>, a interpretação judicial da fonte primária<sup>15</sup> é orientada para os fatos, “já que o raciocínio judicial é sempre impulsionado por um preciso caso particular concreto” (GUASTINI, 2005, p. 73).

Nessa trilha, na atividade interpretativa judicial, são colocados em paralelo o fato condicionante (hipótese normativa) e a consequência oriunda de sua verificação, sendo que no processo silogístico de subsunção<sup>16</sup> do fato à norma, a premissa maior é o enunciado prescritivo geral, a premissa menor é o enunciado descritivo (sobre o qual incidirá o juízo de verificação empírica), para que se faça, em arremate, a conclusão final pela formação de um enunciado prescritivo individual, apto a instituir as consequências normativas previstas no caso concreto.

Entrementes, nessa atividade interpretativa, o intérprete deve fazer controle da profusão de sentidos que emergem do seu subjetivismo.

Dado o monopólio estatal do exercício da jurisdição, o direito de ação é exercido sob o enfoque de previsibilidade da execução das normas jurídicas (ideário de segurança jurídica, axiologicamente embutido na cabeça do art. 5º da Constituição Federal). Desse modo, a fim de se garantirem esses valores, necessário é que o julgador respeite os limites traçados pelo ordenamento jurídico para o exercício de sua atividade.

---

<sup>13</sup> O carácter da norma jurídica está no fato de sua eficácia ser reforçada pela heterotutela.

<sup>14</sup> O surgimento do direito de ação ocorre quando, na relação jurídica, o sujeito ativo quer exigir uma ação positiva/negativa do sujeito passivo, ou mesmo criar/modificar/alterar uma dada relação jurídica, sendo a pretensão resistida por esse último.

<sup>15</sup> Suplantada pelas fontes secundárias de integração da norma jurídica, em que se destaca o papel da doutrina, que extrai o significado do texto normativo em carácter abstrato.

<sup>16</sup> Inclusão de um caso particular concreto no caso particular abstrato previsto por uma norma.

Obviamente, então, a legislação serve como primeira barreira de contenção ao arbítrio da atividade interpretativa. “Daí se dizer que interpretar é construir a partir de algo, por isso significa reconstruir: a uma, porque utiliza como ponto de partida os textos normativos, que oferecem limites à construção de sentidos” (ÁVILA, 2007, p. 30).

Ao seu lado, serve de balança interpretativa do enunciado linguístico a realização do seu núcleo de sentido, de modo que o intérprete deve compreender o dispositivo legal realizando suas versões de significado correspondentes com os fins e os valores que consagram a fonte da onde emanou<sup>17</sup>.

Tal busca de realização do estado de coisas preconizado pela norma jurídica, quando da atividade de sua interpretação, está positivada no art. 5º do Decreto-Lei nº 4.657/1942, que diz: “na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum”.

Assim, a atividade do juiz-intérprete é concebida como modalidade de razão prática (dever de coerência e justificação pela fundamentação, nos moldes exigidos pelo art. 93, inciso IX, da Lei Maior), sujeita a método científico e passível de controle<sup>18</sup>. Isto é, na interpretação “a ideia de racionalidade jurídica aproxima-se da ideia do razoável e deixa de se identificar à lógica formal das ciências exatas” (SARMENTO, 2009, p. 16-17)<sup>19</sup>.

### 3 Constituição e seu eixo gravitacional no ordenamento jurídico

No pós-guerra, como fenômeno do mundo ocidental, as constituições passaram a ir além do estabelecimento de estruturas

---

<sup>17</sup> Similar é o pensamento desenvolvido por Humberto Ávila (2007, p. 35).

<sup>18</sup> Internamente, pelo princípio do duplo grau de jurisdição, como corolário lógico do art. 5º, inciso LV, da Constituição Federal, pelo manejo de recurso, prolongando a relação jurídica processual, submetendo à análise da interpretação/execução à uma instância *ad quem*.

<sup>19</sup> Pela defesa da legislação e realização dos fins sociais da norma como mecanismo de controle da profusão de sentidos do intérprete, registra, no âmbito da hermenêutica eleitoral, José Jairo Gomes (2010, p. 23).

orgânicas de funcionamento do Estado, para estabelecerem estruturas dogmáticas de direitos fundamentais, realizando uma gama sem fim de estado de coisas, como elementos estruturantes de uma sociedade fundada nos valores da liberdade, justiça e solidariedade<sup>20 21</sup>.

No Direito brasileiro, o neoconstitucionalismo ganhou forma e corpo a partir do advento da Constituição Federal de 1988, sendo que a Constituição Cidadã preconizou uma gama invejável<sup>22</sup> de direitos fundamentais.

A partir do paradigma do neoconstitucionalismo, a Constituição Federal passa a ser o eixo gravitacional de todo o ordenamento jurídico, pelo que as demais normas do sistema retiram seu fundamento de validade diretamente da Lei Fundamental, devendo-lhe compatibilidade formal e material.

Emerge da função periférica da Constituição o conceito de lei em sentido material, conforme explicita o português Jorge Miranda (2011, p. 422-423):

Lei em sentido material não é apenas a lei enquanto dotada de generalidade. É a lei, repetimos, como ato da função política e sujeita imediatamente à Constituição. Sem essa localização, sem a ponderação prospectiva do interesse geral, sem a visão ampla da comunidade política, sem a discricionariedade que lhe é inerente, não existe lei.

Em suma, a lei é o meio de ação essencial do poder sobre a vida social. Com a Lei trata-se de legitimar e normalizar, juridicamente, uma política global do Estado. Conteúdo adequado ou apropriado à forma de lei há-de-ter, em princípio, especial relevância para os particulares e/ou para a comunidade (MIRANDA, 2011, p. 422-423).

<sup>20</sup> Modelo adotado na Constituição Federal de 1988, em que no preâmbulo do art. 3º, inciso I, repetiu esses objetivos fundamentais, sobre os quais a Constituição pauta seu projeto político.

<sup>21</sup> Essa evolução do constitucionalismo é assim historiada por Jorge Miranda (2011, p. 418).

<sup>22</sup> Mas empiricamente pouco realizáveis, dada a variedade de problemas sociais, políticos e culturais que assolam o país, motivo pelo qual o Estado brasileiro não alcançou todas as promessas da modernidade.

Em arremate, pode ser dito que o neoconstitucionalismo no país impôs a releitura de toda a ordem jurídica a partir dos ditames da Constituição (filtragem constitucional do Direito).

Desse modo, a par do critério de justificação formal da norma jurídica, a justificação material, no sentido de análise da justiça da norma, toma, como ponto de partida, a realização dos direitos fundamentais preconizados pela Norma Fundamental<sup>23</sup>.

Entretanto, “para o constitucionalismo da efetividade, a incidência direta da Constituição sobre a realidade social independe de qualquer mediação legislativa” (SARMENTO, 2009, p. 24). Isto é, pelo constitucionalismo moderno é difundida a ideia de que a Constituição é norma com eficácia cogente, independentemente de seu permeio de realização por meio da legislação ordinária.

A partir de tal constatação desenvolveu-se a corrente de interpretação substancialista do direito, reconhecendo “a legitimidade da atuação jurisdicional em favor da garantia e promoção de valores substantivos presentes na Constituição” (SARMENTO, 2009, p. 28).

Isto é, a atividade judicial, imbuída pela realização do estado ideal de coisas preconizado pela Constituição, passa a substituir o papel do legislador na produção da fonte primária do direito.

Entretanto, pela reconhecida força normativa da Constituição<sup>24</sup>, necessário é se perscrutar sobre a diferenciação entre os valores perseguidos pela ordem política constitucional e sua realização nos princípios e regras constitucionais, para se definir a extensão da eficácia cogente das normas constitucionais.

Isso, mormente, porque o movimento do neoconstitucionalismo, na realização dos princípios constitucionais, suscita problematizações tais como:

---

<sup>23</sup> Nessa senda é a posição de Pérez Luño, apud Margarida Maria Lacombe Camargo (2002, p. 373).

<sup>24</sup> Inerente à sua condição de norma jurídica, pois não se compreendem normas jurídicas que não estejam predispostas para a conformação de fatos e situações ou para a produção de certos efeitos.

[...] os riscos para a democracia de uma judicialização excessiva da vida social, os perigos de uma jurisprudência calcada numa metodologia muito aberta, sobretudo no contexto de uma civilização que tem no 'jeitinho' uma das suas marcas distintivas, e os problemas que podem advir de um possível excesso na constitucionalização do direito para a autonomia pública do cidadão e para a autonomia privada do indivíduo" (SARMENTO, 2009, p. 11).

Logo, na delimitação do papel do intérprete na construção dos sentidos normativos, não se pode renegar o papel da lei, sob pena do excesso de discricionariedade judicial na interpretação do direito resultar num decionismo.

#### 4 Dos princípios e das regras

De partida, destaca Jorge Miranda (2011, p. 293-294) que, sendo o Direito ordenamento/conjunto significativo, o mesmo "projeta-se ou traduz-se em princípios logicamente anteriores aos preceitos", de modo que os princípios constituem-se em "direta expressão desse regulativo diálogo normativo com a realidade histórico-social".

Por via de consequência, na Constituição, eixo central da ordem jurídica, ficam arraigados os valores jurídicos fundamentais dominantes da comunidade, traduzidos nos princípios, que refletem justamente esse axioma político<sup>25</sup>.

Insta salientar que os princípios não estão acima do direito positivo. Em verdade, as normas jurídicas se dividem em normas-princípios e normas-regras.

Sobre tal diferenciação, diz Humberto Ávila:

As regras são normas imediatamente descritivas, primariamente retrospectivas e com a pretensão de decidibilidade e abrangência, para cuja aplicação se exige a avaliação da correspondência, sempre centrada na finalidade que lhes

<sup>25</sup> Sobre a importância dos princípios no arcabouço jurídico constitucional é a observação de Camargo (2002, p. 378).

dá suporte ou nos princípios que lhes são axiologicamente sobrejacentes, entre a construção conceitual da descrição normativa e a construção conceitual dos fatos.

Os princípios são normas imediatamente finalísticas, primariamente retrospectivas e com a pretensão de complementariedade e de parcialidade, para cuja aplicação se demanda uma avaliação da correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção (ÁVILA, 2007, p. 78-79).

Em apertada síntese, os princípios descrevem um estado ideal de coisas<sup>26</sup> (bens jurídicos) que devem ser preservados/promovidos, com função pragmática de servir de ponto de partida para a procura dos meios aptos para se alcançar o fim de seu conteúdo desejado, sendo que sua positivação implica na obrigatoriedade de comportamentos necessários à sua realização, influenciando no comportamento alheio por via indireta. Isto é, os princípios se situam no plano deontológico, com força cogente de impor a adoção de comportamentos para sua realização.

Nesse caminho, quanto ao âmbito de sua eficácia, os princípios, por serem finalísticos (visam preservar/realizar um estado ideal de coisas), primariamente, na sua função normogénica de construção da norma jurídica<sup>27</sup>, servem à interpretação dos próprios fatos, selecionando os eventos que se situam no centro dos interesses protegidos pelas normas, quer por sua intermediação num subprincípio ou interposição em uma regra, bloqueando, nesse último caso, elementos expressamente previstos que sejam incompatíveis com a tutela do bem jurídico albergado pela norma-regra.

Ainda nessa compreensão da eficácia dos princípios, para o processo hermenêutico, eles possuem função argumentativa direta, quando finalisticamente definem a proteção/concretização do estado ideal de coisas, sem explicitar a conduta preordenada para tal, e indireta, quando se incluem no processo da argumentação jurídica para solução de conflitos.

---

<sup>26</sup> Situação qualificada por determinadas qualidades.

<sup>27</sup> Norma aqui especificadamente entendida como produto da atividade legiferante.

E, por fim, subjetivamente, na eficácia integrativa, os princípios funcionam como direitos subjetivos<sup>28</sup> com aplicabilidade cogente, quando brecam a atuação do Estado, bem como quando exigem medidas para a sua preservação/realização<sup>29 30</sup>.

Já as regras, quando comportamentais<sup>31</sup>, prescrevem ações específicas de conteúdo obrigatório/proibido/permitido, exigindo de seu destinatário a adoção de comportamentos aprioristicamente determinados, ensejando, na sua aplicação, a correspondência linear entre fato e norma (processo de subsunção).

No que toca à extensão de sua eficácia, internamente, de maneira direta, as regras oferecem solução provisória para determinado conflito de interesses<sup>32</sup> e, de forma indireta, têm função de concretização, pois definem comportamentos para viabilizar finalidades estabelecidas pelos princípios. Exatamente por esta última característica é que, externamente, as regras são voltadas ao estabelecimento de normas de conduta e de competência, com função argumentativa direta – pela retirada do árbitro do intérprete na eleição de meios para alcance do estado ideal de coisas – e indireta – servem como razão própria para agir ou decidir.

## 5 Função tridimensional dos princípios e sua utilização na construção, interpretação e aplicação das condutas vedadas

Vimos nas linhas acima que os princípios têm, dentre outras, função normogenética, ao servirem de arrimo na produção da norma jurídica,

---

<sup>28</sup> Direito subjetivo é uma situação de vantagem conferida a um sujeito, por uma norma, diante de um outro sujeito, ao qual é imposto um dever correspondente, sendo público quando conferido a um indivíduo perante o Estado.

<sup>29</sup> Como no caso do rotineiro processo de judicialização da saúde pública.

<sup>30</sup> Sobre essa função tridimensional dos princípios assevera Dirley da Cunha Jr. (2012, p. 158-159).

<sup>31</sup> Ficando ao seu lado as regras constitutivas que atribuem efeitos jurídicos a determinados atos, fatos ou situações, reconstruídas a partir de dispositivos relativos à atribuição, exercício, delimitação material, reserva, e delimitação substancial de competência.

<sup>32</sup> Haja vista a atuação legislativa do Estado.

pois justamente esta preserva/realiza os valores preconizados pelos princípios (tal como no caso de sua eficácia interna indireta). Nessa hipótese, pelo permeio da regra, está positivado axiologicamente o princípio, havendo pelo legislador eleição prévia do meio necessário ao alcance de sua finalidade.

Como não poderia deixar de ser, o Direito Eleitoral, ramo autônomo do direito público, tem, na raiz de seu microssistema, a preservação/realização de vários princípios consagrados na Constituição Federal, como bem mencionam Marcelo Abelha Rodrigues e Flávio Cheim Jorge (2014, p. 131).

O que nos interessa no presente trabalho é destacar que o rol de condutas vedadas em campanha eleitoral por agente público, estabelecido nos arts. 73 a 78 da Lei nº 9.504/1997, retira seu fundamento de existência diretamente do princípio da isonomia, entabulado na cabeça do art. 5º da Norma Fundamental, transmudado para o Direito Eleitoral como princípio da igualdade de condições entre os concorrentes ao pleito (formalmente preservado) (REIS, 2012, p. 86).

Na sua função hermenêutica, os princípios, na sua eficácia interna de conteúdo, servem para interpretar as regras, restringindo ou ampliando seu sentido.

Transportando essa função dos princípios para a interpretação da norma jurídica eleitoral, com acerto indica Francisco de Assis Vieira Sanseverino (2012, p. 43):

Aqui, como se disse, em decorrência dos Princípios Democrático e Republicano, com a finalidade de preservar de forma preponderante a igualdade, está a diretriz para a interpretação e aplicação de cada uma daquelas hipóteses: a lei proíbe condutas tendentes a afetar a igualdade de oportunidades entre candidatos nos pleitos eleitorais.

Com efeito, a cláusula legal da "igualdade de oportunidades", não obstante esteja prevista apenas no *caput* do art. 73 da Lei nº 9.504/97, deve servir de diretriz para a interpretar e aplicar as demais regras sobre as condutas vedadas aos agentes públicos.

Como dito alhures, o rol de condutas vedadas em campanha eleitoral toma como assento primário a realização formal do princípio da isonomia ao compasso de que, de maneira cumulativa, em caráter secundário, tem como agregada às suas disposições a manutenção da incolumidade dos princípios constitucionais da administração pública, mormente os discriminados no art. 37 da Constituição Federal, com especial relevo aos princípios da estrita legalidade administrativa e impessoalidade (SANSEVERINO, 2012, p. 41).

Tanto é que, pela expressão do § 7º do art. 73 da Lei nº 9.504/1997, pela concomitância das esferas cível eleitoral e cível administrativa, a incidência na conduta vedada configura a um só tempo também ato danoso de improbidade administrativa (na modalidade de infringência aos princípios constitucionais da administração pública).

## 6 Do ordenamento jurídico

Em sua *Teoria geral do Direito*, ao tratar da teoria do ordenamento jurídico, Norberto Bobbio (2007, p. 173-183) procura transferir a problemática de qualificação do direito a partir da norma jurídica para a realização do conceito de direito no ordenamento jurídico. Isso porque, ao estabelecer, no critério para identificação da norma jurídica, importância para o sujeito de sua expedição<sup>33</sup> e destinatário<sup>34</sup>, verifica-se que, umbilicalmente, a definição da norma jurídica está atrelada ao ordenamento jurídico.

Em princípio, como no ordenamento é tomado como ponto de referência o poder originário – donde emana a fonte das fontes, pelo que, a fim de atender ao anseio de constante tradução da realidade social em Direito –, tal poder cria mecanismos próprios de produção jurídica.

---

<sup>33</sup> Se norma jurídica é aquela expedida pelo Poder Soberano, por meio de seus órgãos competentes, deve-se pressupor que esse mesmo critério é suficiente para caracterização do ordenamento jurídico.

<sup>34</sup> Sendo marca própria da norma jurídica a sanção, e por estar seu consequente normativo dirigido ao Estado-Juiz, necessariamente, para o exercício da jurisdição, há um retorno ao ordenamento, pela adoção de regras de competência de norma adjetivas para tal exercício.

Por via de consequência, emerge como ponto de partida do ordenamento jurídico a Norma Fundamental, que dá unidade a todas as demais normas do sistema (de onde as demais normas extraem seu fundamento de validade)<sup>35</sup>.

É aqui que jaz, no constitucionalismo contemporâneo (neoconstitucionalismo), a centralização da Constituição no eixo gravitacional do ordenamento jurídico.

Destarte, na construção gradual do ordenamento jurídico, em cotejo com o parâmetro da Constituição, devem ser obedecidos limites relativos ao conteúdo material da norma e à forma do procedimento de sua emissão, sob pena de sua invalidade/ilegitimidade e de sua extinção do ordenamento jurídico.

Segundo, além do ordenamento jurídico constituir-se como uma unidade que gravita em torno da norma fundamental, tal unidade é sistemática, havendo ligação das normas jurídicas tanto em relação à sua forma (sob o prisma da autoridade que a estabeleceu), como em relação ao seu conteúdo (preservação/realização de um estado ideal de coisas). E, por sistema, pode-se entender que as normas de um ordenamento jurídico têm relação de compatibilidade entre si.

De mais a mais, a coerência do ordenamento jurídico incide sobre suas partes singularmente consideradas, sendo que, havendo incompatibilidade entre normas, a consequência é de colapso de uma das duas normas conflitantes.

Tal situação de conflito entre normas é visualizada a partir do fenômeno da antinomia, em que “são criadas duas normas, sendo que uma obriga e a outra proíbe, ou uma obriga e a outra permite, ou uma proíbe e a outra permite o mesmo comportamento” (BOBBIO, 2007, p. 219/254), devendo as normas, para tal cotejamento, pertencer ao mesmo ordenamento jurídico, e ter o mesmo âmbito de validade (temporal, espacial, pessoal e material).

---

<sup>35</sup> E, na produção jurídica, é utilizada a Teoria da Construção Gradual do Ordenamento Jurídico de Kelsen, em que em seu núcleo de conhecimento é fixada a premissa de que no ordenamento não estão todas as normas num mesmo plano. Há uma relação de normas superiores e inferiores, estas derivando daquelas, em processo sequencial de produção/execução jurídica.

Cumpra registrar que o dever de coerência do ordenamento jurídico tem estreita relação com a justiça do ordenamento jurídico, de modo que a antinomia gera incerteza, a incerteza gera insegurança, e a insegurança gera injustiça.

Terceiro, a completude, última característica do ordenamento jurídico, é entendida como a propriedade pela qual um ordenamento tem uma norma para regular cada caso, sendo, em outra via, incompleto o ordenamento, quando inexistente a norma específica (do direito legislativo) para regulamentar uma dada situação concreta.

A tal incompletude dá-se o nome de lacuna, que designa a existência de fato do mundo fenomênico a que o direito não oferece, em princípio, uma solução.

Maria Helena Diniz muito bem explicita o conceito de lacuna no ordenamento jurídico:

Quando, ao solucionar um caso, o magistrado não encontra norma que lhe seja aplicável, não podendo subsumir o fato a nenhum preceito, porque há falta de conhecimento sobre um *status* jurídico de certo comportamento, devido a um defeito do sistema que pode consistir numa ausência de norma, na presença de disposição legal injusta, ineficaz socialmente, ou seja, em desuso, estamos diante do problema das lacunas (DINIZ, 2009, p. 97).

Há relação umbilical entre unidade e completude do ordenamento, pelo que, de todo modo, ideal é a manutenção de unidade, seja negativa com a eliminação de antinomias, seja positiva pelo preenchimento de lacunas do Direito. Por derradeiro, a completude é condição necessária ao bom funcionamento do sistema.

Para Maria Helena Diniz, as espécies de lacuna são:

1ª) normativa, quando se tiver ausência de norma sobre determinado caso; 2ª) ontológica, se houver norma, mas ela não corresponder aos fatos sociais, p. ex, o grande desenvolvimento das relações sociais e o progresso técnico acarretam o anquilosamento da norma positiva; 3ª) axiológica, ausência de norma justa, isto é, existe um preceito normativo,

mas, se for aplicado, sua solução será insatisfatória (DINIZ, 2009, p. 105).

Aqui, pelos limites do objetivo do presente trabalho, não nos interessa ingressar na seara da lacuna normativa<sup>36</sup>, muito menos na abordagem da espécie de lacuna axiológica<sup>37</sup>. Somente nos importa a abordagem sobre a espécie de lacuna ontológica, relacionada à existência do pressuposto normativo, mas inexistente descrição do pressuposto fático, sobre o qual se possa fazer o juízo de interdependência da subsunção. Tal é a situação típica do conceito jurídico indeterminado<sup>38</sup>, técnica usual legislativa empregada na produção da lei.

O registro de Norberto Bobbio (2007) sobre o reconhecimento do conceito jurídico indeterminado e sobre sua implicância na lacuna ontológica do Direito é digno de nota:

Quanto aos motivos que as provocaram, as lacunas se distinguem em subjetivas e objetivas. Subjetivas são aquelas que dependem de algum motivo imputável ao legislador; objetivas são aquelas que dependem do desenvolvimento das relações sociais, das novas invenções, de todas aquelas causas que provocam um envelhecimento dos textos normativos e que, portanto, são independentes da vontade do legislador. As lacunas subjetivas, por sua vez, podem distinguir-se em voluntárias e involuntárias. Involuntárias são aquelas que dependem de alguma distração do legislador, que leva a crer que um caso que não o é, ou faz com que se negligencie um caso que talvez se considere pouco frequente etc.; voluntárias são aquelas em que o próprio legislador deixa de propósito, porque a matéria é bastante complexa e não pode ser regulamentada com muitas minúcias, e é melhor confiá-la à interpretação, caso a caso, do juiz (BOBBIO, 2007, p. 297).

A técnica legislativa de inclusão na lei de conceitos jurídicos indeterminados é extremamente saudável, pois, como já mostrado, não há como o legislador antever todas as possíveis ocorrências do cotidiano,

---

<sup>36</sup> Solvida na forma positivada no art. 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro.

<sup>37</sup> Sobre o qual é necessário fazer a submissão da norma ao critério de justiça.

<sup>38</sup> Conceitos legais indeterminados são palavras ou expressões indicadas na lei, de conteúdo e extensão altamente vagos, imprecisos e genéricos, e por isso mesmo esse conceito é abstrato e lacunoso.

aptas a ingressarem no correspondente normativo trazido pela regra, de modo que, para acompanhamento da constante mudança da realidade social, o conceito jurídico indeterminado entra em ação como mecanismo de atualização e modulação da norma, para incidência diante de casos concretos.

Por a incompletude de o ordenamento ser verificada apenas de maneira pragmática, a lacuna do Direito deve ser encarada como problema da jurisdição (DINIZ, 2009, p. 105-111). E, por o monopólio direcionado da interpretação da norma recair sobre o Estado-Juiz, fica a cargo deste moldar, diante do caso concreto, o fato à norma, fazendo, pela reconstrução de sentidos da lei, a produção da norma jurídica<sup>39</sup>.

## 7 Condutas vedadas em campanha eleitoral e sua correlação com o abuso do poder político

Como explicitado no introito do presente trabalho, a inclusão, pelo legislador eleitoral, do rol de condutas vedadas em campanha por agente público nos arts. 73 *usque* 78 da Lei das Eleições ocorreu como reação à edição da Emenda Constitucional nº 16/1997, que, por sua vez, instituiu no § 5º do art. 14 da Constituição Federal, o instituto da reeleição, o qual permite que o Chefe do Executivo<sup>40</sup> (em todas as esferas de poder) possa disputar reeleição para um único mandato subsequente sem necessidade de desincompatibilização.<sup>41</sup>

Pela própria dicção contida no art. 73 da Lei nº 9.504/97 a realização daqueles imperativos hipotéticos de conteúdo proibitivo são “tendentes

<sup>39</sup> Cabe ao juiz, no momento de fazer a subsunção do fato à norma, preencher os claros e dizer se a norma atua ou não no caso concreto. Preenchido o conceito legal indeterminado, a solução já está preestabelecida na própria norma legal, competindo ao juiz apenas aplicar a norma, sem exercer nenhuma outra função criadora.

<sup>40</sup> Na leitura a *contrario sensu* da Lei Complementar nº 64/1990, sempre foi cediça a possibilidade de reeleição daqueles mandatários de cargos políticos do Poder Legislativo (sem necessidade de desincompatibilização), desde que para a disputa da mesma função exercida.

<sup>41</sup> A esse respeito pontuam Thales Tácito Cerqueira e Camila Albuquerque Cerqueira (2011, p. 547).

a afetar a igualdade de oportunidades entre candidatos nos pleitos eleitorais”.

A toda evidência, proíbe-se a prática de abuso de poder, consistente no emprego da máquina pública em favor da campanha eleitoral de determinado candidato.

Para compreender melhor o instituto das condutas vedadas, necessário é retornar ao conceito de abuso de poder<sup>42</sup>, confrontando seus efeitos danosos no processo eleitoral<sup>43</sup>.

Para José Jairo Gomes:

O abuso de poder constitui conceito jurídico indeterminado, fluido e aberto, cuja delimitação semântica só pode ser feita na prática, diante das circunstâncias que o evento apresentar. Portanto, em geral, somente as peculiaridades do caso concreto é que permitirão ao intérprete afirmar se esta ou aquela situação real configura ou não abuso (GOMES, 2010, p. 253-254).

Quanto a isso, observa-se que é requisito mínimo para verificação do abuso de poder por parte de agente público que a utilização da máquina pública seja empregada na campanha eleitoral em curso ou vindoura. “Ausente qualquer matiz eleitoral no evento considerado, não há como caracterizá-lo” (GOMES, 2010, p. 255) como abuso de poder com repercussão específica na seara eleitoral.

Dessa feita, o abuso de poder, no âmbito de sua incidência no Direito Eleitoral, é conceito jurídico indeterminado, verificado caso a caso, para que, de todo modo, as ações ilícitas estejam tencionadas ao processo

---

<sup>42</sup> Exercício de um direito pelo seu titular fora dos limites intrínsecos e em desacordo com a sua própria finalidade social.

<sup>43</sup> Na exegese do art. 16 da Constituição Federal, que positiva o princípio da anualidade da lei eleitoral, o STF, em referência às Eleições de 2010, ano de edição da Lei Complementar nº 135/2010 (Lei da Ficha Limpa), entendeu, quando do julgamento do Recurso Extraordinário nº 633703, que a expressão *processo eleitoral* é encarada em sentido jurídico material, relaciona ao conjunto de atos jurídicos eleitorais que se sucedem no tempo e no espaço numa cadeia sucessivamente dependente.

eleitoral, e em favor de candidato/partido<sup>44</sup>/coligação<sup>45</sup> (intervenientes diretos do processo eleitoral).

Dentre as formas de abuso de poder, cumpre revelar a existência do abuso do poder político, cuja centralidade de sua verificação se circunscreve à atuação do agente público, discriminado em rol ampliado no § 1º do art. 73 da Lei nº 9.504/1997<sup>46</sup>, albergando os servidores públicos<sup>47</sup>, empregados públicos<sup>48</sup>, agentes políticos<sup>49</sup>, bem como todos aqueles que mantiverem vínculo jurídico com a administração pública<sup>50</sup>, ainda que transitório ou sem remuneração.

Por justamente o Estado se personificar nos seus agentes públicos, representando esses a ficção jurídica estatal, é que a averiguação do abuso do poder político fica centrada na figura do agente público, mormente porque, para o abuso do poder político, é correlato que o sujeito esteja investido em função pública, sendo, a rigor, o ilícito qualificado como próprio, pois demanda de seu agente uma qualidade especial.

Ademais, pela diretriz que irradia do art. 37 da Constituição Federal, os agentes públicos, no exercício de seu mister, devem guardar obediência aos princípios da legalidade, impessoalidade,

---

<sup>44</sup> Agremiação Política a quem pertence o mandato, conforme esboço da Resolução nº 22.610/2007 do Tribunal Superior Eleitoral (toma como razão de entendimento a filiação partidária ser condição de elegibilidade, nos termos do artigo 14, § 3º, inciso V, da Constituição).

<sup>45</sup> Ente despersonalizado, de duração fixada no tempo, decorrente da reunião de partidos para disputa eleitoral, na forma disciplinada pelo artigo 8º da Lei nº 9.504/1997.

<sup>46</sup> Art. 73, § 1º Reputa-se agente público, para os efeitos deste artigo, quem exerce, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, por eleição, nomeação, designação, contratação ou qualquer outra forma de investidura ou vínculo, mandato, cargo, emprego ou função nos órgãos ou entidades da administração pública direta, indireta, ou fundacional.

<sup>47</sup> Que mantém vínculo jurídico com os órgãos da administração direta e indireta.

<sup>48</sup> Que mantém vínculo jurídico com empresa pública ou sociedade de economia mista.

<sup>49</sup> Que extraem sua atribuição diretamente da Constituição, podendo ser nomeados os parlamentares de um modo geral, o chefe do Executivo em todas as esferas de poder, ministros de Estado e secretários, magistrados, promotores, membros do Tribunal de Contas, e defensores públicos.

<sup>50</sup> Permissionárias e concessionárias de serviço público.

moralidade, publicidade e eficiência, vigas mestras do regime jurídico administrativo.

Nesse diapasão, é inquestionável que a máquina pública não pode ser posta a serviço de candidato/partido/coligação, pois desvirtua-se a realização do interesse público primário, correspondente àqueles valores constitucionalmente estabelecidos para implementação de políticas públicas e realização de ações administrativas, colocando-se em evidência o interesse secundário (pessoal) do agente ímprobo.

Sergio de Souza e Luciano Tadau Yamaguti Sato (2008) muito bem qualificam o conceito jurídico de abuso do poder político:

O “abuso de poder político” pode ser então compreendido como a extrapolação do uso legítimo das prerrogativas conferidas aos agentes públicos para o regular desempenho de seus deveres institucionais em favor do interesse coletivo e em consonância com os princípios que regem a administração pública, agregando-se sobremaneira ao conceito de “abuso” a necessária concorrência de motivos particulares em auferir vantagem em benefício próprio ou de outrem envolvido na disputa eleitoral.

Destaca-se que não é toda e qual que decisão tomada por agente público que configura o “abuso” vedado pela legislação eleitoral, mas somente aquelas condutas que, mascaradas por uma pretensa finalidade pública, revelam ao fundo um interesse eminentemente eleitoral de modo que o ato ou conduta praticada passa a ser não só desamparada pelo ordenamento jurídico pátrio como, também a figurar ilícito eleitoral (SATO e SOUZA, 2008, p. 62).

É nesse prisma que surgem as condutas vedadas como espécie do gênero abuso do poder político, pois “de maneira mais geral, pode-se afirmar que as condutas vedadas aos agentes públicos, previstas na Lei nº 9.504/1997, são espécies do gênero abuso do poder político, em sentido amplo” (SANSEVERINO, 2012, p. 43).

No seu conteúdo primário, as condutas vedadas tutelam o princípio da igualdade de condições entre os candidatos (bem jurídico entabulado no art. 5º da Lei Maior), conforme anota José Jairo Gomes (2010, p. 47-48).

Realizada a conduta vedada, há presunção diretamente colocada na Lei de afetação à igualdade de condições entre os candidatos (*in re ipsa*), sendo sua finalidade eleitoral também presumida (REIS, 2012, p. 385)<sup>51</sup>.

Ao lado da preservação do princípio da igualdade, secundariamente, o rol de condutas vedadas visa dar obediência aos princípios constitucionais da administração pública, especialmente o da estrita legalidade administrativa, que, nas palavras de Carvalho Filho (2010, p. 21), afigura-se como “diretriz básica da conduta dos agentes da administração. Significa que toda e qualquer atividade administrativa deve ser autorizada por lei. Não o sendo, a atividade é ilícita”; e ao princípio da impessoalidade, reconhecido por Carvalho Filho (2010, p. 23) como “a Administração há de ser impessoal, sem ter em mira este ou aquele indivíduo de forma especial”.

Dá sustentação à afirmação alhures o fato de que o próprio § 7º do art. 73 da Lei nº 9.504/1997 indica que:

As condutas enumeradas no *caput* caracterizam, ainda, atos de improbidade administrativa, a que se refere o art. 11, inciso I, da Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, e sujeitam-se às disposições daquele diploma legal, em especial às cominações do art. 12, inciso III.

E, ainda que não fosse assim, pela análise sistemática do rol de condutas vedadas em campanha eleitoral por parte de agente público<sup>52</sup>, salta aos olhos a inspiração da produção da norma jurídica na realização desse estado de coisas aqui tratado.

Isso porque, na produção das normas jurídicas atinentes às condutas vedadas em campanha eleitoral, pelo comportamento proibitivo pré-determinado, ficaram realizados, concomitantemente, no seu núcleo de conteúdo, pela eficácia interna indireta dos princípios, a garantia de isonomia formal (por atuação do legislador eleitoral), e a preservação dos princípios constitucionais da administração pública,

<sup>51</sup> Nesse sentido, elucidativo é o aresto do Tribunal Superior Eleitoral: Recurso Especial Eleitoral nº 45060, Acórdão de 26.9.2013, Relator(a) Min. Laurita Hilário Vaz, Publicação: *Diário de Justiça Eletrônico*, Tomo 203, Data 22.10.2013, p. 55-56.

<sup>52</sup> Artigos 73 *usque* 78 da Lei nº 9.504/1997.

pelo breque de ações tipicamente administrativas, que, por abuso e desvio de forma/finalidade de seu uso, acabam por colocar a máquina estatal em favor de determinada campanha eleitoral.

Destarte, somente a obediência à legislação eleitoral (em especial nas suas regras proibitivas) confere legitimação ao sufrágio<sup>53</sup>, tornando autênticos o mandato e a representação popular<sup>54</sup>.

## 8 Taxatividade do rol de condutas vedadas em campanha eleitoral (colisão entre regras e princípios)

Como se percebe de vários dispositivos que estampam as condutas vedadas em campanha eleitoral por agente público, há marco temporal de incidência dessas regras proibitivas (remissão do período de três meses antes das eleições, nas hipóteses dos incisos V, VI e VII, do art. 73 e arts. 75 e 77, todos da Lei nº 9.504/1997, e menção genérica de marco de incidência em ano eleitoral, nas hipóteses do inciso VI e § 10 do art. 73 da Lei nº 9.504/1997).

Consequentemente, num período delimitado de tempo, a prescrição de comportamentos de conteúdo imperativo hipotético negativo traz limitações próprias às atividades ordinárias do destinatário da norma primária (no caso específico, o agente público).

Para essa compreensão, imperiosa é a necessidade de tomarmos em relevo o conteúdo jurídico da legalidade administrativa, princípio basilar do regime jurídico administrativo.

De antemão, dizemos que não pode ser conformada a visão tradicionalista de Celso Antônio Bandeira de Mello (2005, p. 89-92), para quem, em fórmula sintética, “a Administração Pública só pode ser exercida na conformidade da lei e que, de conseguinte, a atividade

---

<sup>53</sup> Em conceito, sufrágio é direito público subjetivo, pelo qual o povo é admitido a participar da vida política da sociedade, conduzindo a *res publica*.

<sup>54</sup> Existe umbilical relação entre regularidade do sufrágio e legitimidade da representação popular.

administrativa é atividade sublegal, infralegal, consistente na expedição de comandos complementares à lei". Ou seja, "A Administração somente pode atuar *secundum legem*", já que "a função do ato administrativo só poderá ser a de agregar à lei nível de concreção; nunca lhe assistirá originariamente qualquer cerceio a direitos de terceiros".

Essa afirmação parte da equivocada ideia de que a lei é apenas e tão somente a vontade do legislador, eleito soberanamente pelo sufrágio, poder único que pode preservar/realizar os interesses preconizados pela Constituição.

A crítica lançada pauta-se na compreensão de que, pelo paradigma do neoconstitucionalismo, as normas constitucionais passam a ter força normativa e eficácia congente, não mais se limitando à inspiração programática da atuação legislativa.

Nessa linha de entendimento está a concepção da moderna doutrina administrativista, representada aqui por Lúcia Valle Figueiredo (2004, p. 42):

Ora, assim como o princípio da legalidade é bem mais amplo do que a mera sujeição do administrador à lei, pois aquele, necessariamente, deve estar submetido também ao Direito, ao ordenamento jurídico, às normas e aos princípios constitucionais, assim também há de procurar solver a hipótese de a norma ser omissa ou, eventualmente, faltante.

A partir dessas razões, é razoável dizer que o princípio da estrita legalidade administrativa pode ser buscado no contexto sistemático do ordenamento jurídico.

É justamente nesse prisma de atuação administrativa – voltada não somente à execução da lei mas também por meio de ações voltadas à realização daquele estado ideal de coisas pré-definido na Constituição – que o rol de condutas vedadas em campanha por parte agente público cerceia a liberdade temperada (pela lei, e extraída do ordenamento) de atuação da administração.

Há, nessa hipótese, evidente colisão de normas (antinomia), que, pela necessidade de coerência do ordenamento, deve ser resolvida.

Sede um lado têm-se regras que predeterminam a ação administrativa (como no caso da norma-regra do art. 37, § 1º, da Constituição, que determina a realização de propaganda institucional pelo poder público) e, do outro lado, regras que proíbem a atuação administrativa (como do dispositivo contido no art. 73, inciso VI, alínea *b*, da Lei nº 9.504/1997, que proíbe a veiculação de propaganda institucional antes de três meses da data das eleições), obviamente, o conflito aparente entre normas não é resolvido pelos critérios de antinomia solúvel e insolúvel, de modo que, fica na liberdade do intérprete-juiz, diante do caso concreto, dar efetiva coerência ao sistema.

Como as proibições de ações rotineiramente administrativas ocorrem durante um curto espaço de tempo (do processo eleitoral), e, visam, precipuamente, resguardar a igualdade de condições entre os candidatos, ao mesmo tempo, na unidade do ordenamento, nesse mesmo rol de condutas vedadas, são pré-definidas uma série de exceções juridicamente razoáveis e justificáveis de superação da aplicação das regras. Por exemplo, o art. 73, inciso VI, alínea *b*, da Lei nº 9.504/1997, proíbe a veiculação de propaganda institucional antes de três meses da data das eleições; fica permitido, entretanto, a continuidade de propaganda para as empresas públicas e sociedades de economia mista, criadas no alicerce do art. 173 da Constituição Federal, para excepcionalmente atuarem no mercado concorrencial.

Além do mais, na função de eficácia externa de conteúdo, o princípio da igualdade entre os candidatos já serviu de norte ao recorte do pressuposto fático de elaboração do rol de condutas vedadas, sendo consideradas proibidas aquelas ações administrativas extraídas da regra de experiência comum que induzam à utilização da máquina pública em benefício de campanha.

Assim é que, nesse cotejamento, dar-se-á preponderância ao respeito às regras atinentes à proibição de prática de condutas durante o período eleitoral, que preserva, na individualidade do ordenamento eleitoral, o princípio da isonomia formal entre candidatos.

Entretanto, pela limitação de direitos subjetivos, a doutrina e a jurisprudência eleitoral<sup>55</sup>, de maneira majoritária, se inclinaram a especificar que o rol de condutas vedadas em campanha eleitoral é taxativo. Isto é, sua interpretação é restritiva, não permitindo o enquadramento como condutas vedadas de ações outras que não estejam prescritas nos arts. 73 a 78 da Lei das Eleições.

Nesse processo interpretativo, na eficácia externa argumentativa indireta imanente aos princípios, incluímos na argumentação jurídica a invocação do princípio da legalidade (previsto no art. 5º, inciso II, da Constituição Federal), que predetermina que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”, de modo que a previsibilidade do quadro normativo possibilita grande estabilidade ao processo democrático (evitando-se manejos de influências no exercício de poder).

Isso, no seu “pano de fundo”, quer dizer que, diante de um determinado fato, veiculado em uma demanda judicial, fica antecipada eleição da aplicação da norma jurídica, pela pré-definição do comportamento embutido na regra, que, indiretamente, realiza os fins a que ela é dirigida.

Então, exclui-se a indeterminabilidade de eleição de meios para se resguardar a finalidade da introdução das condutas vedadas no ordenamento jurídico eleitoral, não havendo espaço para sobreposição de princípios sobre possíveis ações administrativas que afetem a igualdade de condições entre os candidatos concorrentes ao pleito.

Sobre a tensão entre o valor da segurança jurídica trazida pelas regras e a indeterminabilidade valorativa sugerida pelos princípios, assevera Camargo (2002, p. 383):

Para o Direito, a questão hermenêutico-valorativa repercute praticamente na tensão existente entre segurança e justiça, concentrada que está no problema da aplicação dos princípios, e que nos leva ao desafio de conjugarmos aqueles dois valores indispensáveis. Se, por um lado, a evidência garantida pelos desdobramentos lógicos da norma posta nos proporciona certeza, e, portanto, segurança, não há como

<sup>55</sup> No papel de fonte de integração.

nos descurarmos das sendas valorativas que comandam a interpretação do caso concreto, quando privilegiamos determinados aspectos e elegemos direções, a culminar com a escolha do juiz pela melhor decisão (dentro outras possíveis, convém lembrar). Esse tipo de conduta é determinada pela razão prática, sustentada que é na justificativa das posições tomadas como corretas, no sentido de bem agir. Talvez por isso nos reste buscar nas regras do diálogo, que orientam o processo argumentativo, a segurança que o Direito quer. Logo, procura-se reconhecer uma nova racionalidade jurídica, capaz de lidar com os valores, normativamente corporificados sob a forma de princípios.

E, no entrelaço entre princípios e regras, Humberto Ávila (2007, p. 113-114) destaca a importância da preponderância das normas-regras:

Em primeiro lugar, como as regras têm a função de pré-decidir o meio de exercício do poder, elas afastam a incerteza que surgiria não tivesse sido feita essa escolha.

[...]

Em segundo lugar, além de afastar a controvérsia e a incerteza, a opção pelas regras tem a finalidade de eliminar ou reduzir a arbitrariedade que pode potencialmente surgir no caso de aplicação direta de valores morais.

[...]

Em terceiro lugar, a opção pelas regras tem a finalidade de evitar problemas de coordenação, deliberação e conhecimento.

É consabido que o legislador não possui condições, de antemão, na produção da norma jurídica, de prever todas as possibilidades de ocorrência de fatos no mundo fenomênico passíveis de qualificação de abuso do poder político.

A par disso, pela característica da unidade do ordenamento, é nítida a concepção de que a criação da norma jurídica não é atividade privativa do estado-legislador, sendo delegada parcela do poder soberano ao estado-juiz, por meio da jurisdição, para o exercício da interpretação-execução, permitindo-se a produção normativa individual (concreta).

Logo, a problemática converte-se na avaliação em torno de existência de lacuna no ordenamento jurídico; e a possibilidade de produção da norma jurídica, pelo exercício da jurisdição.

## 9 Da plasticidade do ordenamento jurídico como campo fértil para o ativismo judicial

Em capítulo anterior, indicamos que o rol de condutas vedadas em campanha eleitoral é taxativo, atraindo para o campo de incidência de seu conseqüente normativo (§§4º e 5º, do art. 73 da Lei nº 9.504/1997) apenas e tão somente a verificação empírica dos antecedentes normativos verificados nos arts. 73 a 78 da Lei das Eleições.

Destarte, diante de ações praticadas pelo agente público (que não discriminadas como condutas vedadas), valendo-se da máquina pública em favor de determinada campanha eleitoral (inclusive a sua), necessário é que, pela completude do ordenamento, a situação posta tenha solução, não se permitindo, a toda evidência, a prática de abuso do poder político no processo eleitoral.

O caminho está, pela sua completude, no próprio ordenamento, autossuficiente em si mesmo para o preenchimento da possível lacuna apontada.

A Constituição Federal de 1988, na redação do art. 14, § 9º, assim dispõe:

§ 9º Lei complementar estabelecerá outros casos de inelegibilidade e os prazos de sua cessação, a fim de proteger a probidade administrativa, a moralidade para exercício de mandato considerada vida pregressa do candidato, e a normalidade e legitimidade das eleições contra a influência do poder econômico ou o abuso do exercício de função, cargo ou emprego na administração direta ou indireta.

Determinou expressamente a Constituição Cidadã que competirá a lei complementar definir hipóteses de inelegibilidade, tencionadas a

defesa da normalidade e a legitimidade do pleito, contra o abuso de poder no processo eleitoral<sup>56</sup>. Erigiu-se assim, ao menos no campo axiológico, os princípios da normalidade e da legitimidade<sup>57</sup> do pleito no âmbito do microsistema do Direito Eleitoral<sup>58</sup>.

Sendo norma constitucional de eficácia limitada, cumpriu à Lei Complementar nº 64/1990 disciplinar, nesse primeiro momento<sup>59</sup>, a parte final do § 9º, do art. 14, da Norma Fundamental.

No que toca à coibição do abuso do poder político, a Lei de Inelegibilidades assim dispôs em seu art. 19:

Art. 19. As transgressões pertinentes à origem de valores pecuniários, abuso do poder econômico ou político, em detrimento da liberdade de voto, serão apuradas mediante investigações jurisdicionais realizadas pelo Corregedor-Geral e Corregedores Regionais Eleitorais.

Parágrafo único. A apuração e a punição das transgressões mencionadas no *caput* deste artigo terão o objetivo de proteger a normalidade e legitimidade das eleições contra a influência do poder econômico ou do abuso do exercício de função, cargo ou emprego na administração direta, indireta e fundacional da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

É evidente que a norma alhures embute em seu conteúdo conceito jurídico indeterminado sobre a especificação do abuso do poder político<sup>60</sup>.

Assim, por atividade interpretativa, quando do exercício da jurisdição, diante de situações fenomênicas em que pelo agente público

---

<sup>56</sup> Nesse caso, a inelegibilidade, como restrição à capacidade eleitoral passiva, é erigida em sua modalidade sanção, reacionária contra o abuso de poder no processo eleitoral.

<sup>57</sup> Legítimo é o que está de acordo com a verdade, com a ideia de justiça predominante, é o que observou o procedimento legal adrede traçado, enfim, é o que resulta da soberania popular.

<sup>58</sup> Que inclui o Código Eleitoral, a Lei das Eleições, a Lei de Inelegibilidades e a Lei Orgânica dos Partidos Políticos.

<sup>59</sup> Veio depois a Lei Complementar nº 135/2010 disciplinar sua primeira parte.

<sup>60</sup> Essa é a lição de Sergio de Souza e Luciano Tadau Yamaguti (2008, p. 59).

for empregada a máquina estatal em favor de campanha eleitoral estará caracterizado o abuso do poder político<sup>61</sup>.

Desse modo, caso o fato não seja enquadrável no rol de condutas vedadas em campanha eleitoral (espécie), pode, por relação de subsidiariedade, ser incursionado o fato no gênero do abuso do poder político.

Entretanto, as condutas vedadas (arts. 73 a 78 da Lei nº 9.504/1997) e o abuso do poder político (art. 19 da Lei Complementar nº 64/1990), em seu conteúdo finalístico, tutelam bens jurídicos diversos, consoante Sato e Souza (2008, p. 81), sendo que, na primeira hipótese, é a igualdade de condições entre os concorrentes e, na segunda hipótese, é a normalidade e legitimidade do pleito.

Por isso, por a avaliação concreta do comportamento ter lesionado o estado de coisas preconizado pela norma, é que, no caso das condutas vedadas, a infringência à lei *de per se* atinge o princípio da igualdade, sujeitando o transgressor às suas consequências. E, no caso do abuso do poder político, necessária é a potencialidade lesiva da ação, conforme indicativo hoje positivado no art. 22, inciso XVI, da Lei de Inelegibilidades (“para a configuração do ato abusivo, não será considerada a potencialidade de o fato alterar o resultado da eleição, mas apenas a gravidade das circunstâncias que o caracterizam”)<sup>62</sup>.

De todo o modo, ao proceder à completude do ordenamento pela densificação concreta do abuso do poder político elegendo meios para isso, o Estado-Juiz cria norma jurídica, a partir do caso posto, pelo processo interpretativo, e preserva, em realidade, na sua eficácia interna de conteúdo, os princípios regentes da administração pública, pois “os princípios dão-nos critérios para tomar posições frente a situações *a priori* indeterminadas” (MIRANDA, 2011, p. 297).

<sup>61</sup> Nessa senda é a orientação do Tribunal Superior Eleitoral: Recurso Especial Eleitoral nº 46822, Acórdão de 27.5.2014, rel. Min. JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, *Diário de Justiça Eletrônico*, Tomo 111, data 16.6.2014, p. 70-71.

<sup>62</sup> Essa orientação é jurisprudencialmente encampada pelo Tribunal Superior Eleitoral: Recurso Especial Eleitoral nº 433079, Acórdão de 2.8.2011, rel. Min. FÁTIMA NANCY ANDRIGHI, publicação: *Diário da Justiça Eletrônico*, data 30.8.2011, p. 88.

Em arremate, pela produção da norma jurídica, em busca do preenchimento da lacuna do ordenamento, está o intérprete-juiz a praticar ativismo judicial. E questionamento algum pode sobrevir dessa afirmação.

É consabido que, no neoconstitucionalismo, ao lado das regras constitucionais, os princípios ganharam força normativa, cabendo ao intérprete Estado-Juiz, na realização do estado de coisas preconizado pela norma-princípio, definir os meios necessários para sua realização, preenchendo o campo semântico de sua indeterminabilidade.

Por via de consequência, o ativismo judicial abre campo para uma postura proativa quando da interpretação da norma, de forma a expandir o seu sentido e alcance, participando o intérprete-juiz do processo de criação da norma.

Não se olvida que, pela menção do art. 2º da Constituição Federal, seja o princípio da separação de poderes um dos pilares do nosso Estado democrático de direito.

Entretantes, a compreensão do princípio da separação de poderes é realizada à luz da teoria política, segundo salienta Moraes Filho (2003, p. 154):

Por conseguinte, a compreensão do princípio da separação de poderes não pode limitar-se à sua configuração normativo-constitucional, fazendo-se necessária a integração de tal configuração com o processo político efetivo, em outras palavras, um diálogo permanente entre a teoria constitucional e a teoria política.

Ao se retomar a discussão em torno da tripartição de poderes, percebe-se que a teoria política é uma ficção jurídica. O poder estatal, oriundo do contratualismo, é único, havendo apenas e tão somente distribuição de funções, pela estrutura orgânica da Constituição.

A tripartidão de poderes é mecanismo próprio, dentro do sistema político-constitucional, a se estabelecer controle recíproco entre os poderes, sendo permitido, pelo próprio ordenamento, afora as atuações

típicas de cada instituição (Executivo<sup>63</sup>, Legislativo<sup>64</sup> e Judiciário<sup>65</sup>), a realização de funções atípicas entre eles.

Por ser o poder estatal único é que está o Judiciário, na realização da completude do ordenamento jurídico, criando, no seu papel interpretativo, normas jurídicas, pelo preenchimento de lacuna, legitimado à prática do ativismo, realizado entre as divisas da justificação formal e material da norma.

## 10 Conclusão

O conceito de Direito causa grande celeuma na teoria geral do Direito.

De maneira adequada, é importante tomar como norte para sua compreensão a *teoria normativa*, que centraliza no Estado o monopólio para expedição da norma jurídica.

Considere-se, também, que marca essencial da norma jurídica é a coatividade, por meio da heterotutela. Evita-se, por tal peculiaridade, que o direito sofra erosão na vida social, tornando-se norma sem sanção.

Transgredido o antecedente normativo, fica formalizada a relação de interdependência com o consequente normativo, a partir de quando se abre espaço ao Estado-Juiz para o exercício da jurisdição.

Todavia, na atividade judicante, como o juiz se defronta com um enunciado linguístico vetor da norma, compete ao intérprete fazer a reconstrução de significados da lei, para, na interpretação, produzir efetivamente a norma jurídica.

Na atividade interpretativa, por sua vez, a lei submete-se a um critério de validade formal, à luz das fontes primárias de execução e produção da norma jurídica, e material, relacionada à realização do estado ideal de coisas perquirido pela norma.

---

<sup>63</sup> Executa leis.

<sup>64</sup> Cria leis.

<sup>65</sup> Julga com base nas leis.

No critério de justificação material, entra em relevo o neoconstitucionalismo, instaurado no ordenamento jurídico constitucional pátrio a partir do da Constituição de 1988.

Nesse paradigma, a Constituição Federal passa a ser o eixo central do ordenamento jurídico, sendo suas disposições dotadas de força normativa.

Haja vista tal compreensão, pelo extenso conteúdo dogmático da Constituição Cidadã, que previu uma gama extensa de direitos fundamentais, há embutido na Norma Fundamental uma vastidão de preservação/concretização de um estado ideal de coisas.

Tais ideários são veiculados pelas normas-princípios e pelas normas-regras, cada qual com sua força de eficácia própria, havendo diferenciação de ordem pragmática de sua aplicação.

Por justamente os princípios terem função tridimensional, servindo de sustentáculo à produção da norma, base para sua interpretação, e, em última análise, revestidos de eficácia cogente para a integração do sistema, é que os princípios ganham especial contorno de atenção no neoconstitucionalismo.

No caso específico das condutas vedadas em campanha eleitoral, pela própria disposição da cabeça do art. 73 da Lei nº 9.504/1997, tais normas proibitivas realizam, precipuamente, o princípio da igualdade formal, afrontado *de per si* diante do ato ilícito.

Também em eficácia interna indireta, as condutas vedadas por parte de agente público, preservam os princípios constitucionais da administração pública, mormente os discriminados no art. 37 da Constituição Federal.

E fora justamente no âmbito da eficácia interna desse estado de coisas perquiridos pelas condutas vedadas que houve recorte dos fatos sociais de relevância capazes de quebrar a igualdade de condições entre os concorrentes do pleito. Logo, a partir do próprio cotejamento argumentativo com o princípio da legalidade estrita administrativa, conclui-se que o rol de condutas vedadas em campanha é taxativo.

De todo o modo, foi visto que as condutas vedadas são espécies do gênero *abuso do poder político*, fator que tangencia a normalidade e a legitimidade do pleito, conforme principiologia disposta no art. 14, § 9º, da Constituição Federal.

Nesse diapasão, a fim de conformar o comando constitucional veio a Lei Complementar nº 64/1990 a tipificar em seu art. 19 a ocorrência do abuso do poder político, servindo-se da técnica legislativa da inserção de conceito jurídico indeterminado na lei.

Possibilitou-se, dessa maneira, pela busca de completude do ordenamento, o preenchimento de possível solução de lacuna, diante da não antecipação de solução face uma situação concreta de utilização da máquina pública em favor de campanha.

No entanto, foi justamente pela conversão da proteção de bem jurídico tutelado (isonomia para normalidade e legitimidade do pleito) que se erigiu o conceito de potencialidade lesiva, devendo o ilícito decorrente do abuso do poder político ter o condão de macular a expressão da representação popular feita nas urnas.

No preenchimento concreto de tal conceito, a partir da atividade interpretativa, ao preencher lacuna ontológica, dentro das balizas de justificação formal e material da norma, o juiz passa a fazer legitimado ativismo.

## Referências

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

ATIENZA, Manuel. *As razões do Direito*. 1. ed. Landy: São Paulo, 2006.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. *Institui o Código Civil*. Presidência da República. Subchefia para Assuntos Jurídicos, Brasília, DF, 2002. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm)>. Acesso em: 25 abr. 2016.

\_\_\_\_\_. *Emenda Constitucional nº 16*. Brasília. 1997. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l4737.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l4737.htm)>. Acesso em: 24 de janeiro de 2014.

\_\_\_\_\_. Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942. *Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro*. Presidência da República. Subchefia para Assuntos Jurídicos, Brasília, DF, 1942. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del4657compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657compilado.htm)>. Acesso em: 25 abr. 2016.

\_\_\_\_\_. Lei nº 9.504, de 30 de setembro de 1997. *Estabelece normas para as eleições*. Presidência da República. Subchefia para Assuntos Jurídicos, Brasília, DF, 1997. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l4737.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l4737.htm)>. Acesso em: 24 jan. de 2014. Link não remete à Lei

\_\_\_\_\_. Tribunal Superior Eleitoral. *Consulta nº 69851*, rel. Min. Marco Aurélio Mendes de Farias Mello, *DJE* de 2.9.2010. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/jurisprudencia/pesquisa-de-jurisprudencia>>. Acesso em: 26 abr. 2016.

\_\_\_\_\_. Tribunal Superior Eleitoral. *Recurso Especial Eleitoral nº 45060*, rel. Min. Laurita Hilário Vaz, *DJE* de 22.10.2013. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/jurisprudencia/pesquisa-de-jurisprudencia>>. Acesso em: 26 abr. 2016.

\_\_\_\_\_. Tribunal Superior Eleitoral. *Recurso Especial Eleitoral nº 46822*, rel. Min. João Otávio de Noronha, *DJE* de 16.6.2014. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/jurisprudencia/pesquisa-de-jurisprudencia>>. Acesso em: 26 abr. 2016.

BOBBIO, Norberto. *Teoria da Norma Jurídica*. 3. ed. Edipro: São Paulo, 2005.

\_\_\_\_\_. *Teoria Geral do Direito*. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 23. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito Tributário, Linguagem e Método*. 3. ed. São Paulo: Noeses, 2009.

CERQUEIRA, Thales Tácito; CERQUEIRA, Camila Albuquerque. *Direito Eleitoral Esquemático*. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Curso de Direito Constitucional*. 6. ed. Salvador: JusPodivm, 2012.

DINIZ, Maria Helena. *Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro Interpretado*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de Direito Administrativo*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

GOMES, José Jairo. *Direito Eleitoral*. 4. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

GUASTINI, Ricardo. *Das Fontes às Normas*. 1. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 19. ed. Malheiros: São Paulo, 2005.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da Constituição*. 3. ed. São Rio de Janeiro: Forense, 2011.

MORAES FILHO, José Filomeno de. *Teoria da Constituição*. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

REIS, Marlon. *Direito Eleitoral Brasileiro*. 1. ed. Brasília: Alumnus, 2012.

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

RODRIGUEZ, José Rodrigo; BOUCAULT, Carlos E. de Abreu (Orgs.). *Controlar a profusão de sentidos: a hermenêutica jurídica como negação do subjetivo*. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

\_\_\_\_\_. *Hermenêutica constitucional: direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade*. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

SANSEVERINO, Francisco de Assis Vieira. *O Uso da Máquina Pública nas Campanhas Eleitorais*. 1. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2012.

SARMENTO, Daniel. *O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades*. 1. ed. Quartier Latin: São Paulo, 2008.

SOUZA, Sergio de; SATO, Luciano Tadau Yamaguti. *O abuso de poder político: uma proposta de análise a partir de sua necessária correlação com as condutas vedadas aos agentes públicos*. 1. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

# SISTEMAS ELEITORAIS E PROPOSTAS DE REFORMA POLÍTICA NO BRASIL<sup>1</sup>

## ELECTORAL SYSTEMS AND POLICY REFORM PROPOSALS IN BRAZIL

JOSAFÁ DA SILVA COELHO<sup>2</sup>

### RESUMO

Este artigo analisa os sistemas eleitorais como arranjos políticos da democracia representativa, inserindo-os no contexto do atual debate sobre a reforma política no Brasil. Os sistemas eleitorais constituem o conjunto de regras jurídico-políticas necessárias ao exercício da democracia e para a escolha daqueles que exercerão, em nome do povo, o poder político.

---

<sup>1</sup> Artigo recebido em 28 de setembro de 2015 e aprovado para publicação em 24 de novembro de 2015.

<sup>2</sup> Mestre em Políticas Sociais e Cidadania pela Universidade Católica do Salvador (Ucsal). Professor de Direito da Faculdade Unijorge. Bacharel em Direito e em Economia pela Universidade Federal de Alagoas. Analista Judiciário dos quadros do TRE/BA.

**Palavras-chave:** Democracia representativa. Sistemas eleitorais. Reforma política.

## ABSTRACT

This article analyzes the electoral systems and political arrangements of representative democracy by entering them in the context of the current debate on political reform in Brazil. Electoral systems are the set of legal and political rules necessary for the exercise of democracy and for the choice of those who carry out, on behalf of the people, political power.

**Keywords:** Representative democracy. Electoral systems. Political reform.

## 1 Introdução

Desde o surgimento do Estado Moderno, o tema *democracia* se inseriu definitivamente na agenda de discussões da ciência política: ou porque constitui um ideal político e filosófico de toda humanidade ou porque representa uma temática que reúne uma variedade de questões sociais e políticas a serem enfrentadas no dia a dia pela sociedade. Ademais, falar em democracia é procurar desvendar o fenômeno do poder político e do próprio Estado.

Atualmente, as principais inquietações que o tema da democracia tem despertado dizem respeito aos limites e às contradições do “governo do povo”. Nesse sentido, Claude Lefort (2001, p. 2.626) anuncia que a democracia tem revelado uma “presença ausente do povo”, o poder como um local vazio, uma lacuna entre o simbólico e o real. O poder não pertence a ninguém. Institucionalizou-se uma democracia sem povo. Esvaziou-se o significado de democracia, reduzido à mera escolha de dirigentes, sem a participação efetiva da sociedade no governo.

Mas o debate assíduo em torno da democracia tem exorbitado dos limites do campo científico. Embora não tenha ganhado as ruas, como deseja todo republicano, tem sido assunto sempre presente na mídia, nos espaços de atividade política e no Parlamento brasileiro, que,

sob o título de “reforma política” e a propósito do Projeto de Emenda à Constituição (PEC) nº 352/2013, trava atualmente (junho 2015) uma acirrada discussão sobre os sistemas eleitorais que serão utilizados na escolha dos representantes do povo. Discutem-se ainda sobre o modelo de financiamento de partidos e campanhas eleitorais, as possibilidades de coligações, cláusula de barreiras à criação de partidos políticos, reeleição e voto facultativo, entre outras questões.

Neste trabalho, o foco das discussões serão os sistemas eleitorais como arranjos da democracia representativa utilizados no processo eleitoral para a escolha dos representantes do povo (sistema majoritário, distrital, proporcional com lista aberta, proporcional com lista preordenada, misto), uma vez que seria impossível tratarmos, em um único artigo, de todos os assuntos que estão no bojo da referida PEC.

Os sistemas eleitorais constituem o conjunto de regras jurídico-políticas necessárias ao exercício da democracia e para a escolha daqueles que exercerão, em nome do povo, o poder político por meio dos cargos públicos eletivos, responsáveis pela edição de leis e pela definição e execução das políticas públicas.

Os sistemas eleitorais são definidos conforme as regras de apuração, contagem e agregação de votos, bem assim pela forma de conversão dos votos em mandatos. É o conjunto de regras que caracteriza os sistemas.

São, basicamente, três os sistemas eleitorais utilizados pelos países democráticos: a) o sistema majoritário; b) o sistema proporcional; c) o sistema misto. No Brasil, adota-se o sistema majoritário nas eleições para os cargos do Poder Executivo (presidente, governador e prefeito) e para os cargos do Senado. Já o sistema proporcional é utilizado nas eleições para deputados e vereadores.

## 2 O sistema eleitoral majoritário

No sistema majoritário, considera-se eleito o candidato que obtiver mais votos entre os competidores. Para a eleição, pode ser exigida a

maioria relativa ou a maioria absoluta. Na primeira hipótese, teremos o chamado sistema majoritário simples, adotado no Brasil nas eleições para senadores e prefeitos de municípios com até 200 mil eleitores. Na segunda hipótese, teremos o sistema majoritário absoluto, adotado no Brasil nas eleições para presidente da República, governadores e prefeitos de municípios com mais de 200 mil eleitores.

A Constituição Federal (BRASIL, 1988), em seu art. 77, §§ 1º e 2º, estabelece que será eleito presidente o candidato que obtiver a maioria absoluta de votos, não computados os em branco e os nulos. Caso nenhum candidato alcance a maioria absoluta na primeira votação, haverá nova eleição entre os dois candidatos mais votados, considerando-se eleito aquele que obtiver a maioria dos votos válidos.

O sistema majoritário simples, adotado nas eleições para senadores da república e prefeitos de municípios com até 200 mil eleitores, exige um único turno de eleição. Vence o candidato mais votado, independentemente da soma dos votos dos concorrentes.

O sistema majoritário simples é criticado justamente por permitir a eleição de candidatos não legitimados pela maioria absoluta do eleitorado. Nesse sentido, candidatos com alto nível de rejeição podem ser eleitos.

No sistema majoritário absoluto, os votos do eleito devem corresponder, necessariamente, a mais de 50% dos votos válidos, não sendo levados em conta os votos em branco, os votos nulos e as abstenções. Caso a maioria absoluta não seja alcançada no primeiro turno das eleições, os dois candidatos mais votados disputarão o segundo turno.

As variantes mais difundidas do sistema majoritário são: a) o voto majoritário uninominal; e b) o voto majoritário plurinominal. No sistema de voto majoritário uninominal, o território é dividido em distritos, e os eleitores de cada um deles elegem um representante para o Poder Legislativo. Já no sistema de voto majoritário plurinominal, as circunscrições são divididas em distritos que elegem, pelo voto majoritário, seus representantes (mais de um).

A proposta conhecida como “distritão” consiste na divisão dos estados, do Distrito Federal e até de municípios maiores em circunscrições (distritos), nos quais seriam realizadas eleições utilizando-se o sistema de voto majoritário uninominal ou plurinominal. O Estado da Bahia, por exemplo, que atualmente elege 39 deputados federais pelo sistema eleitoral proporcional atual (de lista aberta), poderia ser dividido em 39 distritos, onde haveria, em cada um desses distritos, uma eleição pelo voto majoritário uninominal. Uma alternativa seria um número menor de distritos com eleições pelo voto majoritário plurinominal; nesse caso teríamos mais de um candidato eleito em cada distrito.

A PEC nº 352/2013 mantém o voto proporcional para deputados, mas cria circunscrições em cada estado e nos municípios maiores, com os candidatos disputando de quatro a sete cadeiras nesses distritos. Assim, não haveria mais disputa de votos no âmbito do estado como um todo, conforme acontece atualmente.

A dita PEC prevê também uma cláusula de desempenho individual, exigindo votos nominais correspondentes a 10% do quociente eleitoral (número de votos válidos apurados, dividido pelo de lugares a preencher em cada circunscrição eleitoral) para empossar o eleito.

### 3 O sistema eleitoral proporcional

No sistema eleitoral proporcional, as cadeiras do parlamento são distribuídas na proporção do número de eleitores que votaram nas correntes ideológicas representadas pelos partidos ou pelas coligações. Dessa forma, ao votar, o eleitor escolhe ser representado por determinado partido e, preferencialmente, pelo candidato por ele escolhido. Caso este não seja eleito, o voto será somado aos demais votos da legenda, compondo a votação do partido ou da coligação.

John Stuart Mill (1964, apud Barreiros Neto, 2011, p. 61) defende o sistema eleitoral proporcional como o mais democrático e representativo, porquanto, ao mesmo tempo em que garante que a maioria tenha, de fato, a maior parte dos representantes, não ignora a vontade das minorias, assegurando também a estas suas representações:

Em qualquer democracia realmente igual, toda ou qualquer seção deve ser representada, não desproporcionalmente, mas proporcionalmente. Maioria de eleitores terá sempre maioria de representantes, mas a minoria dos eleitores deverá ter sempre uma minoria de representantes. Homem por homem, deverá ser representada tão completamente como a maioria. A menos que se dê, não há governo igual, mas governo de desigualdade e de privilégio: uma parte do povo manda na outra; retirar-se-á de certa porção da sociedade a parte justa e igual de influência na representação, contrariamente a todo governo justo, mas acima de tudo, contrariamente ao princípio da democracia, que reconhece a igualdade como o próprio fundamento e raiz.

A Constituição Federal (BRASIL, 1988) acolheu o sistema proporcional para a escolha de vereadores e deputados (estaduais, distritais e federais). Nos termos do art. 45 da Lei Maior, aplicado, por simetria, para as vagas nas assembleias legislativas, na Câmara Legislativa do Distrito Federal e nas câmaras de vereadores, "A Câmara dos Deputados compõe-se de representantes do povo, eleitos pelo sistema proporcional em cada Estado, em cada Território e no Distrito Federal". Já a eleição dos senadores é realizada pelo sistema majoritário, assim como a escolha dos governadores e do presidente da República.

O processo eleitoral leva em conta a magnitude da circunscrição eleitoral e a proporcionalidade em relação à população de cada circunscrição. No Brasil, existem três tipos de circunscrição eleitoral: os municípios, onde são eleitos os vereadores e os prefeitos; os estados e o Distrito Federal, onde são eleitos os deputados estaduais, deputados distritais, deputados federais, senadores e governadores; e a União, que elege o presidente da República. A proporcionalidade em relação à população diz respeito à proporção entre o número de representantes e o número de representados, conforme dispõe a Constituição Federal (BRASIL, 1988), em seu art. 45, §§ 1º e 2º:

§ 1º – O número total de Deputados, bem como a representação por Estado e pelo Distrito Federal, será estabelecido por lei complementar, proporcionalmente à população, procedendo-se aos ajustes necessários, no ano anterior às eleições, para que nenhuma daquelas unidades da Federação tenha menos de oito ou mais de setenta Deputados.

§ 2º – Cada Território elegerá quatro Deputados.

Ocorre que a proporcionalidade estabelecida pela Constituição Federal para os cargos de deputado federal não se mostra de todo adequada, uma vez que a fixação de um mínimo de 8 deputados e o máximo de 70 não se ajusta ao princípio do voto com igual valor para todos, previsto no art. 14 da Carta Magna, ao afirmar que “[a] soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos, e, nos termos da lei [...]”. A esse respeito, José Afonso da Silva (1999, p. 510-511) leciona que:

É fácil ver que um estado com quatrocentos mil habitantes terá oito representantes enquanto um de trinta milhões terá apenas setenta, o que significa um Deputado para cada cinquenta mil habitantes (1:50.000) para o primeiro e um para quatrocentos e vinte e oito mil e quinhentos e setenta e um habitantes para o segundo (1:428.571).

Em qualquer matemática, isso não é proporção, mas brutal desproporção; [...]

Para Miguel Reale (1962 apud SILVA, 1999, p. 511), tal fato constitui um atentado ao princípio da representação proporcional: “A Câmara dos Deputados deve ser o espelho das forças demográficas de um povo; nada justifica que, a pretexto de existirem grandes e pequenos Estados, os grandes sejam tolhidos e sacrificados em direitos fundamentais de representação”.

Alexandre Luís Mendonça Rollo (2011, p. 77-78) ratifica as críticas quanto à fixação de um mínimo de 8 e um máximo de 70 deputados para as unidades da Federação:

E não se diga, em defesa da proporção atual, que Estados maiores não podem ter a força política muito maior do que Estados menores, devendo haver tratamento – tanto quanto possível – igual entre todos os Estados. Primeiro porque a igualdade estrita já não existe com a fixação de um mínimo de oito e um máximo de setenta deputados, dependendo da população de cada Estado. Segundo porque se o sistema é “proporcional” à população igualdade é tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, ou melhor, se os Estados são desiguais em termos populacionais, também devem sê-lo em termos de representação parlamentar. Terceiro porque, conforme registra a própria Constituição Federal, “a Câmara dos Deputados compõe-se de representantes do povo”,

sendo o Senado Federal a Casa Legislativa que representa os Estados e o Distrito Federal, e onde cada ente federativo conta com igual número de senadores (três). Se é assim, o povo de um Estado com grande densidade demográfica não pode ser sub-representado, em comparação ao povo de um Estado com baixa densidade demográfica.

O sistema eleitoral proporcional visa à representação dos setores minoritários da sociedade nos parlamentos. Os principais instrumentos utilizados por esse sistema para a definição dos partidos e candidatos que ocuparão as vagas do parlamento são: a) o quociente eleitoral; e b) o quociente partidário.

O quociente eleitoral, em conjunto com o quociente partidário e a distribuição das sobras, constitui os métodos pelos quais se distribuem as cadeiras nas eleições proporcionais. O quociente eleitoral foi desenvolvido por Victor D'Hondt.<sup>3</sup> O quociente eleitoral é determinado dividindo-se o número de votos válidos apurados pelo número de vagas a serem ocupadas em cada circunscrição eleitoral. Contam-se como válidos apenas os votos dados a candidatos regularmente inscritos e às legendas partidárias, conforme dispõe a Lei nº 9.504, de 30 de setembro de 1997 (BRASIL, 1997), art. 5º. Noutras palavras, o quociente eleitoral é o resultado da divisão entre o número de votos válidos apurados na eleição proporcional (tanto os nominais quanto os de legenda) pelo número de vagas da Casa Legislativa, conforme estabelece o art. 106 do Código Eleitoral (Lei nº 4.737, de 15 de julho de 1965). O resultado dessa operação define a quantidade de votos válidos necessários para se eleger pelo menos um candidato por uma legenda partidária.

Definido o quociente eleitoral, o sistema proporcional prevê o cálculo do quociente partidário, que definirá quantas vagas caberá a cada partido e/ou coligação. O quociente partidário resulta da divisão entre o número de votos válidos sufragados a uma mesma legenda partidária

---

<sup>3</sup> Victor D'Hondt nasceu na Bélgica, em 1841. Foi jurista e professor de Direito Civil na Universidade de Ghent. O método D'Hondt, também conhecido como método dos quocientes ou método da média mais alta, é um método para alocar a distribuição de deputados e outros representantes eleitos na composição de órgãos de natureza colegial. O método é usado em países como Brasil, Bélgica, Portugal, Cabo Verde, Espanha, Argentina, Áustria, Bélgica, Dinamarca, Finlândia, Paraguai e Uruguai, entre outros.

(tanto os nominais dados aos candidatos daquela legenda quanto os propriamente de legenda) pelo quociente eleitoral anteriormente definido. Essa operação define o número de representantes que a legenda elegerá.

Os nomes dos candidatos da legenda (partido ou coligação), cuja quantidade foi estabelecida pelo valor do quociente partidário, serão definidos pela ordem da votação nominal obtida por cada candidato individualmente (art. 108 do Código Eleitoral).

Os lugares não preenchidos com a aplicação dos quocientes partidários serão distribuídos por meio dos cálculos previstos no art. 109 do Código Eleitoral, respeitada sempre a proporcionalidade da votação obtida por cada partido ou coligação.

Considerando que as vagas conquistadas pelos partidos ou pelas coligações partidárias são definidas pelos eleitores, observando-se a ordem de votação nominal obtida por cada candidato individualmente, pode-se concluir que o sistema eleitoral adotado nas eleições para deputados e vereadores no Brasil é o sistema eleitoral proporcional de lista aberta. Ocorre que também existe o sistema de voto proporcional em lista preordenada pelos partidos, conforme veremos adiante.

### 3.1 O sistema eleitoral proporcional com lista aberta

O sistema eleitoral proporcional com lista aberta não permite aos partidos políticos o controle sobre a distribuição das cadeiras em disputa nas eleições para o parlamento. Nesse sistema, os eleitores escolhem diretamente os candidatos que desejam eleger, por afinidades ideológicas ou por outras razões de natureza pessoal. Além do Brasil, o voto em lista aberta foi adotado no Chile, na Argentina, na Bélgica, na Noruega, na Áustria e na Polônia, entre outros.

A crítica mais comum a esse sistema está relacionada com o predomínio das motivações pessoais sobre as motivações partidárias ou ideológicas na decisão do voto. No Brasil, são fortes as evidências de personalização da campanha eleitoral, uma vez que as campanhas

são centradas nos candidatos e não nos partidos, e que cada candidato estrutura e organiza sua própria campanha de forma independente em relação ao seu partido.

A personalização do processo eleitoral no Brasil atingiu um ponto tal que os partidos políticos, ou seus programas e ideias, já não exercem o papel de catalisadores de votos dos candidatos, mas o oposto: o perfil do candidato é que tem dinamizado o voto dos partidos. Nesse sentido, uma vez que o desempenho dos partidos depende da soma dos votos dos candidatos, os partidos têm recrutado pessoas populares, ainda que não necessariamente identificadas com seus programas ou engajadas com sua história partidária, para concorrerem às vagas das casas legislativas.

No sistema de voto proporcional com lista aberta, os candidatos são eleitos de forma “descolada” de seus respectivos partidos, porquanto fazem a campanha eleitoral com seus próprios recursos, chegando ao parlamento com mais autonomia e mais propensos a mudar de partido conforme as vantagens se apresentem. Esse contexto favorece o enfraquecimento dos partidos políticos.

Alexandre Luís Mendonça Rollo (2007, p. 87-89) afirma que o “voto proporcional em lista aberta, sistema que alguns setores da imprensa costumam criticar, talvez seja o pior dos sistemas, excluídos todos os demais.” O autor sustenta ainda que as vantagens desse sistema são muito superiores àquelas apresentadas pelo sistema de voto em lista preordenada ou fechada, a saber:

- a) Trata-se de sistema muito mais democrático. A escolha dos eleitos cabe ao eleitor e não aos partidos políticos.
- b) Permite que o eleitor vote no candidato de sua preferência. Dentro do universo apresentado pelos partidos, o eleitor tem total liberdade de votar no candidato de sua preferência, algo que não ocorre na lista fechada.
- c) Respeito ao princípio da isonomia. Todo candidato possui as mesmas chances de ser eleito, não dependendo da posição que o partido definiu na lista, mas de seu desempenho individual nas urnas, combinado com o desempenho de seu partido/coligação, que precisa atingir o quociente eleitoral.
- d) Maior dificuldade na compra de votos. Quanto maior o número de votos necessários para o candidato se eleger,

mais difícil fica a compra de votos. Ao se restringir o colégio eleitoral com a lista fechada (os delegados decidirão a ordem de nomes na lista), ficará muito mais fácil a compra de votos dos delegados de partido.

e) Quem decide sobre os eleitos é o povo e não as cúpulas partidárias. No sistema atual, em que pese haver algum poder de decisão dos partidos (que decidem em convenção quem terá legenda para ser candidato e quem não terá), cabe ao povo decidir quem será eleito dentre os candidatos apresentados pelo partido.

f) Maior facilidade na renovação. Atualmente, políticos iniciantes possuem mais chances de serem eleitos. Com as listas fechadas, os partidos tenderiam a indicar na cabeça das listas os antigos e poderosos políticos.

Alexandre Luís Mendonça Rollo (2007, p. 88-89) também explicita as desvantagens do sistema proporcional com lista aberta – são as seguintes:

a) Enfraquecimento dos partidos, uma vez que a eleição proporcional em voto aberto é muito individualizada.

b) Sistema “proporcional desproporcional”. Um deputado federal de São Paulo representa um número de eleitores muito maior do que seu colega de Rondônia. Todavia, tal distorção pode ser superada com a alteração do art. 45, § 1º, da Constituição Federal.

c) Possibilidade de eleição de candidatos com pequeno número de votos. Esse problema pode ser resolvido com a introdução de uma espécie de cláusula de desempenho, que exija do candidato uma votação mínima para ser considerado eleito.

d) Grande volume de prestação de contas. Com as campanhas individuais, multiplicam-se as prestações de contas, dificultando o trabalho de fiscalização da Justiça Eleitoral.

### 3.2 O sistema eleitoral proporcional com listas partidárias fechadas ou preordenadas

O Projeto de Lei do Senado (PLS) nº 268/2011 apresenta o financiamento público exclusivo de campanhas eleitorais juntamente com a proposta de adoção do voto em listas fechadas (ou preordenadas). Nesse sistema, também adotado em Portugal, África do Sul e Romênia, é

apresentada ao eleitor uma lista ordenada com os candidatos elegíveis ao pleito e, nesse caso, o eleitor votaria apenas na legenda partidária, e não nos candidatos. O sistema de listas fechadas representaria uma economia significativa no financiamento público das campanhas, uma vez que não existiriam disputas entre os candidatos de um mesmo partido a serem resolvidas pelos eleitores. Além de menos oneroso aos cofres públicos, o sistema eleitoral de listas fechadas também facilita o controle do repasse de verbas públicas.

Para adequar o modelo de voto em listas preordenadas ao sistema constitucional brasileiro, a Comissão de Reforma Política do Senado Federal elaborou a Proposta de Emenda à Constituição – PEC nº 43/2011 (BRASIL, 2011):

Art. 1º O *caput* do art. 45 da Constituição Federal passa a vigorar com a seguinte redação:

Art. 45. A Câmara dos Deputados compõe-se de representantes do povo, eleitos pelo sistema proporcional, em listas partidárias preordenadas, respeitada a alternância de um nome de cada sexo, em cada Estado, em cada Território e no Distrito Federal, na forma da lei.

Veja-se que a referida PEC prevê ainda a alternância obrigatória de um nome de cada sexo, almejando com isso um aumento da presença feminina nas casas legislativas. Atualmente vigora a exigência de um mínimo de 30% das candidaturas para cada sexo, conforme o art. 10, § 3º, da Lei das Eleições, Lei nº 9.504, de 30 de setembro de 1997.<sup>4</sup> Tal regra não fez mais do que garantir às mulheres cerca de 10% das cadeiras em disputa, percentual que deixa o Brasil ainda nas piores posições na comparação internacional.

Para os críticos do sistema de listas fechadas, este modelo retira do cidadão a condição de eleitor primário, prevista no art. 14, *caput*, da Constituição Federal, uma vez que a escolha dos membros do Parlamento seria realizada pelas convenções dos partidos, e não pelos eleitores. Nesse caso, os partidos que elaborariam as listas preordenadas fariam o papel de intermediários ilegítimos entre o eleitor e o candidato, frustrando, assim, a natureza direta do voto.

---

<sup>4</sup> BRASIL, 1997

Art. 14. A soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos, e, nos termos da lei, mediante: [...]

Nesse sentido, o sistema de listas fechadas violaria cláusula pétrea da Constituição Federal, que no § 4º do art. 60, estabelece:

§ 4º – Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:

[...]

II – o voto direto, secreto, universal e periódico; [...]

Em seu artigo intitulado Voto em Lista Fechada Exclui os Jovens da Política, o professor Antonio Carlos Mendes Thame (2014, p. 1), ex-deputado federal e ex-prefeito, elenca os inconvenientes do sistema eleitoral proporcional com listas fechadas:

a) O eleitor deixa de poder votar no candidato de sua preferência e, por isso, perde sentido acompanhar o desempenho de cada um dos eleitos, já que o voto nas eleições não poderá levar em conta a performance dos candidatos e sim a dos partidos.

b) Haveria um radical distanciamento entre os eleitores e os eleitos, não somente porque diminuiria o interesse em acompanhar o desempenho pessoal de cada um dos eleitos, mas também porque o parlamentar deixa de ter razões para prestar contas de seu mandato ao povo, já que ele deve sua eleição ao partido, que o colocou entre os primeiros lugares na lista fechada. Os eleitos passam a dedicar a maior parte de seu tempo para dar satisfações aos líderes partidários ou aos delegados que tenham o poder de, numa convenção partidária, definir os primeiros nomes em uma lista fechada para as próximas eleições.

c) Facilitaria a compra de votos, pois as eleições, na prática, deixam de ser decididas nas urnas e passam a ser consumadas num colegiado muito menor, seja nas convenções partidárias, onde só votam os delegados ou os filiados, ou, o que é ainda pior, por decisões autoritárias das lideranças partidárias.

d) Impede a renovação, pois os primeiros lugares na lista serão sempre ocupados pelas mesmas pessoas, os donos do partido, eufemisticamente chamados de "lideranças naturais", afastando os jovens e novas lideranças comunitárias. Estes

serão os mais prejudicados por uma eventual adoção da lista fechada: quem quiser disputar um cargo político precisará ficar esperando que algum dos antigos e permanentes caciques se aposente ou morra.

e) Na prática, o sistema de lista fechada substitui a eleição direta pela eleição indireta, embora o voto direto seja cláusula pétrea da Constituição Federal, já que os eleitores terão participação mínima no resultado das eleições. A verdadeira e decisiva escolha se dará no momento em que, na intimidade dos partidos, *interna corporis*, for definida a ordem dos nomes em sua lista fechada (ROLLO, 2007, p. 90).

Por outro lado, as vantagens do sistema eleitoral proporcional com lista preordenada seriam as seguintes:

a) Fortalecimento dos partidos políticos: nesse modelo os partidos indicam e, praticamente, definem os eleitos, passando a deter mais poder político. Esse contexto resultaria numa definição mais clara sobre as propostas e posições políticas de cada partido.

b) Não seria mais possível a eleição de candidatos com poucos votos no lugar daqueles que obtiveram expressiva votação, pois não haveria mais votos individuais.

c) Pequeno número de prestação de contas: em vez de a Justiça Eleitoral ter que analisar as contas de milhares de candidatos, debruçar-se-ia apenas sobre as prestações de contas dos partidos, pois a campanha eleitoral passaria a ser de responsabilidade dos partidos políticos.

Segundo Antonio Carlos Mendes Thame (2014, p. 2), o voto em lista representa um verdadeiro retrocesso, já que a democracia tem por base que o eleitor escolha diretamente seu candidato para representá-lo no Legislativo. Com o voto em lista fechada, o parlamentar deixa de ser representante do povo em favor do partido.

Vale ressaltar que, enquanto no sistema de lista aberta os eleitos realizam constantes trocas de legendas, ao sabor de seus interesses – a despeito das ressalvas legais –, no sistema de lista ordenada haveria uma maior dificuldade na troca de partido político, uma vez que o mandato estaria, definitivamente, vinculado à agremiação partidária.

Além dos sistemas proporcionais de voto em lista aberta e de voto em lista ordenada, fala-se ainda em sistema de voto em lista flexível, que representa um modelo intermediário entre os dois já mencionados. No modelo de lista flexível, o eleitor pode votar na lista apresentada pelo partido ou em um dos candidatos da lista. Ao final da apuração dos votos, a posição do candidato na lista pode ser alterada, a depender da votação obtida.

Para Alexandre Luís Mendonça Rollo (2007, p. 91-92), o sistema de eleição proporcional com lista aberta continua sendo a melhor alternativa existente, apesar de não ser um modelo perfeito. Todavia, caso a reforma política no Brasil institua o voto em lista fechada, o autor apresenta duas sugestões para mitigar suas imperfeições:

a) A escolha dos nomes nas convenções partidárias deve ocorrer por meio de votação dos filiados do partido (não somente dos delegados ou das executivas partidárias) que contem com o mínimo de seis meses de filiação partidária. Quanto maior o número de votos obtidos pelo pré-candidato, melhor deverá ser sua posição na lista. Tais regras diminuiriam a influência das cúpulas dos partidos ou de delegados. Quanto ao tempo mínimo de seis meses, evitaria um inchaço do partido momentos antes da convenção, com objetivos espúrios.

b) Deve-se exigir, quando das convenções para a indicação da ordem dos nomes na lista, a presença de um observador eleitoral a ser designado pela Justiça Eleitoral, que teria o papel de fiscalizar e relatar as ocorrências nas convenções para futuro e eventual questionamento judicial. O objetivo da proposta é evitar fraude na convenção partidária, uma vez que, para os cargos proporcionais, essa passaria a ser a verdadeira eleição.

Uma alternativa conciliadora seria combinar o modelo de lista aberta com o modelo de lista fechada. Seria um sistema misto de listas, no qual metade dos candidatos seria eleito com voto aberto e a outra metade com voto em lista fechada. Neste sistema, o que determinaria o número de vagas de cada partido ou coligação seriam os votos que o partido viesse a obter por meio da lista apresentada aos eleitores. Dessa forma, restariam combinadas as vantagens de cada modelo. A dificuldade na implementação dessa ideia estaria relacionada com a necessidade de o eleitor votar duas vezes

para os candidatos do parlamento: uma vez no candidato de sua preferência e outra vez na lista apresentada pelo partido.

#### 4 O sistema de voto distrital

O sistema de voto distrital é uma modalidade do sistema majoritário. Nesse modelo, o eleitorado é dividido em distritos geográficos, onde serão disputadas as vagas para o Parlamento. Conforme já mencionado, o voto distrital consiste na divisão de estados, do Distrito Federal e até de municípios em circunscrições ou distritos, nos quais seriam realizadas eleições, utilizando-se o sistema de voto majoritário uninominal ou plurinominal. O Estado da Bahia, por exemplo, que atualmente elege 39 deputados federais pelo sistema eleitoral proporcional (com lista aberta), poderia ser dividido em 39 distritos, onde haveria, em cada um desses distritos, uma eleição pelo voto majoritário uninominal. Uma alternativa seria um número menor de distritos com eleições pelo voto majoritário plurinominal; nesse caso, teríamos mais de um candidato eleito em cada distrito.

Conforme já expresso, a PEC nº 352/2013 cria circunscrições em cada estado, no Distrito Federal e nos municípios maiores, com os candidatos disputando de quatro a sete cadeiras nesses distritos. Assim, não haveria mais disputa de votos no estado inteiro, como acontece atualmente.

O sistema de voto distrital favorece a concentração de mandatos nas mãos de poucos partidos, uma vez que, em regra, somente os grandes partidos conseguem vencer as eleições nos distritos. Os defensores desse sistema consideram tal situação uma vantagem, já que o número reduzido de partidos facilitaria a obtenção de maiorias, contribuindo, assim, para a governabilidade. O Brasil já adotou o voto distrital em dois momentos: durante o período do Império (1822-1889) e na República Velha (de 15 de novembro de 1889 até a Revolução de 1930).

João Fernando Lopes de Carvalho (2007, p. 97-98) aponta as seguintes vantagens do voto distrital em relação ao modelo atual (sistema proporcional com lista aberta): a) proximidade entre eleitor e eleito; b) campanha eleitoral mais barata; c) tendência à diminuição do número de partidos políticos; e d) garantia de representação parlamentar para todas as regiões geográficas.

a) Proximidade entre eleitor e eleito:

Trata-se de relevante virtude do sistema distrital. A disputa eleitoral passaria a se desenvolver em distritos com um número menor de eleitores, e não mais em colégios eleitorais formados pelo eleitorado de cada estado da Federação, que alcançou, na eleição de 2012, mais de 31 milhões de eleitores no estado de São Paulo e mais de 10 milhões no estado da Bahia. Uma das críticas mais contundentes feitas ao atual sistema de votação proporcional é justamente a de que os parlamentares eleitos não mantêm uma relação estreita com os eleitores, perdendo a identidade com suas bases eleitorais, uma vez que disputam votos de eleitores que estão espalhados por todos os estados. Desse modo, os parlamentares eleitos não se veem obrigados a prestar contas de seus mandatos aos eleitores. E como realiza sua campanha eleitoral individualmente, enfatizando suas próprias propostas e projetos, sua vinculação com o partido político também é enfraquecida.

Esse contexto é considerado como o principal responsável pela grave crise moral que se abate sobre a política brasileira. O sistema de voto distrital seria a solução para esse mal, pois reduziria o colégio eleitoral e estabeleceria um efetivo vínculo entre o parlamentar e a população do distrito que o elegeu, passando a prevalecer a personificação do debate político, tal como acontece no sistema majoritário, o que possibilitaria maior responsabilização dos parlamentares pela sua conduta no exercício do cargo (CARVALHO, 2007, p. 99).

b) Campanha eleitoral mais barata:

O atual modelo de voto proporcional exige que os candidatos aos cargos parlamentares divulguem sua candidatura a todos os eleitores de seu estado, nos mais distantes municípios e localidades. Aos candidatos ao cargo de deputado federal e estadual da Bahia, por exemplo, restará o difícil e oneroso desafio de realizar campanha eleitoral nos 417 municípios baianos, tendo de cobrir uma área de 564.692,67 km<sup>2</sup>, 4,3 vezes maior do que a área da Inglaterra (130.395 km<sup>2</sup>), por exemplo.

Com a realização da disputa em distritos de menor tamanho físico e com quantidade menor de eleitores, os custos das campanhas eleitorais

tendem a diminuir. Ademais, cada partido somente poderá lançar um candidato por vaga em disputa (caso seja esse o modelo adotado), o que representaria também uma diminuição no número total de candidatos. A legislação atual prevê que cada partido pode registrar até 150% do número de lugares para as casas legislativas. No caso de coligação para as eleições proporcionais, independentemente do número de partidos que a integrem, poderão ser registrados candidatos até o dobro do número de lugares a preencher (Lei nº 9.504, de 30 de setembro de 1997, art. 10, §§ 1º e 2º).

A redução da circunscrição eleitoral formada pelos distritos, fazendo diminuir o universo de eleitores a serem alcançados pela campanha eleitoral de cada candidato, bem como a diminuição da quantidade total de candidatos, certamente conduzirão a uma redução nos gastos de campanha.

c) Tendência à diminuição do número de partidos:

Indica-se frequentemente como vantagem decorrente da adoção do sistema do voto distrital a diminuição dos partidos políticos com representação parlamentar. Isso porque, enquanto o sistema proporcional garante o acesso às vagas do Parlamento a vários partidos, observando-se a proporção de votos obtidos, o sistema majoritário (prevalecente no modelo de voto distrital) permite o assento na Casa Legislativa somente ao partido que obteve mais voto. Obviamente, os partidos minoritários ou menos votados poderão também eleger parlamentares no sistema distrital, bastando para isso que, mesmo obtendo votação geral (em todo estado) menor, consigam a vitória em determinados distritos.

Nesse sentido, o voto distrital pode proporcionar maior governabilidade, na medida em que facilita as negociações para a formação de uma maioria parlamentar, graças à redução da quantidade de partidos nas assembleias legislativas e no Congresso Nacional. Todavia, convém lembrar que o pluralismo político constitui um dos fundamentos do Estado brasileiro (Constituição Federal, art. 1º, V) e que o pluripartidarismo político é um princípio do sistema político-constitucional da República Federativa brasileira (Constituição Federal,

art. 17), o que aponta para a necessidade de uma ponderação quanto à obtenção dessa vantagem obtida com o voto distrital.

A redução do número de partidos pode funcionar para depurar o quadro político de legendas afastadas de representatividade popular, mas não pode ser um fim em si mesmo, como afirma João Fernando Lopes de Carvalho (2007, p. 104-105):

A redução do número de partidos políticos pode funcionar, sim, para purgar o quadro político de legendas afastadas de verdadeira representatividade ideológica e popular. Mas não pode ser um fim em si mesma, pois, como já deixou claro o texto da Constituição, a democracia no Brasil deve se realizar e se conduzir através da pluralidade política e do pluripartidarismo. E tais características não podem ser expurgadas do quadro político, apenas em favor da obtenção de maior estabilidade política para os governantes, pois assim se estaria conspirando contra a manutenção de um dos mais fundamentais traços do regime verdadeiramente democrático, que é o respeito ao pluralismo e às minorias.

d) Garantia de representação para todas as regiões geográficas:

Com a divisão dos estados da Federação em distritos, todas as regiões geográficas serão representadas, o que não ocorre atualmente. Com o sistema proporcional, não há garantias de que todas as regiões de um estado consigam eleger representantes na Câmara dos Deputados e na Assembleia Legislativa. Isso decorre da própria lógica do sistema proporcional, que privilegia a representação partidária, e não a geográfica.

Assim, o lançamento de muitos candidatos de uma mesma região, ou a falta deles em uma disputa eleitoral, pode deixar aquele território sem representante no Parlamento. No primeiro caso, os vários candidatos disputam os mesmos votos e nenhum deles acaba alcançando votação suficiente para garantir vaga pelo seu partido. Na segunda hipótese, os partidos ou as coligações mais votados podem não ter incluídos candidatos daquela região.

No sistema de voto distrital, a lógica é justamente que os partidos apresentem candidatos em todos os distritos, o que pode provocar um prejuízo na representação geral dos partidos.

Dividindo-se os estados da Federação em distritos eleitorais, é certo que todos os distritos elegerão parlamentares, e assim a representação política será distribuída por todas as áreas de território. Essa vantagem possui relação direta com a proximidade entre os eleitores e eleitos (CARVALHO, 2007, p. 105).

Quanto às desvantagens do sistema de voto distrital, João Fernando Lopes de Carvalho (2007, p. 106-107) elenca os seguintes inconvenientes do modelo: a) distorção na distribuição de vagas entre os partidos; b) foco nas questões de interesse local; e c) definição do tamanho dos distritos.

a) A distorção na distribuição de vagas entre os partidos:

O sistema de voto proporcional em lista aberta visa garantir a escolha de representantes dividindo-se as vagas em disputa de acordo com os votos obtidos pelo partido político nas eleições. Assim, caso o partido obtenha 15% dos votos do colégio eleitoral, garantirá também 15% das vagas do Parlamento em disputa. Por outro lado, no sistema distrital, somente os partidos vencedores garantem vaga no Parlamento, ficando os demais partidos sem representantes.

Desse modo, a distribuição de vagas entre os partidos vencedores não se dará, necessariamente, conforme a votação total recebida, mas sim de acordo com o desempenho obtido em cada distrito. Ou seja: mesmo que um partido obtenha votação expressiva, chegando mesmo a ser o segundo mais votado no estado, e não tenha sido o primeiro em nenhum distrito, não elegerá nenhum parlamentar.

b) Foco nas questões de interesse local:

No sistema distrital, a disputa eleitoral e os projetos dos partidos tendem a focalizar as questões de interesse local, em prejuízo de temas de maior abrangência e de repercussão nacional. Assim, as questões de fundo ideológico, bem como as posições sobre as políticas de Estado (política de rendas, fiscal, monetária, taxa de juros, entre outras), estariam em segundo plano, em face das preocupações sobre o funcionamento da escola e do posto de saúde, a construção da estrada, a geração de empregos na região, o êxito da atividade econômica local, etc.

Há quem diga que a implantação do voto distrital acabaria por produzir verdadeiros “vereadores federais”, sem o devido preparo para cuidar de questões de interesse nacional (CARVALHO, 2007, p. 109).

c) Definição quanto ao tamanho dos distritos:

Além das desvantagens conceituais, o sistema de voto distrital apresenta ainda de uma dificuldade de ordem prática: qual deve ser o tamanho de um distrito? Essa questão torna-se ainda mais relevante quando confrontada com o melindroso tema da desproporcionalidade na representação das unidades da Federação na Câmara dos Deputados. Como se sabe, o § 1º do art. 45 da Constituição Federal estabelece a proporcionalidade na representação dos estados na Câmara Federal nos seguintes termos:

§ 1º O número total de Deputados, bem como a representação por Estado e pelo Distrito Federal, será estabelecido por lei complementar, proporcionalmente à população, procedendo-se aos ajustes necessários, no ano anterior às eleições, para que nenhuma daquelas unidades da Federação tenha menos de oito ou mais de setenta Deputados.

Assim, como seria implantado o sistema de voto distrital em face do desequilíbrio na atual forma de representação política, uma vez que deputados federais de alguns estados representam mais habitantes do que parlamentares de outros estados?

A primeira alternativa seria dividir os estados em distritos mantendo-se o atual número de deputados federais. Considerando a hipótese de distritos uninominais (quando se elege somente um representante político), haveria em cada estado tantos distritos quantas fossem as atuais vagas para a Câmara Federal. Assim, bastaria dividir a quantidade de vagas de cada estado da Federação pelo respectivo número de eleitores. Nesse caso, teríamos distritos de diversos tamanhos espalhados pelo país, evidenciando ainda mais a desproporção entre as representações dos estados, dado que no Acre, por exemplo, os candidatos disputariam distritos com aproximadamente 62 mil eleitores (500 mil eleitores dividido por 8 vagas na Câmara Federal), enquanto em São Paulo os candidatos disputariam distritos com aproximadamente 446 mil eleitores (31,2 milhões de eleitores dividido por 70 vagas).

Outra possibilidade seria a criação de distritos com o mesmo número de habitantes, 200 mil, por exemplo, independentemente do estado ou da quantidade de vagas atualmente previstas. Cada unidade da Federação teria direito a eleger um deputado federal por cada distrito eleitoral de 200 mil habitantes. Dessa forma, restaria observada, efetivamente, a regra constitucional da observância de proporcionalidade na representação parlamentar conforme a população de cada Estado.

Outro problema relacionado ao tamanho do distrito diz respeito à diversidade de órgãos parlamentares na organização política brasileira, cada um deles com uma quantidade diferente de cadeiras a serem preenchidas: Câmara dos Deputados, Assembleia Legislativa, Câmara Distrital e Câmara de Vereadores. Assim, seria necessária a criação de pelos menos três tipos de distritos: um para a formação do colégio eleitoral de deputados federais, outro para a eleição de deputados estaduais e outro para a eleição de vereadores, o que exigiria ainda que as eleições ocorressem em datas distintas, de modo a evitar a sobreposição das circunscrições eleitorais, uma vez que cada cargo exigiria um distrito de abrangência diferente.

Como se vê, a definição da quantidade e do tamanho dos distritos será um grande desafio na implantação do sistema de voto distrital.

## 5 O sistema eleitoral misto

Pode-se falar ainda em sistema eleitoral misto, que nada mais é do que um modelo em que parte dos deputados é eleita pelo voto proporcional e parte pelo voto majoritário. Com isso, busca-se mitigar as desvantagens dos dois sistemas.

Há mais de um tipo de sistema eleitoral misto. Um exemplo bastante conhecido desse sistema eleitoral é o modelo criado na Alemanha após a Segunda Guerra Mundial. No sistema alemão, o eleitor vota duas vezes: uma vez no candidato de seu distrito e outra na lista fechada oferecida pelos partidos políticos. Após a eleição dos representantes distritais, são empossados os candidatos da lista partidária, até que cada

partido tenha representação global proporcional à fração dos votos que obteve com as listas partidárias. Assim, é possível que o número total de parlamentares seja diferente a cada eleição. Um partido que não elegeu nenhum candidato nos distritos mas recebeu, por exemplo, 30% (trinta por cento) dos votos na lista fechada, comporá 30% do parlamento, preenchendo, assim, sua cota com os candidatos da lista, uma vez que não elegeu nenhum representante distrital. Vê-se que nesse sistema o critério que prepondera é o proporcional.

Outro modelo que combina o sistema majoritário com o proporcional é o mexicano. Para a eleição dos integrantes da Câmara dos Deputados do México, existem dois tipos de unidades eleitorais: o distrito uninominal e a circunscrição plurinominal. No primeiro caso, o país é dividido em 300 distritos distribuídos pelos 31 estados e o Distrito Federal, atentando-se para o fato de que nenhuma unidade federativa pode ter representação menor do que dois deputados. A segunda unidade eleitoral é a circunscrição plurinominal, em número de cinco para todo país, que constitui a base para a eleição de 200 deputados, segundo o sistema proporcional. Assim, a Câmara dos Deputados do México possui 500 deputados no total, 300 eleitos pelo sistema majoritário dos distritos e 200 eleitos pelo sistema proporcional. Diferentemente do sistema alemão, o mexicano apresenta um predomínio do sistema majoritário (SILVA, 1999, p. 378). Esse modelo desfavorece os partidos menores.

Por meio da Emenda Constitucional nº 22, de 29 de junho de 1982 (BRASIL, 1982), tentou-se implantar no Brasil um sistema distrital misto, majoritário e proporcional, que seria regulamentado por lei apresentada ao Congresso Nacional; contudo, o projeto de lei nunca foi votado.

## 6 Considerações finais

Desde o século XIX, a democracia representativa e os sistemas eleitorais têm sido vistos como instituições políticas revolucionárias, o que transformou a democracia direta num arranjo obsoleto, considerado próprio de um período histórico, incapaz de se adaptar às atuais demandas e à complexidade dos estados modernos. Todavia, a democracia representativa trouxe seus próprios problemas, contradições

e limites. Para alguns, suas contradições são tantas, seu distanciamento do povo é tão grande que é possível questionar “se o novo sistema poderia ser chamado pelo nome venerável de democracia” (DAHL, 2012, p. 45). Nesse contexto, rediscute-se, atualmente, o regime democrático representativo e os sistemas eleitorais, na busca por um modelo que possa trazer credibilidade aos partidos, aos políticos e ao próprio regime democrático.

Há tempos Paulo Bonavides (2001, p. 51) tem sido o profeta a denunciar a superação da democracia representativa. Tal modelo, a seu ver, representa uma ruptura entre o Estado e a sociedade, entre o cidadão e seu representante, entre os governantes e os governados. Nesse sentido, o distanciamento do povo em relação às decisões políticas, a corrupção, o financiamento empresarial de campanhas, a propaganda eleitoral enganosa, as promessas eleitoreiras e o abuso do poder econômico têm se manifestado como sintomas dessa ruptura.

O centro de gravidade da democracia participativa, “sua mola chave, em todas as ocasiões decisivas, é a vontade popular, é o povo soberano” (BONAVIDES 2002, p. 60). Trata-se de uma democracia na qual o essencial é que o povo disponha dos instrumentos de controle de sua participação política, sem o que tal democracia será tão ilusória como o são as democracias representativas dos países subdesenvolvidos, “biombo atrás do qual se ocultam as mais opressivas ditaduras sociais de confisco da liberdade humana” (BONAVIDES, 2002, p. 27).

Portanto, é fundamental que os debates realizados atualmente no Parlamento brasileiro sobre a reforma política e, especificamente, sobre os sistemas eleitorais (PEC nº 352/2013), ganhem as ruas; bem como que a pressa de última hora ceda lugar ao aprofundamento dessas questões. A propósito, o Deputado Federal Chico Alencar (2015) tem afirmado que “[n]a política brasileira, o que já está ruim pode piorar. Não se trata de amargo pessimismo: é realismo frente à conjuntura – e de quem teima na esperança, diga-se”. Afirma ainda o nobre deputado que, “ao que tudo indica, teremos deliberações do Congresso Nacional [...] sem uma interferência popular que possa reduzir a influência dos controladores dos mandatos: as grandes corporações econômicas. Essa tem sido a regra em nossa democracia de baixa intensidade” (ALENCAR, 2015, p.1).

Assim, a dita “reforma” poderá se tornar apenas a constitucionalização e o reforço de um sistema político que beneficia apenas os seus autores – os políticos, que, por enquanto, estão se valendo da “presença ausente do povo”.

## Referências

ALENCAR, Chico. Contrarreforma: reforma política proposta pela PEC 352 mantém ‘*status quo*’ de donos do poder. In: RBA: Rede Brasil Atual. Disponível em: <<http://www.redebrasilatual.com.br/blogs/blog-na-rede/2015/05/reforma-politica-proposta-pela-pec-352-mantem-status-quo-de-donos-do-poder-8615.html>>. Acesso em: 26 abr. 2016.

BONAVIDES, Paulo. *Teoria constitucional da democracia participativa: por um Direito Constitucional de luta e resistência, por uma nova hermenêutica, por uma repolitização da legitimidade*. São Paulo: Malheiros, 2001.

BONAVIDES, Paulo. *Os poderes desarmados: à margem da Ciência Política, do Direito Constitucional e da História: figuras do passado e do presente*. São Paulo: Malheiros, 2002.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*, de 5 de outubro de 1988. Brasília: Assembleia Nacional Constituinte, 1988.

\_\_\_\_\_. *Emenda Constitucional nº 22*, de 29 de junho de 1982. Altera e acrescenta dispositivos à Constituição Federal. Brasília, Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, 1982.

\_\_\_\_\_. *Lei nº 9.504*, de 30 de setembro de 1997. Estabelece normas para as eleições. Presidência da República, Subchefia para Assuntos Jurídicos, Brasília, DF, 1997.

\_\_\_\_\_. Câmara dos Deputados. *Projeto de Emenda à Constituição nº 352/2013*. Altera os arts. 14, 17, 27, 29, 45 e 121 da Constituição Federal, para tornar o voto facultativo, modificar o sistema eleitoral e de coligações, dispor sobre o financiamento de campanhas eleitorais,

estabelecer cláusulas de desempenho para candidatos e partidos, prazo mínimo de filiação partidária e critérios para o registro dos estatutos do partido no Tribunal Superior Eleitoral, determinar a coincidência das eleições e a proibição da reeleição para cargos do Poder Executivo, regular as competências da Justiça Eleitoral e submeter a referendo as alterações relativas ao sistema eleitoral. Câmara dos Deputados, Brasília, DF, 2013. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=600023>> Acesso em: 26 abr. 2016.

\_\_\_\_\_. Câmara dos Deputados. *Proposta de Emenda à Constituição nº 43/2011*. Altera o artigo 45 da Constituição Federal, para instituir o sistema eleitoral proporcional de listas preordenadas nas eleições para a Câmara dos Deputados. Brasília: Câmara dos Deputados, 2011. Disponível em: [http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p\\_cod\\_mate=100327](http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=100327). Acesso em: 26 abr. 2016.

\_\_\_\_\_. *Projeto de Lei do Senado nº 268/2011*. Dispõe sobre o financiamento público exclusivo das campanhas eleitorais e dá outras providências. Câmara dos Deputados, Brasília, DF, 2011. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=89817&tp=1>>. Acesso em: 12 jan. 2014.

CARVALHO, João Fernando Lopes de. Voto distrital. In: ROLLO, Alberto (Org.) *Reforma Política: uma visão prática*. São Paulo: Iglu, 2007. cap. 4, p. 95-126.

DAHL, Robert A. *A democracia e seus críticos*. São Paulo: Forense, 2012.

LEFORT, Claude. *Pensando o político: ensaios sobre democracia, revolução e liberdade*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1991.

MILL, John Stuart. *Considerações sobre o governo representativo*. Tradução de Jacy Monteiro. São Paulo: Ibrasa, 1964. Coleção Clássicos da Democracia.

REALE, Miguel. *Parlamentarismo brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1962.

ROLLO, Alexandre Luís Mendonça. As eleições proporcionais: voto em lista aberta e voto em lista fechada. In: ROLLO, Alberto (Org.). *Reforma política: uma visão prática*. São Paulo: Iglu, 2007. cap. 3, p. 71-93.

THAME, Antonio Carlos Mendes. *Voto em lista fechada exclui os jovens da política*. Disponível em: <<http://www.euvotodistrital.org.br/wp-content/uploads/2011/04/Voto-em-lista-fechada-exclui-os-jovens-da-pol%C3%ADtica-Antonio-Thame-.pdf>>. Acesso em: 26 abr. 2016.



DO DIREITO DE VOTAR AO  
DEVER DE PARTICIPAR: UMA  
PROPOSTA PARA A MELHORIA DA  
QUALIDADE DA DEMOCRACIA  
BRASILEIRA<sup>1</sup>

FROM THE RIGHT TO VOTE TO THE  
DUTY TO PARTICIPATE: A PROPOSAL FOR  
IMPROVING THE QUALITY OF BRAZILIAN  
DEMOCRACY

MATHEUS PASSOS SILVA<sup>2</sup>

---

<sup>1</sup> Artigo recebido em 2 de setembro de 2015 e aprovado para publicação em 18 de novembro de 2015.

<sup>2</sup> Doutorando em Direito Constitucional pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (Portugal). Mestre em Ciência Política pela Universidade de Brasília (Brasil). Bolsista da CAPES – Proc. nº 1791/15-0. Pesquisador do Grupo de Estudos Jorge Miranda – eixo Direito Constitucional – desde 2014. Diretor Científico do Núcleo de Estudos Luso-Brasileiro da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Professor universitário.

## RESUMO

O presente artigo tem como objeto de estudo a qualidade da democracia brasileira. Objetiva-se mostrar que a atual visão de participação política com enfoque apenas no ato de votar é insuficiente para a efetivação do princípio democrático no Brasil. Nesse sentido, argumenta-se acerca da necessidade de se ampliar a ideia de participação política para além do momento eleitoral. Para tanto, defende-se que a participação política, além de ser um direito fundamental, é também um *dever fundamental*, o qual precisa ser integralmente cumprido pelo cidadão com o objetivo de se melhorar a qualidade da democracia brasileira e, conseqüentemente, estabelecer uma melhor sociedade para todos. O método utilizado para a realização do artigo foi o bibliográfico, com a apresentação de doutrina, de textos legais e de jurisprudência. Chegou-se à conclusão de que, se houver maior envolvimento do cidadão na esfera coletiva com base nos mecanismos constitucionais atualmente existentes que permitem o exercício do dever fundamental de participação política por outros meios que não apenas o ato de votar, a qualidade da democracia brasileira será melhorada.

**Palavras-chave:** Democracia. Sufrágio. Participação política. Constituição. Dever fundamental.

## ABSTRACT

This article has as object of study the quality of Brazilian democracy. The objective is to show that the current vision of political participation, which focuses only on the act of voting is insufficient for ensuring the democratic principle in Brazil. In this sense, it is argued about the need to broaden the idea of political participation beyond the election moment. For this it is argued that political participation, as well as being a fundamental right, is also a *fundamental duty*, which must be fully complied with by the citizen in order to improve the quality of the Brazilian democracy and thus establish a better society for all. The method used to carry out the article was the literature review, with the presentation of doctrinarian and legal texts and jurisprudence. We came to the conclusion that if there is greater involvement of the citizen in the collective sphere on the basis of currently existing constitutional

mechanisms that allow the exercise of the fundamental duty of political participation by means other than just the act of voting the quality of the Brazilian democracy will be improved.

**Keywords:** Democracy. Suffrage. Political participation. Constitution. Fundamental duty.

## 1 Introdução

Não há nenhuma dúvida de que o Brasil é atualmente um Estado *democrático* de direito. Vencida a ditadura militar na década de 1980, o constituinte originário, imbuído do “espírito” de abertura democrática que se espalhava pelo mundo naquele momento histórico, insculpiu na Constituição brasileira de 1988, já em seu art. 1º, que o Estado brasileiro, a partir de então, estabelecer-se-ia como um regime político-jurídico democrático. Em consonância, estabeleceu também desde o início que a cidadania e a dignidade humana fundamentariam a nova estrutura político-jurídica então criada, culminando com a proposta de que todo o poder político emanaria do povo.

Adequando a estrutura constitucional à ideia de democracia representativa, o constituinte originário estabeleceu que o poder seria emanado pelo povo primordialmente a partir do voto. Entretanto, ao mesmo tempo em que o ato de votar se apresenta como um *direito fundamental* de primeira dimensão, o constituinte originário definiu no art. 14 que o ato de votar é também um *dever fundamental*, não apenas pelo aspecto formal – que estabelece que o voto é obrigatório – mas também pelo aspecto material, já que não se pode pressupor a existência de um sistema político-jurídico democrático se não houver envolvimento do cidadão com a esfera coletiva.

Há de se destacar, contudo, que em sentido material a participação política do cidadão vai muito além do ato de votar, já que existem inúmeras outras possibilidades constitucionais para o exercício do dever fundamental de participação. Nesse sentido, parece não haver verdadeiro envolvimento do cidadão brasileiro com aquilo que é coletivo, ou seja, com a *res publica*. É necessário que o cidadão se interesse pelo que ocorre junto à sua comunidade, porque é inegável que aquilo que ocorre

na esfera coletiva trará impactos à sua vida privada. Nesse sentido, a despeito das recentes manifestações ocorridas no Brasil nos últimos dois anos, é possível afirmar que a participação política do cidadão brasileiro restringe-se ao ato de votar, o que se apresenta como insuficiente para aprofundar e fortalecer a democracia no Brasil.

Dessa maneira, argumenta-se neste artigo acerca da necessidade de se reinterpretar a ideia de cidadania e de participação política não apenas como um direito fundamental – interpretação esta que permite ao cidadão *não se preocupar* com a esfera coletiva – mas também como um dever fundamental, que leva o cidadão a se envolver com assuntos públicos. Nesse sentido, na primeira parte do artigo apresenta-se a ideia de cidadania como dever fundamental e, em seguida, mostra-se que o dever fundamental de participação está presente na Constituição brasileira de 1998 vinculado especialmente ao ato de votar. Por fim, são apresentadas ideias que podem contribuir para a reinterpretação da cidadania, entendendo-a como participação política em sentido amplo por meio de mecanismos presentes na Constituição brasileira de 1988 de maneira a avançar-se para além do simples ato de votar.

## 2 A cidadania como um dever fundamental

No âmbito de um regime político-jurídico democrático como é o Brasil, um dos elementos que mais ganha destaque no que concerne à concretização da democracia diz respeito, sob o ponto de vista do indivíduo, à existência da ideia de *cidadania*. Por outras palavras, não se pode falar em Estado democrático de direito *efetivo* se houver apenas a existência formal da cidadania no texto constitucional: é necessária também a concretização prática da cidadania.

Nesse contexto, importa destacar que a ideia de cidadania encontra duas expressões, dois sentidos, os quais estão diretamente vinculados à efetivação do Estado democrático de direito. O primeiro sentido, chamado por Gomes (2015, p. 6) de *sentido amplo*, diz respeito à ideia de cidadania vinculada ao exercício, por parte dos cidadãos, de todos os seus direitos fundamentais – ou seja, civis, políticos e sociais. O sentido amplo da cidadania está diretamente vinculado à ideia de dignidade

humana, já que nessa interpretação o *ser humano* precisa ter condições jurídicas e *sociais* para o desenvolvimento de todo seu potencial.

Por sua vez, o *sentido restrito* da cidadania é aquele que está diretamente relacionado ao exercício dos direitos políticos. Nessa concepção, e entendendo-a no contexto brasileiro, cidadão é a pessoa que realiza o alistamento eleitoral para que, a partir daí, passe a ter a possibilidade de “participar da vida política do país” (GOMES, 2015, p. 47), atuando em benefício não apenas de si mesmo, mas também, em grau mais ou menos elevado, em prol da própria coletividade.<sup>3</sup>

Ambos os sentidos levam ao entendimento de que a cidadania seja vista como verdadeiro *direito fundamental*. Segundo a definição de Miranda (2014b, p. 9, grifo nosso), os direitos fundamentais se caracterizam por serem “os direitos ou as posições jurídicas ativas das *peçoas* enquanto tais, individual ou institucionalmente consideradas”, podendo ser tais direitos entendidos como formal ou como materialmente fundamentais. Canotilho (2014, p. 393), por sua vez, afirma que “direitos fundamentais são os direitos do homem, jurídico-institucionalmente garantidos e limitados espacio-temporalmente”, sendo que por direitos do homem entendem-se os “direitos válidos para todos os povos e em todos os tempos”, em uma “dimensão jusnaturalista-universalista”.

Nesse contexto, destaca-se que a cidadania é direito fundamental (de primeira dimensão) por ser uma norma jurídica positiva, de nível constitucional, que está presente na norma constitucional a refletir valores dos mais essenciais da sociedade e, ainda, que visa à proteção direta da dignidade humana.<sup>4</sup> Em outras palavras, verifica-se a correspondência substancial do conceito de cidadania ao próprio conceito de direito fundamental, fazendo com que essa norma constitucional, ainda que não se encontre formalmente no âmbito dos direitos e garantias

---

<sup>3</sup> MOREIRA, 2014, p. 59

<sup>4</sup> LOPES, 2006, p. 28-9

fundamentais do cidadão brasileiro<sup>5</sup>, possa ser considerada *materialmente* como um direito fundamental, como aponta Ferreira Filho (2012, p. 250). Claro está que também o exercício dos direitos políticos, característica definidora da cidadania em sentido restrito, também compõe os direitos fundamentais de primeira dimensão.

Contudo, entender que a cidadania é apenas um *direito* fundamental a ser exercido pelo cidadão *quando este quiser*, parece ser um entendimento limitado e superficial do próprio conceito de cidadania. Esse entendimento do conceito de cidadania – que apresenta o cidadão como um ente *passivo*, a não ser no momento eleitoral – faz com que seja possível compreender que a *não ação* do cidadão na esfera público-eleitoral<sup>6</sup> também corresponda ao exercício da cidadania, situação que se apresenta no mínimo como estranha quando se considera a necessidade do envolvimento do cidadão com a coisa pública para que haja o fortalecimento progressivo da democracia. Por outras palavras, se o aspecto político da cidadania se limitar ao direito de votar e ser votado e se isto for visto apenas como mais uma das muitas liberdades garantidas ao cidadão pelo Estado<sup>7</sup>, torna-se plenamente possível entender que a *ausência de ação política do cidadão* devido à sua autonomia da vontade também corresponda ao exercício da cidadania, já que o espaço para a manifestação de sua vontade existe e é garantido institucionalmente – sem que, contudo, o cidadão venha efetivamente a utilizá-lo.

---

<sup>5</sup> A Constituição brasileira traz os “direitos e garantias fundamentais” em seu Título II, que corresponde aos artigos 5º a 17. Por sua vez, a cidadania é apresentada como um *fundamento* do Estado democrático de direito brasileiro, aparecendo explicitamente no inciso II do artigo 1º da Constituição – ou seja, a cidadania é um *princípio fundamental* do Estado brasileiro. Sendo assim, se por um lado formalmente a cidadania não consta dos direitos e garantias fundamentais, por outro adquire força materialmente fundamental ao se apresentar como princípio fundante do Estado. Ainda, vale destacar que o § 2º do artigo 5º – que contém os direitos e deveres individuais e coletivos – traz que “os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do *regime e dos princípios* por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte” (BRASIL, 2015, p. 7, grifo nosso). Significa dizer, sem sombra de dúvidas, que a cidadania, ainda que formalmente fora do Título II, é materialmente um direito fundamental do cidadão brasileiro.

<sup>6</sup> Por “esfera público-eleitoral” entende-se o envolvimento do cidadão em ações eleitorais e em ações não-eleitorais – como, por exemplo, a participação em manifestações de protesto ou em órgãos locais de deliberação.

<sup>7</sup> BOBBIO, 1998, p. 324

É necessário, portanto, compreender que a cidadania – assim como qualquer outro direito fundamental – possui “o outro lado da moeda”, qual seja, o de ser *também* um *dever fundamental*. A busca pela efetiva concretização do Estado democrático de direito não é de responsabilidade exclusiva do próprio aparelho estatal; ao contrário, é possível argumentar que a responsabilidade maior está nas mãos do próprio cidadão, já que é este quem, em conjunto com os demais na sua vida em comunidade, decidiu criar a instituição Estado<sup>8</sup>.

Não se pode falar em direitos fundamentais sem a definição explícita de seus correlativos deveres fundamentais. Nesse sentido, importa destacar que a concepção aparentemente generalizada de que existem inúmeros direitos *para o cidadão* e nenhum *dever a partir do cidadão* parece comprovar a ideia de que “a apresentação de uma sociedade desprovida de deveres acarreta a inflação de direitos, sem controle e sem responsabilidades dos seus membros” (LIMA, 2006, p. 255-256). O resultado de tal profusão de direitos sem a definição e explicitação clara dos correlativos deveres tem a tendência, em médio e longo prazo, de levar à erosão dos próprios direitos fundamentais, já que, conforme dito supra, o cidadão, por não compreender que a vida em sociedade pressupõe também deveres, passa a enxergar que tem apenas direitos, sendo estes – na visão do cidadão – de “cumprimento obrigatório por parte do Estado”, o que faz com que a apatia e a passividade do cidadão sejam reforçadas<sup>9</sup> em um círculo vicioso aparentemente sem fim.

---

<sup>8</sup> Destacam-se, apenas a título exemplificativo, as teorias contratualistas de Hobbes, Locke e Rousseau, dentre inúmeros outros autores que falaram acerca do surgimento do Estado moderno e do fato de que esse Estado foi criado, *grosso modo*, como consequência da vontade popular. Essas ideias, ainda que alteradas, também fundamentam o próprio regime democrático atual, como se verifica no parágrafo único do art. 1º da Constituição brasileira de 1988. Acerca do processo de formação do Estado, ver Miranda (2014a, p 27-63).

<sup>9</sup> É de se questionar se as manifestações ocorridas no Brasil em 2013 e, mais recentemente, ao longo de 2015, não seriam um exemplo da “não passividade” do cidadão brasileiro. Sem dúvida o exercício da liberdade de expressão, direito fundamental constitucionalmente estabelecido no inciso IV do art. 5º, é extremamente relevante no que concerne ao exercício da cidadania. Contudo, é necessário ter em mente o *caráter relacional* de uma relação de poder conforme definido por Stoppino (1998, p. 933-936, grifo no original). Considerando-se tal caráter, somos da opinião de que não houve em tais manifestações o exercício *efetivo* do poder político por parte do cidadão, o que nos leva a crer que elas não tiveram o efeito *político* pretendido – ainda que correspondam, sem nenhuma dúvida, ao exercício do direito à liberdade de manifestação do pensamento.

É nesse contexto que se deve compreender a cidadania *também* como um *dever fundamental*. Por deveres fundamentais entendem-se os deveres de ação ou omissão definidos exclusivamente pela Constituição cujos sujeitos ativos e passivos podem ser ou explicitamente indicados na norma constitucional ou deduzidos mediante interpretação, de acordo com Dimoulis (2011, p. 337). Assim, os deveres fundamentais estão diretamente vinculados a situações jurídicas que são impostas às pessoas pelo Estado ou ainda por parte de alguns cidadãos sobre outros, correspondendo necessariamente a prestações jurídicas que são feitas pelos próprios cidadãos *em nome da coletividade*<sup>10</sup>.

Os deveres fundamentais atuam, em conjunto com os direitos fundamentais, na definição do estatuto constitucional do indivíduo, com o objetivo de garantir a dignidade humana. Por outras palavras, tem-se que os deveres fundamentais podem ser criados pelo Estado enquanto servirem para a concretização da dignidade humana – desde que essa criação, ressalte-se, seja feita no momento de exercício do poder constituinte *originário*, não possuindo o poder constituinte derivado nem o legislador ordinário competência para criar novos deveres fundamentais<sup>11</sup>. É nesse sentido que se deve compreender o fato de “o reconhecimento e consagração constitucional dos deveres terem por função não apenas estabelecer o seu fundamento jurídico”, por um lado, “mas também limitar as intervenções dos poderes públicos (ou outros) na esfera jurídica dos indivíduos, assim se valorizando os aspectos garantísticos da constituição”, por outro (NABAIS, 2007, p. 222-223) – sendo o principal “aspecto garantístico”

---

<sup>10</sup> MIRANDA, 2014b, p. 92, grifo nosso.

<sup>11</sup> Neste contexto, torna-se importante destacar a limitação dos deveres fundamentais àqueles expressamente previstos na Constituição. Assim o é para que se evite que o legislador ordinário, enlevado pelas paixões políticas momentâneas – ou, por outras palavras, premido pela necessidade de satisfazer aos seus eleitores – decida impor novos deveres fundamentais aos cidadãos, o que sem dúvida alguma retiraria sua liberdade individual. Se isto ocorresse, o legislador ordinário iria contra a própria vontade popular, a qual havia estabelecido, durante o momento de criação da Constituição, o nível de liberdade que deveria ser respeitado pelo Estado. Destaca-se que nada obsta que o legislador ordinário imponha novos deveres aos cidadãos; estes, contudo, serão “simples deveres ordinários ou legais e não deveres constitucionais”, isto é, fundamentais. Ver a este respeito NABAIS, 2007, p. 248-251.

a manutenção do nível de liberdade individual estabelecido pelo constituinte originário.

Percebe-se, pelo exposto, que os deveres fundamentais, atuando em conjunto com os direitos fundamentais, devem se colocar a serviço do ser humano de maneira a fazer com que este atinja seu mais alto grau de desenvolvimento como tal<sup>12</sup> (MARTINS, 2011, p. 45). Nesse sentido, compreender a cidadania no que concerne ao exercício dos direitos políticos como um conceito estanque que descreve a atividade única de exercício do sufrágio – e isso em sua vertente ativa, ou seja, relacionada ao ato de votar, quase nunca ao ato de ser votado, devido às limitações econômicas visíveis na sociedade brasileira – é limitar todas as potencialidades que o conceito exprime, especialmente quando relacionado à ideia de dignidade humana.

É por tal motivo que a cidadania não pode ser compreendida apenas em seu caráter eleitoral – uma cidadania que, nesse contexto, é visualizada na prática pelo cidadão apenas a cada dois anos, durante o período eleitoral –, já que isso gera a passividade à qual se referiu supra; mais que isso, é necessário reinterpretar o conceito de cidadania para que ele englobe o dever fundamental do cidadão no sentido de se preocupar com a coletividade também em outros momentos que não apenas no momento eleitoral, uma vez que a cidadania pressupõe o exercício efetivo dos direitos – e deveres – fundamentais para que ocorra sua real concretização<sup>13</sup>.

---

<sup>12</sup> MARTINS, 2011, p. 45.

<sup>13</sup> Uma das mais conhecidas definições da cidadania em sentido restrito é a de Marshall (2009, p. 148-149, tradução livre, grifo nosso), que, na década de 1950, afirmou que o conceito de cidadania poderia ser dividido “em três partes. [...] Chamo estas três partes, ou elementos, de civil, político e social. [...] Por elemento político me refiro ao *direito* de participar no exercício do poder político, como um membro de um corpo investido de autoridade política ou como eleitor dos membros de tal corpo. As instituições correspondentes [ao elemento político] são o Parlamento e os conselhos do governo local”. Essa definição de cidadania – que, apesar de ser da década de 1950, continua, em nossa visão, a ser utilizada nos dias atuais pela maior parte da doutrina – precisa urgentemente ser reformulada, agregando ao *direito* de participar no exercício do poder político também o *dever* que o cidadão tem para com a coletividade quando do exercício desse poder político – especialmente em momentos outros que não apenas o eleitoral.

### 3 O dever fundamental de *sufrágio* na legislação brasileira

Apesar de o tema dos deveres fundamentais praticamente não ser tratado pela doutrina brasileira<sup>14</sup>, o constituinte originário de 1988 não se furtou a estabelecer em termos constitucionais o dever fundamental de *sufrágio* do cidadão brasileiro na seara política<sup>15</sup>. Como se verifica em rápida análise do texto constitucional brasileiro, o art. 14 e seus parágrafos trazem, em termos constitucionais, as regras que definem o exercício da cidadania em sentido restrito no Brasil. Sendo assim, enquanto o *caput* do art. 14 explicita que “a soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos [...]” – caracterizando claramente o *direito fundamental de sufrágio* –, o § 1º desse mesmo artigo, em conjunto com seu inciso I, diz que “o alistamento eleitoral e o voto são *obrigatórios* para os maiores de dezoito anos” (BRASIL, 2015, p. 8, grifo nosso).

O comando constitucional, portanto, define que o ato de adquirir a cidadania – o alistamento eleitoral – e o ato de exercê-la – o voto – correspondem a *deveres fundamentais* para o cidadão brasileiro, uma vez que é por meio desses atos que o cidadão irá participar efetivamente da vida política do país por meio de sua participação nas eleições – processo que corresponde à tomada de decisão por parte do cidadão. Em termos constitucionais, esta, portanto, é a caracterização do dever jurídico do sufrágio – um “dever fundamental típico do estado democrático, sem o qual este pode soçobrar sem apelo nem agravo” (NABAIS, 2007, p. 237).

---

<sup>14</sup> Argumenta-se, em resumo, que os deveres fundamentais não são tratados pela doutrina porque o constitucionalismo surgiu como uma defesa dos *direitos* dos cidadãos frente à atuação do Estado. Além disso, em tempos mais recentes, as constituições do pós-guerra preferiram enfatizar os direitos dos cidadãos, característica típica de um Estado democrático, em detrimento de seus deveres, o que poderia ser visto como um retorno ao passado autoritário (MIRANDA, 2014b, p. 92; NABAIS, 2007, p. 197-200; LIMA, 2016, p. 141). A título de exemplo, a confirmação desse argumento no caso brasileiro se dá quando se verifica que um dos livros mais conhecidos de Direito Constitucional – o *Curso de Direito Constitucional* do Prof. Gilmar Ferreira Mendes – traz em seu conteúdo apenas seis referências à expressão “dever fundamental”, sendo que duas delas aludem a deveres do Estado e as outras quatro ao dever que o cidadão tem de pagar tributos. Por sua vez, quando a pesquisa é feita com a expressão “deveres fundamentais” aparece apenas um resultado, cujo contexto é apenas explicativo.

<sup>15</sup> Destaca-se aqui a palavra *sufrágio* em detrimento da expressão *participação política*, por essa última ser, em nosso entender, mais ampla que o sufrágio, como se explicará na próxima seção deste texto.

O dever fundamental de sufrágio, porém, não pressupõe apenas sua explicitação no texto constitucional. De maneira análoga aos direitos sociais – os quais têm previsão constitucional, mas precisam ser regulamentados pelo legislador ordinário e implementados pelo poder Executivo –, os deveres fundamentais também necessitam de regulamentação por parte do legislador ordinário. Portanto, uma vez presente o dever fundamental na Constituição – como é o caso do dever de sufrágio, conforme mostrado supra –, compete ao legislador ordinário criar a norma necessária para que tais deveres sejam concretizados ao serem aplicados pelos operadores jurídicos concretos<sup>16</sup>. No caso brasileiro, as normas que regulamentam o dever fundamental de sufrágio podem ser sintetizadas em duas, quais sejam, a Lei nº 4.737/1965 – o Código Eleitoral Brasileiro – e a Lei nº 9.504/1997 – a Lei das Eleições.

Por um lado, a Lei das Eleições define as regras por meio das quais o cidadão irá exercer seu dever fundamental de sufrágio. Ao regulamentar o processo eleitoral como um todo – trazendo regras acerca das coligações, das convenções partidárias, do processo de escolha dos candidatos, da propaganda eleitoral, da arrecadação de recursos financeiros para as campanhas eleitorais, das ações eleitorais em caso de abuso de poder econômico e político, e ainda datas, prazos e meios de fiscalização das eleições, entre outros aspectos –, a Lei das Eleições estabelece as condições pelas quais os cidadãos poderão exercer seu direito-dever no momento eleitoral.

Por outro lado, o não cumprimento de um dever fundamental pressupõe a aplicação de sanções ao cidadão. É nesse contexto que se destaca o Código Eleitoral brasileiro, especificamente seus arts. 7º e 8º, que trazem as sanções para o não cumprimento do dever fundamental de sufrágio. Começando pelo art. 8º, este enuncia que o cidadão brasileiro, nato ou naturalizado, que não se alistar dentro de um prazo específico (19 anos para o brasileiro nato e um ano depois de adquirida a nacionalidade brasileira para o brasileiro naturalizado) será obrigado a pagar multa de 3% a 10% sobre o valor do salário-mínimo da região.<sup>17</sup>

Por sua vez, o art. 7º traz as penalidades acarretadas pelo não

<sup>16</sup> DIMOULIS, 2007, p. 289

<sup>17</sup> BRASIL, 1965, p. 2.

comparecimento do cidadão no dia da eleição, bem como caso ele deixe de justificar seu voto em prazo hábil (30 dias após as eleições). Nessa situação, o cidadão pagará não apenas multa de 3% a 10% sobre o valor do salário-mínimo da região, mas também não poderá: a) inscrever-se em concurso ou prova para cargo ou função pública, investir-se ou empossar-se neles; b) receber vencimentos, remuneração, salário ou proventos de função ou emprego público, autárquico ou paraestatal, bem como fundações governamentais, empresas, institutos e sociedades de qualquer natureza, mantidas ou subvencionadas pelo governo ou que exerçam serviço público delegado, correspondentes ao segundo mês subsequente ao da eleição; c) participar de concorrência pública ou administrativa da União, dos estados, dos territórios, do Distrito Federal ou dos municípios, ou das respectivas autarquias; d) obter empréstimos nas autarquias, sociedades de economia mista, caixas econômicas federais ou estaduais, nos institutos e caixas de previdência social, bem como em qualquer estabelecimento de crédito mantido pelo governo, ou de cuja administração este participe, e com essas entidades celebrar contratos; e) obter passaporte ou carteira de identidade; f) renovar matrícula em estabelecimento de ensino oficial ou fiscalizado pelo governo; e g) praticar qualquer ato para o qual se exija quitação do serviço militar ou imposto de renda. Destaca-se também, ainda como sanção pelo não cumprimento do dever fundamental de sufrágio, que será cancelada a inscrição do eleitor que não votar em três eleições consecutivas, que não pagar a multa ou que não se justificar no prazo de seis meses, todos esses fatos sendo contados da data da última eleição a que deveria ter comparecido.<sup>18</sup>

Verifica-se, portanto, que o dever fundamental de sufrágio está presente tanto em âmbito constitucional quanto em âmbito infraconstitucional no Brasil. Da mesma maneira, verifica-se que as normas estabelecem as devidas sanções em caso de não cumprimento, por parte do cidadão, de seu dever fundamental. Entretanto, é importante destacar que o dever aqui regulado é o dever de *sufrágio*, que não necessariamente possui o mesmo conteúdo do que chama-se aqui de “dever de *participação política*”. Torna-se necessário, portanto, definir a que corresponde tal direito e qual seu conteúdo para, em seguida, buscarem-se maneiras de concretizá-lo no âmbito do sistema democrático brasileiro.

---

<sup>18</sup> Idem.

#### 4 O dever fundamental de participação política para além do período eleitoral

Aristóteles é considerado como um dos principais filósofos que deram base ao pensamento político do Ocidente. Uma das maiores preocupações desse filósofo era a de estudar os saberes práticos, os quais ele intitulava “ética”. Diferentemente de seu preceptor, Platão – que optava pelo estabelecimento de um “mundo ideal” no qual se encontravam modelos perfeitos daquilo que existiria no “mundo material” –, Aristóteles buscou fundamentar seu pensamento na experiência prática, a qual, avaliada e analisada criticamente, levaria à justiça.<sup>19</sup>

Nesse contexto, um dos principais objetivos de Aristóteles era compreender de que maneira as ações práticas, do dia a dia dos indivíduos, poderiam fazer com que a sociedade atingisse o *bem comum*. Caberia à política, entendida como a ciência que “preocupa-se com os desdobramentos individuais e sociais dos comportamentos humanos”, a função de “traçar as normas suficientes e adequadas para orientar as atividades da *polis* e dos sujeitos que a compõem”. Por outras palavras, “o Bem que a todos alcança afeta o bem de cada indivíduo” (BITTAR, 2005, p. 92), de maneira que Aristóteles conclui que a virtude do exercício da ética existe naqueles indivíduos que se preocupam em ser “bons homens” – ou seja, se preocupam em realizar tarefas corretas em suas vidas privadas – e também em ser “bons cidadãos” – sendo eles os indivíduos que buscam em suas ações o bem em prol da coletividade. Ainda, destaca-se que essa busca do bem por todos em prol de todos é vista por Aristóteles como algo natural porque o ser humano é gregário por natureza – é o famoso *zoon politikón* do filósofo.

O que se percebe do pensamento aristotélico é sua preocupação em que todos possam contribuir com todos. Ao entender que “o bem do todo é coincidente com o bem das partes” (BITTAR, 2005, p. 92), Aristóteles defende enfaticamente que o ideal de ser humano – ou seja, o ser humano *virtuoso* – seria aquele que unisse a função de “bom homem” com a de “bom cidadão”, de maneira que, em última instância, o homem virtuoso viesse a ser o homem justo.

<sup>19</sup> BITTAR, 2005, p. 90-91

Não se pode desconsiderar as gritantes diferenças sociais entre a época de Aristóteles e a época atual, a começar pela diferença entre os conceitos de *cidadão*: enquanto na Atenas antiga, por cidadão, entendiam-se *grosso modo* os homens livres – o que excluía escravos, idosos, mulheres, estrangeiros e homens livres sem descendência grega, como apresenta Manin (2002, p. 12) –, na atualidade, cidadãos no contexto brasileiro são todas as pessoas que, sendo maiores de 18 anos, adquirem o título de eleitor<sup>20</sup>, o que corresponde a aproximadamente 70% da população total<sup>21</sup>.

Por outro lado, a preocupação com o bem comum parece ser elemento fundamental para a definição de uma “boa sociedade” ao longo da História, chegando tal ideia até os dias atuais. Nesse sentido, ainda que existam diferenças marcantes entre a estrutura do Estado quando se analisam os pensamentos de Hobbes, Locke, Rousseau, Montesquieu e Marx, por exemplo, é inegável que todos eles dão ao cidadão, em grau menor ou maior, a *responsabilidade* pela boa condução da sociedade. Da mesma forma, ainda que o liberalismo do século XIX tenha fortalecido a ideia de autonomia do cidadão em relação ao Estado, parece ser claro que não se pode falar em desenvolvimento da sociedade se não houver um mínimo de *presença* do cidadão na esfera coletiva<sup>22</sup>.

É nesse contexto que se fundamenta a ideia aqui defendida – de que se fale em *participação política* do cidadão em vez de se falar apenas de seu direito-dever de sufrágio. Logicamente não se está aqui a menosprezar a importância do sufrágio como elemento de expressão da vontade individual; contudo, acreditar que determinado regime político-

---

<sup>20</sup> Excluíram-se aqui proposadamente os maiores de 16 anos e menores de 18 anos porque, ainda que tenham a *possibilidade* de realizar o alistamento eleitoral, eles não têm a *obrigatoriedade* de fazê-lo, conforme explícito na alínea c do inciso II do § 1º do art. 14 da Constituição brasileira de 1988.

<sup>21</sup> O Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística estima que a população do Brasil em 2015 seja de 204.746.548 milhões de habitantes. Por sua vez, o Tribunal Superior Eleitoral divulga em sua página na internet que, nas eleições de 2014, o Brasil teve um total de 142.822.046 de eleitores cadastrados.

<sup>22</sup> Veja-se na atualidade, a respeito da presença do cidadão na esfera coletiva, as doutrinas da democracia deliberativa, que colocam a ênfase no diálogo e no debate entre os cidadãos para que se chegue ao bem comum. O autor mais conhecido que se fundamenta nesta doutrina talvez seja Jürgen Habermas, em especial em seus livros *Teoria do agir comunicativo* (2012) e *Mudança estrutural da esfera pública* (2014).

jurídico é democrático simplesmente por haver eleições periódicas é o mesmo que dar aval às inúmeras ditaduras que já existiram – algumas das quais ainda subsistem – e que se apresentam como “democráticas” simplesmente por realizarem eleições. Nem é preciso, nesse contexto, ir muito longe: basta voltarmos à história do Brasil para vermos que, durante o regime militar (1964-1985), houve eleições periódicas – curiosamente organizadas com base, *grosso modo*, nas mesmas regras atuais, especialmente ao considerar-se que o Código Eleitoral brasileiro é de 1965 – sem que tal regime fosse, contudo, democrático.

A argumentação aqui desenvolvida tem como ponto de partida, portanto, o fato de que a participação política é algo mais amplo e mais abrangente do que o exercício do direito-dever de sufrágio. Torna-se necessário definir o que se entende por participação política para que se possa argumentar acerca de sua validade como dever fundamental no contexto constitucional-eleitoral brasileiro atual. Desta feita, Sani (1998, p. 888, grifo nosso) afirma que a ideia de participação política está vinculada a uma *série de atividades*, tais como:

[...] o ato do voto, a militância num partido político, a participação em manifestações, a contribuição para uma certa agremiação política, a *discussão de acontecimentos políticos*, a participação num comício ou numa reunião de seção, o apoio a um determinado candidato no decorrer da campanha eleitoral, a *pressão exercida sobre um dirigente político*, a *difusão de informações políticas* e por aí além.

Percebe-se pelo exposto que a ideia de participação política *vai além do mero ato eleitoral*, de maneira a englobar outras ações que podem ser realizadas no período entre eleições. Ou seja, quando se reduz a participação política do cidadão ao “mero” ato eleitoral – como parece ser a prática no Brasil atual –, torna-se possível afirmar que o nível de participação política diminui, ou seja, o nível de envolvimento do cidadão com a *res publica* é menor, o que em consonância diminui o grau de efetividade de sua cidadania. Como afirma Sani (1998, p. 889, grifo nosso):

O ideal democrático supõe *cidadãos atentos à evolução da coisa pública*, informados dos acontecimentos políticos, ao corrente dos principais problemas, *capazes de escolher entre*

*as diversas alternativas apresentadas pelas forças políticas e fortemente interessados em formas diretas ou indiretas de participação.*

Infelizmente, porém, a realidade brasileira atual apresenta-se como bastante distante desse ideal democrático. É possível afirmar, nesse contexto, que a importância por parte do cidadão e também do Estado é dada exclusivamente ao aspecto *formal* da participação do cidadão – ou, por outras palavras, apenas ao aspecto eleitoral, sem que o cidadão de maneira geral se preocupe ou se interesse por *outras formas* de participação política passíveis de serem exercidas fora do período eleitoral.

É importante notar, a esse respeito, que o desinteresse do cidadão aumenta quando ele acredita que a única forma de participar politicamente seja por meio do sufrágio, especialmente quando ele acredita que este tipo de participação seja mera formalidade por não ver, o cidadão, verdadeiro reflexo nas políticas públicas daquilo que ele deseja<sup>23</sup>. Some-se a isso o sentimento que o cidadão tem de que não ser efetivamente representado, já que parte do princípio de que “todos os partidos políticos são iguais”, e a consequência não pode ser outra que não a diminuição do interesse em participar do ato eleitoral em si.

É necessário, portanto, que o cidadão brasileiro se engaje mais na esfera coletiva, de maneira a buscar o bem para si porque, como diria Aristóteles, ao fazer isso, estará buscando o bem para todos. Nesse sentido, para que se possa vislumbrar o dever fundamental de participação política – e não apenas de sufrágio –, é necessária a compreensão do conceito de *identificação patriótica*, o qual pode contribuir para um maior desenvolvimento do nível de participação do cidadão na esfera pública.

---

<sup>23</sup> A comprovação do desinteresse do cidadão no exercício do seu direito-dever de sufrágio se dá pelo aumento constante do número de abstenções, conforme números divulgados pelo próprio Tribunal Superior Eleitoral. Some-se às abstenções o aumento, na média, dos números de votos em branco e de votos nulos, sendo estes aqui apresentados como *não participação* do cidadão – afinal, se o cidadão quisesse participar, ele votaria em um candidato ou em um partido político/coligação em vez de votar em branco ou nulo.

Não se pode pressupor o envolvimento do cidadão com sua própria sociedade se ela for vista como mero meio, por parte do indivíduo, para a satisfação de seus interesses individuais. Por outras palavras, o cidadão apenas irá se dispor a realizar ações que tragam algum tipo de benefício não apenas para si mas também para aqueles que moram ao seu redor – seja em um condomínio, em uma quadra habitacional ou em um bairro – se houver algum tipo de *sentimento* que o identifique com os demais que ali coabitam.

É nesse sentido que Taylor (2000, p. 203-204) define o conceito de *identificação patriótica*. Para o autor, é necessária a “identificação [de uns] com os outros num empreendimento comum específico. Não me dedico a defender a liberdade de qualquer um, mas sinto o vínculo de solidariedade com meus compatriotas em nossa empresa comum, a expressão comum de nossa respectiva dignidade”. Assim, “posso não conhecer a maioria de meus compatriotas e posso não desejar particularmente tê-los como amigos quando de fato os conheço”; entretanto, “a particularidade entra em cena porque meu vínculo com essas pessoas passa por nossa participação numa entidade política comum” – que não necessariamente é o Estado, mas pode ser sua unidade da federação, sua cidade, seu bairro, sua região. Portanto, “para ter uma sociedade livre, é preciso substituir a coerção por alguma outra coisa. Essa outra coisa só pode ser a identificação voluntária com a *polis* por parte dos cidadãos”, que se traduz em “um sentido de que as instituições políticas em que vivem são uma expressão deles mesmos [dos próprios cidadãos]”. Os cidadãos, nesse contexto, precisam perceber que “as ‘leis’ têm de ser vistas como reflexo e defesa de sua [própria] dignidade, ser por conseguinte, num certo sentido, extensões deles mesmos”<sup>24</sup>.

---

<sup>24</sup> Entretanto, não se pode esperar que tal identificação, ou seja, tal preocupação com o que ocorre na coletividade, ocorra *apenas* com base em valores morais – não apenas pela subjetividade destes, subjetividades estas inclusive do ponto de vista individual (ou seja, hoje posso ser favorável a algo, porém, amanhã não mais), mas também, e principalmente, pelo fato de que valores morais não podem ser juridicamente exigíveis da coletividade. Por sua vez, quando a preocupação com o coletivo é decorrente do cumprimento de deveres fundamentais, esses deveres podem ser exigidos juridicamente. A respeito da possibilidade de exigência jurídica dos deveres fundamentais, ver NABAIS, 2007, p. 220.

Ora, se a vida em coletividade pressupõe ações individuais que transcendam ao próprio indivíduo, parece ser razoável exigir, na forma de um dever fundamental, que o indivíduo se preocupe não apenas com sua vida privada e particular mas também com a esfera pública. A título de exemplo, e no contexto da proposta aqui apresentada, significa dizer que o cidadão precisa se inteirar daquilo que os pré-candidatos estão a realizar já mesmo antes de virem a exercer o poder político do Estado. Além disso, o cidadão precisaria saber não apenas quais são os seus próprios objetivos individuais mas também ter uma ideia mínima a respeito do que é necessário para o desenvolvimento da coletividade na qual se insere.

Importa destacar que a própria Constituição brasileira de 1988 já traz em si os mecanismos por meio dos quais o cidadão pode exercer seu dever fundamental de participação política em sentido amplo, conforme aqui defendido. Entre eles, destacam-se: a) a possibilidade de peticionar os poderes públicos em defesa de direito ou contra ilegalidade ou abuso de poder; b) o exercício do mandado de injunção; c) a possibilidade de ação popular; d) a participação *efetiva* de trabalhadores e empregadores em colegiados de órgãos públicos em que seus interesses profissionais ou previdenciários sejam objeto de discussão e deliberação; e) a fiscalização do contribuinte das contas de seu município; f) a participação do usuário na administração pública; g) a realização de denúncia perante o Tribunal de Contas acerca de qualquer irregularidade ou ilegalidade sobre o uso, arrecadação, guarda, gerenciamento ou administração do patrimônio público federal; h) a participação da população, por meio de organizações representativas, na formulação das políticas e no controle das ações em todos os níveis.<sup>25</sup>

Além desses, destacam-se explicitamente na Constituição brasileira de 1988: a) o dever que todos têm de, em conjunto com o Estado, promover e incentivar a educação em todos os níveis, especialmente quando se considera que a educação é mecanismo fundamental para o exercício consciente da cidadania; b) o dever que todos têm de preservar e de proteger o meio ambiente de maneira que as gerações atuais e futuras tenham o direito a um meio ambiente ecologicamente equilibrado; c) o dever da família e da sociedade, além do Estado, de assegurar à criança,

---

<sup>25</sup> LOPES, 2006, p. 25-27.

ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.<sup>26</sup>

Como se verifica pelo exposto, o cidadão brasileiro possui inúmeros instrumentos constitucionais que lhe permitem o exercício de seu dever fundamental de participação política. Nessa perspectiva, é importante destacar que a fundamentação aqui apresentada parte de um ponto de vista comunitarista, não liberal, por pressupor que os valores e princípios da dignidade humana, do pluralismo político e da cidadania só podem efetivamente (co)existir em um substrato social que tenha por base a solidariedade entre aqueles que dele fazem parte. Por outras palavras, não se pode pressupor que uma interpretação liberal da constituição – que leva ao individualismo exacerbado típico dos dias atuais – incentive a preocupação que o cidadão deve ter para com a coletividade<sup>27</sup>. Da mesma maneira, a interpretação liberal da sociedade dificulta o entendimento da noção de dever fundamental, já que pressupõe o cidadão apenas como receptor passivo de direitos e não como um ser humano que, dotado de dignidade, tem a contribuir para com a vida em coletividade por meio do cumprimento de deveres fundamentais.

Acredita-se que apenas por meio dessa reinterpretação da participação política – de um *sentido restrito*, vinculado exclusivamente aos aspectos eleitorais, em direção a um *sentido amplo*, de participação do cidadão em outras esferas, níveis e *momentos* que não apenas o eleitoral – seja possível fazer com que o cidadão possa, efetivamente, cumprir seu dever fundamental de participação política conforme atualmente previsto na Constituição brasileira de 1988. Além disso, uma vez que o cidadão perceba que o cumprimento do seu dever fundamental de participação política se reflete no reforço da sua própria cidadania e da sua própria dignidade humana, talvez seja possível fazer com que o padrão de *apatia* tão comum no Brasil – que acaba dando origem

<sup>26</sup> BRASIL, 2015, p. 43-46, *passim*.

<sup>27</sup> As características dessas diferentes concepções de sociedade – a liberal e a comunitária – podem ser vistas em XIMENES, 2010, especialmente. cap. 2.

ao patrimonialismo<sup>28</sup>, o qual dá origem à visão atomista da sociedade contra a qual aqui se luta – possa finalmente vir a ser erradicado.

## 5 Conclusões

Durante certo período do século XX, a democracia foi apresentada pela doutrina como uma espécie de “fórmula pronta” a partir da qual poder-se-ia classificar os diferentes regimes jurídico-políticos existentes no mundo. Nesse contexto, importava destacar, *grosso modo*, a existência do direito ao voto, por um lado, e a existência de competição entre os partidos políticos por outro, os quais teriam seu funcionamento garantido pela liberdade de expressão garantida a todos.

Tal “roteiro”, contudo, já não pode mais ser visto como definidor do conceito de democracia. Mais do que uma “fórmula pronta”, a democracia precisa ser vista como verdadeiro *processo*, que se desenvolve ao longo do tempo e que inclui o envolvimento ativo do cidadão. Além disso, a verdadeira democracia precisa se fundamentar não apenas nos aspectos formais que gravitam ao redor do processo eleitoral, mas também em outros mecanismos político-jurídicos que permitam ao cidadão interferir efetivamente nos rumos que ele quer que sua comunidade política siga.

Nesse contexto, o artigo pretendeu realizar um debate acerca da insuficiência do contexto democrático brasileiro atual, visto como de baixa qualidade por ter o momento eleitoral como o *ápice* da participação política do cidadão. Argumentou-se que esse posicionamento acaba por restringir a potencialidade que a democracia tem no sentido de reforçar e aprofundar a cidadania. Em última instância, o processo democrático,

---

<sup>28</sup> Segundo Carvalho (2002, p. 221-222), o patrimonialismo corresponde a uma situação social na qual “o Estado é sempre visto como todo-poderoso, na pior hipótese como repressor e cobrador de impostos; na melhor, como um distribuidor paternalista de empregos e favores. A ação política nessa visão é sobretudo orientada para a negociação direta com o governo, sem passar pela mediação da representação”. Nessa estrutura intraestatal “os benefícios sociais não [são] tratados como direitos de todos, mas como fruto da negociação de cada categoria com o governo. A sociedade pass[ar] a se organizar para garantir os direitos e os privilégios distribuídos pelo Estado”. Em uma situação de patrimonialismo, a apatia do cidadão é a tônica da participação política, já que ao cidadão compensa mais “esperar pela ação do Estado” do que agir proativamente em busca de seus direitos – inclusive os direitos de cidadania e de dignidade humana.

conforme estabelecido no Brasil atual – com enfoque específico no processo eleitoral –, enfraquece a defesa da dignidade humana, especialmente quando se considera que esse tipo de envolvimento tem passado a ter cada vez menos adesão pelos cidadãos.

Uma vez verificado verdadeiro o déficit de envolvimento cidadão com a *coisa pública*, argumentou-se que a solução para essa baixa qualidade da democracia brasileira passa pela reinterpretação do conceito de cidadania como sendo não apenas um direito fundamental do cidadão brasileiro mas também como vinculação, para além dos direitos, a deveres fundamentais com os quais o cidadão tem de cumprir no sentido de contribuir para com a coletividade da qual participa.

Por fim, foram apresentados elementos que estão presentes na Constituição brasileira de 1988 e que podem levar ao melhoramento da qualidade da democracia brasileira. Por outras palavras, acredita-se que, se o cidadão brasileiro utilizar os mecanismos constitucionalmente previstos para exercer seu dever fundamental de participação política – em vez de concentrar sua atenção apenas no direito-dever de sufrágio –, a qualidade da democracia brasileira pode vir a melhorar, já que estaria ocorrendo, nessa reinterpretação, maior envolvimento do cidadão com a *res publica* – envolvimento que se apresenta como aspecto fundamental de um verdadeiro Estado democrático de direito.

## Referências

BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. *Curso de filosofia do direito*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

BOBBIO, Norberto. Verbete “democracia”. In: BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de política*. Trad. Carmen C. Varriale et al.; coord. trad. João Ferreira; rev. geral João Ferreira e Luís Guerreiro Pinto Cacais. 11. ed. Brasília: UnB, 1998.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *A Constituição e o Supremo*. 4. ed. Brasília: Supremo Tribunal Federal, Secretaria de Documentação, 2011. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/publicacaoLegislacaoAnotada/anexo/Completo.pdf>. Acesso em: 26 abr. 2016.

\_\_\_\_\_. Senado Federal. Constituição da República Federativa do Brasil: texto consolidado até a Emenda Constitucional nº 88, de 7 de maio de 2015. Senado Federal, Secretaria Especial de Informática, Brasília, DF, 2015. Disponível em: <[http://www.senado.gov.br/atividade/const/con1988/CON1988\\_07.05.2015/CON1988.pdf](http://www.senado.gov.br/atividade/const/con1988/CON1988_07.05.2015/CON1988.pdf)>. Acesso em: 26 abr. 2016.

\_\_\_\_\_. Lei nº 4.737, de 15 de julho de 1965. Institui o Código Eleitoral. Presidência da República. Subchefia para Assuntos Jurídicos, Brasília, DF, 1965. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l4737.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l4737.htm)>. Acesso em: 26 abr. 2016.

\_\_\_\_\_. Lei nº 9.504, de 30 de setembro de 1997. Estabelece normas para as eleições. Presidência da República. Subchefia para Assuntos Jurídicos, Brasília, DF, 1997. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l9504.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9504.htm)>. Acesso em: 26 abr. 2016.

CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed., 16. reimpr. Coimbra: Almedina, 2014.

CARVALHO, José Murilo de. *Cidadania no Brasil: o longo caminho*. 3. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. Deveres fundamentais. In: LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang; CARBONELL, Miguel (Orgs.). *Direitos, deveres e garantias fundamentais*. Salvador: JusPodivm, 2011.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 38. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

GOMES, José Jairo. *Direito eleitoral*. 11. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2015.

HABERMAS, Jürgen. *Mudança estrutural da esfera pública*. São Paulo: Saraiva, 2014.

\_\_\_\_\_. *Teoria do agir comunicativo*. São Paulo: Saraiva, 2012.

LIMA, Francisco Gérson Marques de. Os deveres constitucionais: o cidadão responsável. In: BONAVIDES, Paulo; LIMA, Francisco Gérson

Marques de; BEDÊ, Fayga Silveira (Coords.). *Constituição e democracia: estudos em homenagem ao Prof. J. J. Gomes Canotilho*. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

LOPES, Ana Maria D'Ávila. A cidadania na Constituição Federal brasileira de 1988: redefinindo a participação política. In: BONAVIDES, Paulo; LIMA, Francisco Gérson Marques de; BEDÊ, Fayga Silveira (Coords.). *Constituição e democracia*. Estudos em homenagem ao Prof. J. J. Gomes Canotilho. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

MANIN, Bernard. *The principles of representative government*. Nova Iorque: Cambridge University Press, 2002.

MARSHALL, T. H. Citizenship and social class. In: MANZA, Jeff; SAUDER, Michael. *Inequality and society*. Nova Iorque: W. W. Norton and Co., 2009.

MARTINS, Carlos Eduardo Behrmann Rátis. *Introdução ao estudo sobre os deveres fundamentais*. Salvador: JusPodivm, 2011.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de direito constitucional*. Recurso digital. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014.

MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional: tomo III: estrutura constitucional do Estado*. Coimbra: Coimbra, 2014a.

\_\_\_\_\_. *Manual de direito constitucional: tomo IV: direitos fundamentais*. Coimbra: Coimbra, 2014b.

\_\_\_\_\_. *Manual de direito constitucional: tomo VII: estrutura constitucional da democracia*. Coimbra: Coimbra, 2007.

MOREIRA, Vital. *"Respublica" Europeia: estudos de direito constitucional da União Europeia*. Coimbra: Coimbra, 2014.

NABAIS, José Casalta. *Por uma liberdade com responsabilidade: estudos sobre direitos e deveres fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2007.

QUEIROZ, Cristina M. M. *Direitos fundamentais*. Coimbra: Coimbra, 2010.

SANI, Giacomo. Verbete “participação política”. In: BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de política*. Trad. Carmen C. Varriale et al.; coord. trad. João Ferreira; rev. geral João Ferreira e Luís Guerreiro Pinto Cacais. 11. ed. Brasília: UnB, 1998.

SILVA, Matheus Passos. A nova hermenêutica constitucional como resultado das diferentes concepções paradigmáticas de uma Constituição. *Revista Jurídica Luso-Brasileira*. Centro de Investigação de Direito Privado da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Ano 1 (2015), n. 2, p. 1511-1558. Disponível em: <[http://cidp.pt/publicacoes/revistas/rjlb/2015/2/2015\\_02\\_1511\\_1558.pdf](http://cidp.pt/publicacoes/revistas/rjlb/2015/2/2015_02_1511_1558.pdf)>. Acesso em: 26 abr. 2016.

STOPPINO, Mario. Verbete “poder”. In: BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de política*. Trad. Carmen C. Varriale et al.; coord. trad. João Ferreira; rev. geral João Ferreira e Luís Guerreiro Pinto Cacais. 11. ed. Brasília: UnB, 1998.

TAYLOR, Charles. *Argumentos filosóficos*. São Paulo: Loyola, 2000.

XIMENES, Julia Maurmann. *O comunitarismo e dinâmica do controle concentrado de constitucionalidade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

# A AMPLIAÇÃO DA COMPETÊNCIA JURISDICIONAL DA JUSTIÇA ELEITORAL: MUITO ALÉM DO PROCESSO ELEITORAL<sup>1</sup>

## THE EXTENSION OF JURISDICTION OF ELECTIONS: FAR BEYOND THE ELECTORAL PROCESS.

VINÍCIUS DE OLIVEIRA<sup>2</sup>

### RESUMO

O presente artigo tem por objetivo analisar e definir o âmbito de competência jurisdicional (ou competência de jurisdição) da Justiça Eleitoral, propondo uma redefinição doutrinária do âmbito de

<sup>1</sup> Artigo recebido em 14 de setembro de 2015 e aprovado para publicação em 24 de novembro de 2015.

<sup>2</sup> Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Viçosa. Analista judiciário do Tribunal Regional Eleitoral de Minas Gerais. Pós-graduado em Direito Processual pela Universidade Cândido Mendes.

competência jurisdicional da Justiça Eleitoral, principalmente à luz de recentes decisões jurisprudenciais. Vale-se, metodologicamente, de pesquisa bibliográfica junto à doutrina tradicional do Direito Eleitoral, Constitucional e Processual, bem como junto à legislação e jurisprudência pertinentes. Inicia-se fazendo uma revisão a respeito das funções da Justiça Eleitoral e a respeito das normas constitucionais e infraconstitucionais acerca da competência da Justiça Eleitoral. Demonstra-se que, desde os julgamentos das ADINs nºs 3.999/DF e 4.086/DF, e à luz de princípios constitucionais, a Jurisprudência do Tribunal Superior Eleitoral e a legislação ordinária devem ser admitidas como fontes válidas, excepcional e supletivamente, de normas sobre competência da Justiça Eleitoral. Atesta-se que a competência da Justiça Eleitoral é bem mais ampla do que tradicionalmente a doutrina e a jurisprudência vem reconhecendo, não só com base no julgamento das referidas ADINs, mas também com base no Código Eleitoral e em outras leis. Verifica-se, em conclusão, que não há fundamento para limitar a competência da Justiça Eleitoral a atos e fatos ocorridos apenas durante o chamado “processo eleitoral” ou que tenham impactos sobre eles. Por fim, pretende demonstrar, também em conclusão, que a Justiça Eleitoral deve ser compreendida também como uma Justiça das questões partidárias.

**Palavras-chave:** Direito Eleitoral. Direito Processual Eleitoral. Princípios Constitucionais do Processo. Competência de Jurisdição. Partidos Políticos.

## ABSTRACT

This article aims to analyze and define the scope of jurisdiction of the Electoral Court, proposing a doctrinal redefinition of the scope of jurisdiction of Electoral Justice, especially in light of recent court decisions. The article applies, methodologically, the literature of the traditional doctrine of the Electoral Law, Constitutional and Procedural, as well the relevant legislation and case law. It starts doing a review of the functions of the Electoral Justice from the point of view of the constitutional and infra-constitutional norms on the competence of the Electoral Court. It shows that, since the judgments of “ADIN's 3999/DF

and 4086/DF”, and in the light of constitutional principles, the case law of TSE and ordinary legislation should be admitted as sources valid, in exceptional and subsidiary basis as standards of competence of the Electoral Court. It shows that the competence of the Electoral Court is much broader than the traditional doctrine and jurisprudence has recognized, not only based on the judgment of ADIN's referred to, but also based on the Electoral Code and other laws. It demonstrates, in conclusion, that there is no basis to limit the jurisdiction of Elections to acts and events that occurred only during the "electoral process" or have impacts on them. Finally, aims to demonstrate, also in conclusion, that the Electoral Court must be understood also as a Justice of the Partisan Questions.

**Keywords:** Electoral law. Electoral Procedure Law. Procedural Constitutional principles. Jurisdiction of competence. Political parties.

## 1 Introdução

Como é cediço, a Justiça Eleitoral, um dos órgãos do Poder Judiciário da União, exerce quatro funções distintas: a função administrativa, a função normativa, a função consultiva e a função jurisdicional, conforme classificação de Gomes (2005, p. 55). Das quatro funções, é a jurisdicional a única que faz da Justiça Eleitoral um órgão ontologicamente um ente do Poder Judiciário.

Os contornos do âmbito de competência jurisdicional da Justiça Eleitoral no mapa geral dos órgãos do Poder Judiciário, contudo, ainda não foram definidos de forma bastante precisa, suscitando inúmeros conflitos de competência, como os referentes a questões partidárias.

A maioria dos autores defende que a Justiça Eleitoral se atém a fatos surgidos durante o chamado "processo eleitoral", conjunto de atos que vão desde o alistamento até a diplomação dos eleitos, de acordo com Ramayana (2015, p 77.) ou desde as convenções partidárias até a diplomação, segundo Cândido (2012, p. 64). Jurisprudência também já consignou que a competência da Justiça Eleitoral encerra-se com o ato da diplomação. Os marcos temporais da competência da Justiça Eleitoral são assim descritos:

[...] A doutrina majoritária entende que à Justiça Eleitoral compete processar e julgar causas que estejam compreendidas entre o alistamento e a diplomação dos candidatos eleitos, e, por força de ação de natureza constitucional, que é a ação de impugnação ao mandato eletivo (art. 14, § 10), ainda possui competência para decidir essas ações que são ajuizadas no prazo de 15 dias, contados da diplomação. Fora desse prazo legal, não haverá mais competência da Justiça Eleitoral, devendo as questões serem dirimidas pela Justiça Comum (RAMAYANA, 2015, p. 77).

Fatos ocorridos fora do contexto do processo eleitoral, como disputas partidárias em convenções, estariam fora do alcance da Justiça Eleitoral, e os conflitos deles originários estariam sujeitos à Justiça Comum. Ocorre que algumas previsões legais e decisões jurisprudenciais impugnam essa tese e demonstram que a competência da Justiça Eleitoral vai além dos marcos do processo eleitoral ou do macroprocesso eleitoral, como querem alguns. Um exemplo é a competência para julgar contas anuais de partidos políticos (art. 30 da Lei dos Partidos Políticos), procedimento hoje de reconhecida natureza jurisdicional. Outro exemplo é a Resolução nº 22.610/2007 do TSE, que dá à Justiça Eleitoral competência para julgar disputas em torno da fidelidade partidária.

É objetivo, pois, deste trabalho averiguar os limites da competência jurisdicional da Justiça Eleitoral, desfazendo as imprecisões jurisprudenciais e doutrinárias do tema, que continua sem as devidas delimitações, conforme observado, ainda em 1998, por Pizzolati (1998, p. 15-26):

O tema da competência da Justiça Eleitoral ainda permanece na orfandade. Ou por óbvio o afastam, ou por entendê-lo superado deixam-no os autores e os julgadores sem maior trato. Com chavões cronológicos pretendem tê-lo definitivamente resolvido ("a competência da Justiça Eleitoral se exaure com a diplomação dos eleitos"), quando a Constituição Federal estabelece claramente que se trata de competência determinável *ratione materiae*. De mais a mais, a Justiça Eleitoral é instituição permanente, a despeito da temporariedade do mandato dos seus juizes, de modo que não faz sentido afirmar o exaurimento de sua competência pelo só fato de encerradas as eleições e diplomados os eleitos. Essa percepção conservadora e retrógrada da jurisprudência

revela-se, além de descompassada com o ordenamento constitucional vigente, como forte obstáculo ao pleno exercício das funções que a Constituição reservou à Justiça Eleitoral.

Não é objetivo neste artigo definir um rol mínimo de matérias da competência da Justiça Eleitoral; busca-se demonstrar que ela é muito mais ampla do que vem definindo a doutrina, defendendo o abandono definitivo do postulado segundo o qual a competência da Justiça Eleitoral se limita apenas a lides surgidas de fatos relacionados ao processo eleitoral.

A metodologia deste trabalho consistirá de uma atenciosa pesquisa bibliográfica da legislação vigente, constitucional e infraconstitucional, da jurisprudência sobre a questão suscitada, bem como da doutrina referente aos temas (manuais, monografias e artigos científicos), sempre utilizando uma abordagem dialética dos principais posicionamentos divergentes, com vistas a alcançar sínteses. Ao mesmo tempo, nos valeremos dos métodos clássicos utilizados em Direito: a hermenêutica lógica, a gramatical, a sistemática, a histórica e a teleológica, conforme Reale (2004, p. 277-289).

## 2 A competência da Justiça Eleitoral segundo as normas Constitucionais e Infraconstitucionais

A Constituição Federal atualmente vigente não cuidou de delimitar a competência material da Justiça Eleitoral, delegando essa incumbência à legislação complementar, em seu art. 121: “Lei complementar disporá sobre a organização e competência dos tribunais, dos juízes e das juntas eleitorais”.

Pois bem, o legislador complementar nada fez desde 1988 para regulamentar a organização judiciária e a competência da Justiça Eleitoral. Contudo, a doutrina parece estar pacificada quanto ao entendimento de que o Código Eleitoral, que contém disposições sobre competência, adquiriu, por meio do fenômeno da recepção, o caráter de lei complementar. Assim o afirma Gomes (2015, p. 20):

Código Eleitoral (Lei nº 4.737/65) – as normas desse diploma organizam o exercício de direitos políticos, definindo também a competência dos órgãos da Justiça Eleitoral. Apesar de ser, originariamente, lei ordinária, foi, em parte, recepcionado pela Constituição como lei complementar, nos termos do artigo 121, *caput*. Assim, a CE goza do *status* de lei complementar.

São válidas, portanto, as disposições do Código Eleitoral a respeito da competência da Justiça Eleitoral e só uma lei complementar pode modificá-las. As normas de competência do Código Eleitoral estão em seus arts. 22 e 23 (competências do TSE), 29 e 30 (competências dos TREs) e 35 (competência dos juízes eleitorais).

As normas citadas trazem muitas regras de competência de natureza administrativa, tais como as que concedem aos tribunais a prerrogativa de elaborar o seu regimento interno, organizar sua estrutura interna e dividir os estados em zonas eleitorais (arts. 23 e 29).

Os dispositivos citados trazem principalmente normas que se referem à competência hierárquica ou originária e recursal, especificando as competências do TSE, TREs e juízes eleitorais, embora indiretamente tracem, com isso, a competência de jurisdição da Justiça Eleitoral.

Também a Lei de Inelegibilidade (LC nº 64/1990) define normas de competência material ao definir a Justiça Eleitoral como competente para o julgamento de ações de investigação judicial contra abuso do poder político e de autoridade e contra o uso abusivo de meios de comunicação (art. 22, *caput*). Define ainda algumas normas de competência hierárquica ou originária (art. 24, *caput*).

Ocorre que a jurisprudência e a legislação ordinária também trazem inúmeras normas sobre competência da Justiça Eleitoral, o que parece contrariar a Constituição Federal.

A Lei dos Partidos Políticos (Lei nº 9.096/1995), por exemplo, traz importantes normas de competência ao definir a Justiça Eleitoral como responsável pela análise de prestação de contas anuais de partido político (art. 32, *caput*) e como competente para ações de cancelamento de registro de partidos políticos (art. 27, e seguintes).

Ambos os procedimentos – prestação de contas e cancelamento de registro de partidos políticos – são processos judiciais e não meramente administrativos, como veremos.

Ainda na seara das fontes legislativas das normas de competência da Justiça Eleitoral, a Lei das Eleições (Lei nº 9.504/1997), por fim, contribui para definir a competência da Justiça Eleitoral ao incumbir os órgãos da Justiça Eleitoral de julgar as representações relativas ao descumprimento de suas normas de Direito material (propaganda eleitoral, pesquisas eleitorais, registro de candidatura, etc.) em seu art. 96, I, II e III, bem como normas de competência de foro e de competência interna.<sup>3</sup>

Por fim, a jurisprudência do TSE, no exercício de sua função normativa, também tem definido normas de competência da Justiça Eleitoral, em resoluções como a de nº 22.610/2007, que dá à Justiça Eleitoral a incumbência jurisdicional de julgar os pedidos de decretação de perda de mandato eletivo por infidelidade partidária.

É questionada a definição de normas de competência da Justiça Eleitoral por meio de legislação ordinária ou de regulamentos da própria Justiça Eleitoral, diante do art. 121 da Carta Magna, que reserva à lei complementar a disciplina da matéria. Castro (2010, p. 24), *e. g.*, tem entendimento neste sentido:

A Constituição Federal de 1988, a par de reservar à União a competência privativa para legislar sobre Direito Eleitoral, exige *lei complementar* para regular a distribuição de competência entre os vários órgãos jurisdicionais eleitorais. Então, a fixação da competência do Juiz Eleitoral, das Juntas Eleitorais, dos Tribunais Regionais e do Tribunal Superior Eleitoral é matéria reservada à legislação complementar, não cabendo à legislação ordinária regulá-la (grifo nosso).

A questão foi amplamente discutida no julgamento das ADINs nºs 3999 e 4086, de 2007, sobre o problema da infidelidade partidária, nas

<sup>3</sup> "Art. 96. Salvo disposições específicas em contrário desta Lei, as reclamações ou representações relativas ao seu descumprimento podem ser feitas por qualquer partido políticos, coligação ou candidato, e devem dirigir-se: I – aos Juízes Eleitorais, nas eleições municipais; II – aos Tribunais Regionais Eleitorais, nas eleições federais, estaduais e distritais; III – ao Tribunal Superior Eleitoral, na eleição presidencial."

quais foi suscitada a possível inconstitucionalidade formal da Resolução nº 22.610/2007 do Tribunal Superior Eleitoral. A referida resolução violaria não só o art. 121 da CF, que estipula a reserva de lei complementar sobre matéria de competência da Justiça Eleitoral, mas também os arts. 22, I, 48, e 84, IV, da Carta Magna, ao desconsiderar a competência normativa do Legislativo. O STF, contudo, declarou a constitucionalidade da resolução do TSE.

Em seu voto vencedor<sup>4</sup>, o Ministro Joaquim Barbosa consignou que é, de fato, competência do Congresso legislar sobre a matéria, porém, *excepcionalmente*, a regulamentação supletiva da Justiça Eleitoral deve ser considerada válida, sob pena de se inviabilizarem direitos (no caso, o direito do eleitor à representatividade partidária, os direitos dos partidos às vagas conseguidas nas eleições, etc.).

Em nosso entender, implicitamente, o Ministro Joaquim Barbosa aplicou um juízo de ponderação de princípios e normas constitucionais, demonstrando que o *princípio do amplo acesso à Justiça* (art.5º, XXXV: a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito) é superior valorativamente à regra da reserva de lei complementar e talvez mesmo ao princípio da separação dos poderes. Vale destacar um trecho do acórdão da ADIN no 3999/DF:

Vale dizer, de pouco adiantaria a Corte reconhecer um dever – fidelidade partidária – e não reconhecer a existência de um mecanismo ou de um instrumento legal para assegurá-lo. A inexistência do mecanismo leva a quadro de exceção, que se crê ser temporário.

É nesse quadro excepcional, de carência de meio para garantia de um direito constitucional, marcado pela transitoriedade, que interpreto a adequação da resolução impugnada ao art. 21, IX do Código Eleitoral, este interpretado conforme a Constituição. O poder normativo do Tribunal Superior Eleitoral se submete, por óbvio, à Constituição [...] A demarcação do âmbito de atividade do Legislativo,

---

<sup>4</sup> Na decisão que valeu para as duas ADINs, nove ministros acompanharam o voto de Joaquim Barbosa, que declarou a constitucionalidade da resolução do TSE. Apenas os Ministros Marco Aurélio de Melo e Eros Grau julgaram procedente as ADINs, afirmando que a resolução do TSE era inconstitucional.

contudo, deve ser sensível às situações extraordinárias, marcadas pela necessidade de proteção de um direito que emana da própria Constituição. A atividade normativa do TSE recebe seu amparo da *extraordinária* circunstância de que Supremo Tribunal Federal ter reconhecido a fidelidade partidária como requisito para permanência em cargo eletivo e a *ausência expressa* de mecanismo destinado a assegurá-lo (grifos nossos).

Pois bem, pode-se questionar o entendimento firmado pelo STF<sup>5</sup>; porém, o fato é que, desde o julgamento das ADINs acima referidas, ficou admitida, com efeito *erga omnes*, a competência *extraordinária* do TSE para fixar normas de competência, na ausência de regulamentação específica por meio de lei complementar, desde que ocorra o risco de se inviabilizarem direitos fundamentais. A jurisprudência está pacificada quanto ao tema, e é necessário o respeito ao *stare decisis* por razões de segurança jurídica e o respeito ao princípio constitucional da igualdade. E se a jurisprudência do TSE pode definir essas normas, é de se admitir que a legislação ordinária também tenha esse poder, *extraordinária* e supletivamente, devendo ser consideradas válidas, sob pena de se inviabilizarem direitos fundamentais. Isso porque a lei ordinária é superior hierarquicamente ao regulamento administrativo.

O problema das normas de competência para a Justiça Eleitoral espalhadas pela jurisprudência e pela legislação ordinária reclama uma solução que deveria se dar na forma de uma consolidação das leis eleitorais por meio de uma lei complementar, trazendo maior coerência ao sistema.

Em conclusão, deve-se reconhecer que atualmente as normas processuais sobre a competência da Justiça Eleitoral têm como fontes válidas a Constituição Federal, a legislação complementar, a legislação comum (*extraordinária* e supletivamente) e ainda a jurisprudência do TSE (*extraordinária* e supletivamente).

---

<sup>5</sup> Castro (2010, p. 8), por exemplo, não aceita a constitucionalidade da resolução do TSE: "Da forma como dispôs na Resolução 22.610, o TSE inovou em matéria de competência, produzindo norma inconstitucional".

### 3 Delimitação do âmbito de competência jurisdicional da Justiça Eleitoral – A Justiça Eleitoral como Justiça das questões partidárias

Como visto, a Constituição Federal não cuidou de definir os limites de competência da Justiça Eleitoral, como fez com a Justiça do Trabalho e com a Justiça Federal (arts. 114, 108 e 109). Em vez disso, delegou à legislação complementar a tarefa de dar os devidos contornos ao âmbito de competência da especializada eleitoral.

Exceto por dispositivos específicos contidos na LC nº 64/1990, não há outra lei complementar que trate do tema competência da Justiça Eleitoral. Na ausência de regulamentação, podemos extrair da doutrina e da jurisprudência, três teses:

- a) O Código Eleitoral foi recepcionado como Lei Complementar, portanto, são válidas as suas disposições sobre competência da Justiça Eleitoral.
- b) Suplementar e excepcionalmente, o TSE poder expedir, com base no art. 21, X, do Código Eleitoral, normas de competência para a Justiça Eleitoral.
- c) A terceira tese é decorrente da segunda: se é lícito excepcionar-se a norma de reserva de lei complementar admitindo que a jurisprudência do TSE fixe normas de competência, deve-se admitir também que a lei ordinária, excepcional e supletivamente, trace normas de competência da Justiça Eleitoral.

Pois bem, estamos diante de um quadro em que, sob a tutela do STF, admitem-se regras de fixação de competência por meio de normas oriundas da Constituição Federal, do Código Eleitoral, da legislação ordinária eleitoral e da jurisprudência do TSE, no exercício de sua função normativa.

É a partir do conjunto dessas normas que se deve definir os contornos da competência material da Justiça Eleitoral. E o conjunto dessas normas, como veremos, permite-nos concluir que o âmbito de competência da Justiça Eleitoral é muito mais amplo do que vem admitindo tradicionalmente a doutrina e os diversos julgamentos dos tribunais.

Nesse passo, noções como a de que a competência da Justiça Eleitoral só se aplica a fatos ocorridos dentro do processo eleitoral (do alistamento à diplomação) ou de que a ela não compete tratar de assuntos partidários, como convenções partidárias, devem ser abandonadas.

Será possível mesmo afirmar que a Justiça Eleitoral é também uma Justiça das questões partidárias, como veremos.

Majoritariamente, conforme Ramayana (2015, p. 77), a doutrina aduz que a competência da Justiça Eleitoral se atém a lides surgidas em torno do processo eleitoral: alistamento de eleitores, registro de candidatura, propaganda eleitoral, pesquisa eleitoral, abuso de poder durante a campanha, inelegibilidades, impugnação de mandato. A competência da Justiça Eleitoral se encerraria com a diplomação. Castro (2010, p. 29) também manifesta este entendimento:

[...] compete-lhe [à Justiça Eleitoral], portanto, apreciar as matérias envolvidas no macro-processo eleitoral, do alistamento à diplomação, remanescendo a possibilidade de também apreciar a impugnação de mandato eletivo, cuja ação será proposta em até quinze dias após a diplomação dos eleitos. Escapam à sua competência, *v.g.*, questões relativas ao exercício de mandato, hipóteses de perda deste em razão de conduta do mandatário (improbidade administrativa, falta de decoro, etc.).

Camargo Gomes (2004, p. 715-719), desembargadora do TRF da 3ª região, dá respaldo a esse entendimento em conferência: “[...] caracteriza-se por deter competência jurisdicional sobre todos os atos do processo eleitoral, além de que a par disto possui também uma gama de atribuições de natureza administrativa”.

A jurisprudência majoritária também professa o entendimento de que a competência da Justiça Eleitoral só se aplica a fatos ocorridos durante o processo ou o procedimento eleitoral. O Superior Tribunal de Justiça, por exemplo, tem este parecer:

PROCESSO CIVIL – CONFLITO DE COMPETÊNCIA – CONVENÇÃO DE PARTIDO POLÍTICO: DISCUSSÃO EM TORNO DE DESAVENÇAS SURGIDAS NA CONVENÇÃO. 1. Estabeleceu-se como precedente desta Corte o entendimento de que só é competente a Justiça Eleitoral para processar e

julgar os feitos relativos a questões eleitorais *após iniciado o procedimento eleitoral*. 2. Desavenças de pré-candidaturas, no âmbito da convenção partidária, são da competência da Justiça Comum. 3. Conflito conhecido para declarar-se competente o juiz estadual suscitante. (BRASIL, 2001. Grifos nossos.)

Esse posicionamento é oriundo de decisão anterior em que o STJ (Conflito de Competência nº 19.321, de 6.10.1997), decidiu: “a competência da Justiça eleitoral só se caracteriza após o início do procedimento eleitoral”<sup>6</sup>.

O posicionamento do Tribunal da Cidadania ainda é seguido por algumas cortes estaduais, como o TJ/SP, em julgamento recente:

COMPETÊNCIA. AÇÃO AJUIZADA POR FILIADO EM FACE DE PARTIDO POLÍTICO, OBJETIVANDO DISCUSSÃO ACERCA DA VALIDADE DE CONVOCAÇÃO E REALIZAÇÃO DE CONVENÇÃO PARTIDÁRIA. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA ESTADUAL COMUM. HIPÓTESE DE CONFLITO INTERNO. JUSTIÇA ELEITORAL QUE SOMENTE SERIA COMPETENTE CASO JÁ INICIADO O PROCESSO ELEITORAL. PRECEDENTES DO STJ. DECISÃO REFORMADA. AGRAVO PROVIDO. (BRASIL, 2013).

Ocorre que, como bem salientou Pizzolati (1998, p. 18-19), restringir a competência da Justiça Eleitoral a fatos ocorridos durante o marco temporal do “processo eleitoral” – marcos temporais, aliás, imprecisos – é algo sem fundamento. A decisão do STJ que afirmou esse entendimento não revelou as suas premissas.

Em verdade, as normas que disciplinam a competência da Justiça Eleitoral estão repletas de regras que contradizem o entendimento do STJ, senão vejamos.

À Justiça Eleitoral compete o julgamento de representações contra propaganda eleitoral extemporânea, conforme a leitura do art. 36, *caput*, e § 5º da Lei nº 9.504/1997:

<sup>6</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Conflito de Competência nº 19.321, de 6 outubro de 1997.

Art. 36. A propaganda eleitoral somente é permitida após o dia 5 de junho do ano da eleição.

[...]

§ 5º A comprovação do cumprimento das determinações da Justiça Eleitoral relacionadas a propaganda realizada em desconformidade com o disposto nesta Lei, poderá ser apresentada no Tribunal Superior Eleitoral, no caso de candidatos a Presidente e Vice-Presidente da República, nas sedes dos respectivos Tribunais Regionais Eleitorais, no caso de candidatos a Governador Vice-Governador, Deputado Federal, Senador da República, Deputados Estadual e Distrital, e, no Juízo Eleitoral, na hipótese de candidato a Prefeito, e Vereador.

Mais uma vez pode-se aqui invocar a inconstitucionalidade do dispositivo em razão da reserva de lei complementar (art. 121 da CF), porém, o julgamento das ADINs referidas no capítulo 3 não deixam mais dúvidas: na falta de lei complementar, a Justiça Eleitoral, ou o legislador comum, no exercício de sua função normativa, pode, excepcional e subsidiariamente, disciplinar a competência da Justiça Eleitoral. Logo, a lei ordinária, superior hierarquicamente ao regulamento administrativo, também pode fazê-lo. No caso concreto da propaganda extemporânea, a ausência de regulamentação seria prejudicial ao direito de eleitores e candidatos à lisura do pleito.

Pois bem, propaganda extemporânea é fato que pode acontecer *a qualquer tempo* e pode acontecer fora (antes ou depois) dos limites temporais do “macroprocesso eleitoral”. Pode acontecer antes do registro de candidaturas, depois da diplomação, etc. Independentemente de quando irá acontecer, é a Justiça Eleitoral que julgará a causa.

A Justiça Eleitoral é competente para julgar crimes de captação de sufrágio: a “compra de votos” (art. 299 do Código Eleitoral). Nada impede que a conduta de captação de sufrágio ocorra fora dos marcos do processo eleitoral.

A Justiça Eleitoral (TSE) também tem a incumbência de processar e julgar os registros e a cassação de registro de partidos políticos (art. 22, I). Observe-se que, a princípio, a criação de partido político é

procedimento administrativo. Contudo, suponha-se que se impugne a criação de determinada legenda. Nesse caso, estaremos diante de um processo judicial. No caso do cancelamento de legenda, é inequívoco o caráter judicial da contenda, conforme a redação do art. 28, §§ 1º e 2º, da Lei nº 9.096/1995:

O Tribunal Superior Eleitoral, após o trânsito em julgado de decisão, determina o cancelamento do registro civil e do estatuto do partido contra o qual fique provado:

I – ter recebido ou estar recebendo recursos financeiros de procedência estrangeiras;

II – estar subordinado a entidade ou governo estrangeiros;

III – não ter prestado, nos termos desta Lei, as devidas contas à Justiça Eleitoral

IV – que mantém organização paramilitar

§ 1º A *decisão judicial* a que se refere este artigo deve ser precedida de processo regular, que assegure ampla defesa;

§ 2º O processo de cancelamento é iniciado pelo Tribunal à vista de denúncia de qualquer eleitor, de representante de partido, ou de *representação* do Procurador-Geral Eleitoral. (Grifos nossos.)

Ora, o julgamento de ações sobre registro e extinção de partidos políticos pode ocorrer a qualquer momento, antes, durante ou depois de deflagrado o processo eleitoral.

Há mais. O art. 22, I, f, da LC nº 64/1990 determina que é competência do TSE julgar "as reclamações relativas a obrigações impostas por lei aos partidos políticos, quanto à sua contabilidade e à apuração da origem de seus recursos."

Além das reclamações relativas às finanças partidárias (processo judicial de jurisdição contenciosa), os partidos políticos também devem prestar contas à Justiça Eleitoral anualmente, conforme o art. 32 da Lei das Eleições (processo judicial de jurisdição voluntária).<sup>7</sup>

<sup>7</sup> O caráter judicial da prestação de contas partidária tornou-se inequívoco com a Resolução nº 23.432/2014 do TSE, que impõe aos órgãos partidários a obrigação de apresentar contas subscritas por advogado.

Por fim, tem-se a já citada Resolução nº 23.406/2007 do Tribunal Superior Eleitoral, avalizada pelo STF, que outorga ao TSE a competência para tratar de perda de mandato em virtude de infidelidade partidária.

Há, portanto, inúmeros casos em que a Justiça Eleitoral é competente para julgar fatos ocorridos fora do período conhecido como "processo eleitoral" ou "procedimento eleitoral". Decisões jurisprudenciais que afirmarem ser da competência da Justiça Comum fatos ocorridos fora do marco temporal relatado são, portanto, carentes de fundamento.

Estamos diante de um quadro em que a Justiça Eleitoral cuida das causas relativas a partidos políticos, que vão desde sua criação, passando pelas suas obrigações financeiras e questões de fidelidade partidária, até a extinção da legenda. Não nos parece correto, portanto, afirmar que só excepcionalmente a Justiça Eleitoral deve tratar de questões partidárias. Na verdade, as fontes do Direito Eleitoral já deram mostras suficientes de que sua intenção é de que a Justiça Eleitoral atue como a Justiça responsável pelas questões partidárias. Em outras palavras, que seja mais que uma Justiça Eleitoral, que seja também uma Justiça dos partidos políticos.

Assim, não se deve afastar da apreciação da Justiça Eleitoral questões relativas às convenções partidárias.

Embora ainda controversa a jurisprudência sobre o tema, há muitos julgados que não reconhecem a competência da Justiça Eleitoral para julgar demandas oriundas de convenções partidárias, *ex. gr.*:

Registro. Candidato. Escolha em convenção.

1. A escolha do candidato em convenção é requisito exigido para o deferimento do pedido de registro de candidatura.
2. A Justiça Eleitoral é incompetente para julgar os critérios utilizados pelo partido para escolher os candidatos que disputarão as eleições, haja vista se tratar de matéria interna corporis.

Agravo regimental não provido.<sup>8</sup>

---

<sup>8</sup> BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. *Agravo Regimental em Recurso Especial Eleitoral nº 484336*, João Pessoa/PB.

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM PETIÇÃO. RECEBIMENTO COMO PEDIDO DE RECONSIDERAÇÃO. PARTIDO POLÍTICO. INCORPORAÇÃO DO PAN AO PTB. CUMPRIMENTO DAS FORMALIDADES LEGAIS. PEDIDO DE RECONSIDERAÇÃO INDEFERIDO.

[...]

3. A insurgência dos representantes do PAN contra a validade das convenções partidárias é questão interna corporis a ser dirimida pela Justiça Comum, como bem ressaltado pelo Ministério Público Eleitoral. Cabe somente a ela conhecer das irrisignações, para decidir sobre a validade ou não dos atos praticados por filiados partidários no momento e na via adequados. (BRASIL, 2007)

Que à Justiça Eleitoral não cabe invadir a esfera de autonomia dos partidos políticos quanto à definição de suas regras de escolhas de candidatos não se discute, em virtude do art. 17, § 1º, da Constituição Federal, que trata da autonomia das legendas. Mas ela não deve se eximir do dever de examinar causas apreciáveis relativas às convenções partidárias, alegando ser competência da Justiça Comum, por ser ato *interna corporis*. As decisões tomadas em convenções partidárias *necessariamente* interferem diretamente na disputa eleitoral.

Algumas decisões jurisprudenciais aceitam a competência da Justiça Eleitoral para tratar de questões partidárias com a condição de que essas questões *interfiram diretamente no processo eleitoral, ex. gr.:*

Recurso. Eleições 2008. Registro de candidaturas. Validade de convenção partidária. Preliminar.

Competência da Justiça Eleitoral para analisar controvérsias internas das agremiações partidárias quando houver reflexo direto no processo eleitoral, sem que esse controle jurisdicional interfira na autonomia das agremiações partidárias, garantido pelo art. 17, §1º, da CF.

Exame do acervo probatório. Ata que não reproduz a vontade legítima dos membros partidários. Exame da situação dos candidatos envolvidos.

Provimento parcial. (BRASIL, 2008.)

Os eleitoralistas mais renomados acompanham esse entendimento, como, por exemplo, Gomes (2015, p. 88):

Alargamento da competência da Justiça Eleitoral – Tal diploma alarga as atribuições e a competência da Justiça Eleitoral, trazendo para seu seio questões eminentemente partidárias.

Na verdade, essa matéria é estranha às funções dessa Justiça, que é especializada na administração de eleições. Suas atribuições encerram-se com a diplomação dos eleitos, permanecendo tão-só em relação a ações que tenham por objeto conflitos oriundos do processo eleitoral. Tradicionalmente, os dissídios intrapartidários, inclusive os atinentes ao exercício de mandato, sempre foram confiados à Justiça Comum Estadual. A competência da Justiça Eleitoral só se afirma se houver o risco de afetar o processo eleitoral.

Mais uma vez, estamos diante de entendimento carente de fundamento. O que seria refletir ou afetar diretamente o pleito? Como vimos, a Justiça Eleitoral é competente para apreciar ações relativas às finanças partidárias, em qualquer tempo. Isso influencia diretamente o processo eleitoral? A Justiça Eleitoral é competente para julgar pedidos de extinção de partidos políticos. Isso influencia diretamente no processo eleitoral? A Justiça Eleitoral é competente para julgar casos de perda de mandato eletivo por infidelidade partidária. Isso influencia diretamente o pleito? Por que então restringir a competência da Justiça Eleitoral para julgar questões partidárias a casos em que essas questões influenciem diretamente no pleito ou caso ocorrem durante o procedimento eleitoral?

Ademais, quais são as finalidades dos partidos políticos numa democracia senão disputar o poder mediante eleições?

Bonavides (2000, p. 450) afirma que “o partido político, a nosso ver, é uma organização de pessoas que inspiradas por idéias ou movidas por interesses, buscam tomar o poder, normalmente pelo emprego de meios legais, e nele conservar-se para realização dos fins propugnados.” Os meios legais a que ele se refere, obviamente, são as eleições.

Afonso da Silva (2005, p. 394), por sua vez, assim define partido político: “é uma forma de agremiação ou de grupo social que se propõe organizar, coordenar e instrumentar a vontade popular com o fim de assumir o poder para realizar o seu programa de governo.”

O ilustre constitucionalista também afirma que a finalidade última do partido político é a de assumir o poder e, reafirmamos, não há outra forma de se assumir o poder em um Estado democrático de direito senão por meio do sufrágio, das eleições, e não se pode ascender ao poder senão com filiação partidária (art. 14, V, da Constituição Federal).

A finalidade última dos partidos políticos é, pois, disputar eleições, chegar ao poder por meio delas. Partido político e eleições são conceitos, portanto, umbilicalmente ligados. Todas as decisões partidárias, ainda que indiretamente, interferirão no processo eleitoral de alguma forma. Nesse sentido, não há porque afastar da competência da Justiça Eleitoral a apreciação de lides partidárias.

Por fim, há mais um argumento prático a favor de se estender à competência da Justiça Eleitoral a todas as questões partidárias. A demanda da Justiça Eleitoral, pode-se comprovar em consulta aos relatórios do Conselho Nacional de Justiça, é imensamente inferior a da Justiça Comum, dado que esta abrange em sua competência um número exponencialmente maior de matérias. Convém deixar à especializada, portanto, o cuidado das causas partidárias, até como forma de viabilizar o princípio da razoável duração do processo (CF, art. LXXVIII): o julgamento pela especializada é indubitavelmente mais ágil.

#### 4 Conclusão

O excursus empreendido neste trabalho dirigiu-se no sentido de demonstrar que a competência de jurisdição da Justiça Eleitoral é muito mais ampla do que a jurisprudência e a doutrina dominantes costumam aceitar.

Ao longo da argumentação, pudemos demonstrar que afirmações como a de que a competência da Justiça Eleitoral se aplica apenas a fatos compreendidos dentro dos marcos temporais do processo eleitoral ou de que se aplica somente a fatos que afetem diretamente o processo eleitoral são carentes de fundamento.

Na verdade, a competência da Justiça Eleitoral vai muito além dos marcos temporais do processo eleitoral. Ela se aplica a lides originárias de fatos ocorridos fora desses marcos.

A Resolução nº 22.610/2007 do TSE, inequivocamente válida por força de declaração de constitucionalidade do STF, alargou o âmbito de competência da Justiça Eleitoral ao colocá-la como competente para apreciar a infidelidade partidária, mas esse âmbito, demonstramos, já era mais largo antes da edição da resolução, embora doutrina e jurisprudência não o afirmassem. Isso porque o Código Eleitoral, por exemplo, reconhecia a competência da especializada para apreciar causas relativas a finanças partidárias e a criação e extinção de partidos políticos.

Por fim, pretendemos demonstrar que, não só em virtude da Resolução nº 22.610/2007 do TSE, mas em virtude de diversas disposições legais, e tendo em vista a finalidade dos partidos políticos, a Justiça Eleitoral deve ser considerada também uma Justiça das questões partidárias e declarada competente para apreciar essas questões, afetem elas ou não o processo eleitoral de forma *direta*.

## Referências

BONAVIDES, Paulo. *Ciência Política*, 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

BRASIL. *Código Eleitoral anotado e legislação complementar*. 11. ed. Brasília: Tribunal Superior Eleitoral, 2013.

\_\_\_\_\_. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Presidência da República, Subchefia para Assuntos Jurídicos, Brasília, DF, 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em: 26 abr. 2016.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *ADIN nº 3999/DF*, de 12 de novembro de 2008. Supremo Tribunal Federal, Brasília, DF, 2008. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=586949>>. Acesso em: 26 abr. 2016.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *ADIN nº 4086/DF*, de 12 de novembro de 2008. Supremo Tribunal Federal, Brasília, DF, 2008. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=586951>>. Acesso em: 26 abr. 2016.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. *Conflito de Competência nº 30176/MA*, Primeira Seção, rel. Eliana Calmon, 10 out. 2001. Superior Tribunal de Justiça, Brasília, DF, 2001. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/IMGD?seq=137741&nreg=200000791148&dt=20020204&formato=PDF>>. Acesso em: 26 abr. 2016.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. *Conflito de Competência nº 19.321*, de 6 de outubro de 1997. Superior Tribunal de Justiça, Brasília, DF, 1997. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp>>. Acesso em: 26 abr. 2016.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado. *Agravo de Instrumento nº 0137176-07.2012.8.26.0000*, de 21 de fevereiro de 2013. Tribunal de Justiça, São Paulo, SP, 2013. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=6529914&cdForo=0&v\Captcha=teutn>>. Acesso em: 26 abr. 2016.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal Regional Eleitoral. *Rcand nº 452/2008*. Tribunal Regional Eleitoral, Porto Alegre, RS, 2008. Disponível em: <[http://www.tre-rs.gov.br/apps/inteiro\\_teor/index.php?acao=lista\\_acordaos&lasse=RCand&processo=452&x=70&y=16](http://www.tre-rs.gov.br/apps/inteiro_teor/index.php?acao=lista_acordaos&lasse=RCand&processo=452&x=70&y=16)>. Acesso em: 26 abr. 2016.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Embargos de Declaração na Petição nº 311360220066000000, de 23 de maio de 2007. Tribunal Superior Eleitoral, Brasília, DF, 2007. Disponível em: <<http://tse.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/302053008/peticao-pet-311360220066000000-brasilia-df-222132006>>. Acesso em: 26 abr. 2016.

\_\_\_\_\_. Tribunal Superior Eleitoral. *Agravo Regimental em Recurso Especial Eleitoral nº 484336/PB*. Tribunal Superior Eleitoral, Brasília, DF, 2010. Disponível em: <<http://tse.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/17377750/agravo-regimental-em-recurso-especial-eleitoral-agr-respe-484336-pb/inteiro-teor-103707048>>. Acesso em: 26 abr. 2016.

CASTRO, Edson de Resende. Competência dos órgãos jurisdicionais eleitorais. *Revista de Direito da Unifenas*, n. 1, p. 57-60, 1998.

\_\_\_\_\_. *Curso de Direito Eleitoral*. 7. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2014.

CÂMARA, Alexandre de Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*, 25. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

CÂNDIDO, Joel José. *Direito Eleitoral brasileiro*, 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

COSTA, Tailaine Cristina. *Justiça Eleitoral e sua competência normativa*. Paraná Eleitoral, v. 2, p. 99-114.

DAMASCENO, João Batista. *Competência da Justiça Eleitoral, inelegibilidade e infidelidade partidária*. Série Aperfeiçoamento de Magistrados, 7. In: Seminário brasileiro de direito eleitoral: temas relevantes para as Eleições de 2012, 1., 2012, Rio de Janeiro, RJ. Organização: EMERJ, 2012.

DUVERGER, Maurice. *Os partidos políticos*. Rio de Janeiro: Guanabara, 1987.

GOMES, José Jairo. *Direito Eleitoral*. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

CAMARGO GOMES, Susana de. A Justiça Eleitoral e sua competência. *Revista Brasileira de Direito Constitucional*, n. 3, jan./jun. 2004. Disponível em: <<http://esdc.com.br/seer/index.php/rbdc/article/view/95/94>>. Acesso em: 26 abr. 2016.

GRINOVER, Ada Peregrini, et al. *Teoria geral do processo*. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MORAIS, Alexandre de. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Atlas, 2000.

PIZZOLATI, Rômulo. A competência da Justiça Eleitoral. *Resenha Eleitoral*, n. 1, v. 5, jan./jun. 1998.

RAMAYANA, Marcos. *Direito Eleitoral*. 14. ed. Belo Horizonte: Impetus, 2015.

REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

RIBEIRO, Fávila. *Direito Eleitoral*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

COSTA, Adriano Soares da. *Instituições de Direito Eleitoral*. 9. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2013.

SOARES, Marcos Antônio Striquer. Jurisdição e administração: duas funções da Justiça Eleitoral. *Revista Jurídica da Unifil*, ano III, n. 3, ANO?.

SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional positivo*. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

DOS INCONVENIENTES DO  
VOTO IMPRESSO: MEMÓRIA  
DA AÇÃO DIRETA DE  
INCONSTITUCIONALIDADE  
Nº 4.543<sup>1</sup>

DISADVANTAGES OF THE PRINTED VOTE:  
MEMORY OF THE DIRECT ACTION FOR  
UNCONSTITUTIONALITY Nº 4543

VOLGANE OLIVEIRA CARVALHO<sup>2</sup>

RESUMO

O presente estudo destina-se a realizar uma análise crítica da Lei nº 13.165/2015, que recriou o voto impresso no Brasil, sob a perspectiva

---

<sup>1</sup> Artigo recebido em 25 de novembro de 2015 e aprovado para publicação em 26 de janeiro de 2016.

<sup>2</sup> Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS). É analista judiciário do Tribunal Regional Eleitoral do Maranhão e professor do Curso de Direito do Instituto Camillo Filho.

da decisão do Supremo Tribunal Federal proferida na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.543. Para cumprir o objetivo proposto, partir-se-á da análise dos votos da Ministra Cármen Lúcia (relatora) e do Ministro Gilmar Mendes, que, embora, concordassem no mérito, divergiram nos argumentos utilizados para reconhecer a inconstitucionalidade da norma. Assim, a verdadeira mácula da norma decorre da possibilidade de quebra do sigilo do voto e da criação de indesejada diferenciação entre os eleitores no exercício do sufrágio. Do mesmo modo, não é aceitável que o princípio da vedação do retrocesso seja alijado do processo de controle de constitucionalidade sob a alegação de que acaba por elevar normas infraconstitucionais à dignidade constitucional.

**Palavras-chave:** Lei nº 13.165/2015. ADI nº 4.543. Voto impresso.

## ABSTRACT

The current study means to carry out a critical analysis of the Law nº 13.165/2015 which recreated the printed vote in Brazil, from the perspective of the Federal Supreme Court's decision rendered in the Direct Action for Unconstitutionality nº 4.345. To accomplish the proposed objective it will be started from the analysis of the Ministers Cármen Lúcia (reporter) and Gilmar Mendes' votes, which, although agreed in merit, diverged on the arguments utilized to recognize the unconstitutionality of the norm. Therefore, the true macula of the norm derives from the possibility of breach in the vote's confidentiality and creation of unwanted distinction among the voters on the exercise of suffrage. Likewise, it is not acceptable the principle of interdiction of retrocession to be drawn back of the constitutionality control process on the grounds that it turns out to elevate infra-constitutional norms to the constitutional dignity.

**Keywords:** Law nº 13.165/2015. ADI (Direct Action for Unconstitutionality) nº 4.543. Printed vote.

## 1 Introdução

O Congresso Nacional, derrubando veto da presidente da República, recriou a figura do voto impresso no Brasil; definitivamente não se trata de uma novidade na legislação pátria, mas não há dúvidas de que o tema continua cercado de muita polêmica. O Supremo Tribunal Federal, no passado, em sede de controle concentrado de constitucionalidade, já havia sido chamado a pronunciar-se sobre o tema, naquela ocasião no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 4.543, considerou o dispositivo inconstitucional.

Inicialmente, o Tribunal pronunciou-se no julgamento de medida cautelar que pretendia suspender provisoriamente a eficácia da norma impugnada, garantindo a inaplicabilidade dela nas eleições municipais de 2012. Posteriormente, o plenário confirmou a decisão preliminar no julgamento do mérito da ação, declarando definitivamente inconstitucional a criação de mecanismo de impressão do voto no Brasil.

A solução jurídica buscada para o caso passou, de modo inevitável, pela discussão acerca de conceitos essenciais referentes aos direitos fundamentais, mormente, aos direitos políticos ativos (notadamente o voto). É importante revisitar o julgado para verificar a aplicabilidade das ideias defendidas naquela ocasião, para a situação que se apresenta agora.

O presente estudo pretende perscrutar os argumentos apresentados em prol e contra a impressão dos votos pelas urnas eletrônicas, bem como, busca-se verificar a adequação constitucional da existência do voto impresso no ordenamento jurídico brasileiro.

## 2 A reforma política e a ressurreição do voto impresso

Michel Foucault (2012, p. 25) atribuiu ao discurso uma força intrínseca por vezes intransponível. Manejado repetida e incisivamente, o discurso torna-se uma realidade inolvidável – transforma em verdade universal o desejo individual, faz surgir necessidades inadiáveis e anula desejos indispensáveis. A arte de dominar o discurso é um mister para

poucos, mas produz profícuos resultados. A reforma política é uma vítima do poder do discurso, muitos defendem-na, mas poucos compreendem de fato sua importância.

A necessidade de uma reforma constitucional com o escopo de alterar o modelo eleitoral e, quiçá, partidário brasileiro, é uma necessidade inadiável forçada pelo *Zeitgeist*. Esse anseio social e acadêmico foi progressivamente reduzido a uma bandeira eleitoral hasteada por muitos candidatos e respeitada por poucos parlamentares. O desejo de mudança do modelo eleitoral brasileiro tornou-se uma promessa permanente que serve para apascentar o eleitor arisco e justificar os desvios da legalidade que contaminam o processo atualmente. O modelo eleitoral brasileiro tornou-se o responsável por todas as iniquidades realizadas antes e depois de os eleitores comparecerem às urnas.

O *mise en scène* em torno da reforma política não é recente:

A Reforma Política é um dos temas mais recorrentes da política nacional. Desde [...] [os] anos 1980, o assunto constantemente entra e sai da pauta do Congresso Nacional. Avanços no sistema político e eleitoral têm ocorrido de forma pontual [...]. Nem por isso o tema deixa de ser debatido. (ARAGÃO, 2014, p. 18.)

Fugindo da seara do discurso eleitoreiro sob a perspectiva academicista, é certo que a realização de uma reforma política é uma medida de urgência para a reestruturação do modelo político brasileiro e sua adaptação, ou melhor, adequação às necessidades do século XXI. Ademais, se “[...] impõe como reflexão a crise do sistema representativo nacional, que deve ser entendida a partir de um processo global de questionamento dos valores democráticos e das práticas políticas neles fundamentadas” (ROCHA, 2008, p. 7.449).

O primeiro passo a ser dado nesta análise é o estabelecimento de uma contextualização que permita firmar um conceito aceitável em torno do que seja a reforma política. Etimologicamente tem-se a ideia de que reformar implica alterar algo para melhor, adequando-o às exigências de uma determinada realidade.

A ideia de que o sistema político de um país esteja atrelado a sua realidade e respeite as alterações sociais que se apresentem com o passar dos anos ajuda, em parte, a explicar a profusão de reformas eleitorais realizadas periodicamente no Brasil. A realidade, entretanto, demonstra que as modificações na legislação eleitoral brasileira possuíram um caráter muito mais casuístico que propriamente reformador.

A eliminação ou redução das distorções do processo eleitoral brasileiro estaria, portanto, condicionada a uma modificação do texto da Constituição Federal, a fim de adaptar o sistema eleitoral brasileiro a um modelo presidencialista que possui importante participação legislativa<sup>3</sup>, buscando, concomitantemente, corrigir os defeitos de representatividade das diferentes regiões do país e dotar de frescor e força o modelo partidário brasileiro.

O nó górdio dessa alteração constitucional encontra-se justamente na necessidade de adotar um modelo eleitoral que consiga suprir interesses e necessidades aparentemente irreconciliáveis. Pretende-se, pois, modificar o estado de descrença do eleitor fazendo-o mais próximo de seus representantes e propiciando a recuperação da credibilidade do parlamento.

Digladiando-se em defesa de interesses tão diversos, os parlamentares seguem para a via mais segura: a manutenção do *establishment* inalterado, com a promessa de uma reforma futura sendo uma bandeira a ser desfraldada nos próximos pleitos. A necessidade de alteração associada ao desejo de conservação alimenta um moto contínuo sistêmico.

Tais medidas, entretanto, não podem ser apresentadas como um remédio miraculoso que sanará todos os males da sociedade brasileira. A alteração do modelo eleitoral nacional tem sido objeto de intenso debate; contudo, os propósitos, muitas vezes, aparentam ser apenas a manutenção do *status quo* dos grupos políticos que já tiveram acesso ao poder.

---

<sup>3</sup> Alguns autores denominam o modelo brasileiro de presidencialismo de coalização. José Antonio Giusti Tavares (1982, p. 74) denomina-o presidencialismo proporcionalista.

Nesse sentido, não é possível imaginar que haverá um modelo eleitoral perfeito para a realidade brasileira. Em um país de dimensões continentais com ocupação territorial variável, é inevitável a existência de diferenças regionais que redundarão em distorções na representatividade.

Frustrados pela impossibilidade de encontrar uma solução definitiva, os legisladores acabam deixando-se seduzir por propostas marginais, mas que possuem grande impacto midiático. E, assim, inicia-se o processo de ressurreição do voto impresso.

Seguindo esse passo, em 29 de setembro de 2015 foi promulgada a Lei nº 13.165, que trazia em seu corpo mais uma reforma eleitoral. Dentre muitos destaques da norma que pretendia resolver as mazelas do sistema eleitoral brasileiro, merece especial atenção a alteração do artigo 59-A da *Lei das Eleições*, que passaria a ter a seguinte redação:

Art. 59-A. No processo de votação eletrônica, a urna imprimirá o registro de cada voto, que será depositado, de forma automática e sem contato manual do eleitor, em local previamente lacrado.

Parágrafo único. O processo de votação não será concluído até que o eleitor confirme a correspondência entre o teor de seu voto e o registro impresso e exibido pela urna eletrônica.

O dispositivo foi vetado pela presidente da República, utilizando como único argumento os elevados custos da implantação do projeto, orçado em quase 2 bilhões de reais. Em meados de novembro, entretanto, o veto presidencial foi derrubado em sessão do Congresso Nacional. Dessa maneira, o voto impresso passa a ser uma realidade a ser implementada imediatamente, devendo ser utilizado, inclusive, nas eleições municipais de 2016.

### 3 O temor da fraude eleitoral e a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.345

A Lei nº 12.034/2009, tal qual ocorreu posteriormente com a Lei nº 13.165/2015, ungiu-se como uma das infindáveis reformas parciais do

sistema eleitoral brasileiro, ressuscitou a ideia de conjugar-se ao sistema eletrônico de votação, e ao registro digital do voto<sup>4</sup>, mecanismos físicos de registro dos sufrágios materializados por meio da impressão de comprovantes individualizados dos mesmos.

A regra teve sua constitucionalidade contestada pela ADI nº 4.543, proposta pela Procuradoria-Geral da República, alegando, em suma, que a impressão do voto com um número único de identificação implicaria a possibilidade de desrespeito ao corolário constitucional do sigilo do voto. O órgão ministerial solicitou ainda que fosse concedida medida cautelar para suspender a eficácia da norma impugnada.

A ideia da necessidade de impressão do voto digitado nas urnas eletrônicas é objeto de uma luta travada por alguns grupos políticos brasileiros que teve sua gênese em concomitância com a própria adoção do sistema eletrônico de votação em 1996. A primeira oportunidade em que tal medida foi reinserida no sistema eleitoral brasileiro<sup>5</sup> ocorreu com a edição da Lei nº 10.408/2002, que previa a existência do voto impresso no pleito municipal de 2004. Naquela oportunidade, a ação mostrou-se onerosa e ineficaz, gerando numerosos problemas. Por conta disso, sua vigência foi exígua, vez que a Lei nº 10.740/2003 revogou expressamente o modelo de voto impresso, criando o registro digital do voto.

A Lei nº 12.034/2009 pretendia, portanto, ressuscitar uma figura já sepultada no Direito Eleitoral brasileiro, repisando uma decantada cantilena acerca da segurança insuficiente do sistema eletrônico de votação. Nessa batalha, pode-se apontar como artífice-mor e arauto na defesa do voto impresso o Partido Democrático Trabalhista (PDT), admitido, inclusive, como *amicus curiae* na ADI nº 4.543.

A desconfiança que o PDT nutre com relação ao voto eletrônico precede à própria existência das urnas eletrônicas e decorre, em grande

---

<sup>4</sup> Criado pela Lei nº 10.740/2003, o registro digital do voto permite o armazenamento das informações referentes a cada voto digitado na urna eletrônica, criando um mecanismo que propicia a realização de auditorias posteriores a fim de confirmar a higidez do sistema e a adequação dos resultados apresentados para o pleito.

<sup>5</sup> É inofidável que o sistema de votação baseado em cédulas de papel e urnas de lona era centrado fortemente na existência material do sufrágio, manifesta pelas cédulas rubricadas, preenchidas (ou não) e depositadas nas urnas.

medida, da fraude eleitoral identificada nas eleições estaduais de 1982 no estado do Rio de Janeiro, quando o Tribunal Regional Eleitoral utilizou pela primeira vez sistemas computadorizados para a totalização dos votos. Naquela oportunidade a imprensa identificou uma fraude orquestrada pelo governo militar, que objetivava impedir a eleição de Leonel Brizola, então candidato pedetista ao governo.<sup>6</sup>

O desbaratamento dessa fraude e a ocorrência de um novo episódio de adulteração de resultados, desta feita na disputa pelo Legislativo estadual, ocorrido também no Rio de Janeiro em 1994, foram fatos determinantes para desencadear em definitivo o processo de criação de um sistema eletrônico de votação imune a fraudes.<sup>7</sup>

Nesse sentido, a luta pela lisura do processo eleitoral e o respeito ao desejo do eleitor depositado nas urnas une a todos. Contudo, os mecanismos utilizados para a concretização desses ideais e os argumentos adotados para tanto produzem um desencontro. O ponto nevrálgico de tal debate refere-se, justamente, à necessidade do voto impresso. Pode-se dizer, portanto, que a ADI nº 4.543 reedita o velho combate contra a fraude que persegue as eleições brasileiras desde o seu nascedouro.

Em julgamento preambular, o Supremo Tribunal Federal, por decisão unânime, determinou, em 19 de outubro de 2011, a suspensão da eficácia da norma impugnada, tendo, posteriormente, confirmado em definitivo tal posicionamento. Conquanto a decisão tenha sido unânime, alguns dos argumentos utilizados pelos ministros precisam ser analisados mais amiúde, por serem completamente díspares.

### 3.1 Ministra Cármen Lúcia

Relatora do processo, a Ministra Cármen Lúcia elenca, durante o julgamento da cautelar, uma série de argumentos que justificam o deferimento do pedido ministerial. Inicialmente, apresenta argumentos em defesa do sigilo do voto, cláusula pétrea da Constituição, e do risco

<sup>6</sup> AMORIM; PASSOS, 2005, p. 196-197.

<sup>7</sup> CARVALHO, 2013, p. 103

real de enfraquecimento ou supressão de tal princípio com a adoção de um mecanismo identificado numericamente de impressão do voto.

Adiante, reafirma a existência no direito brasileiro do princípio do valor igualitário do voto (um eleitor, um voto) e reconhece a ameaça de um cidadão conseguir votar mais de uma vez com sistema introduzido pela Lei nº 12.034/2009. Por fim, dedica um capítulo de seu voto para tratar da vedação do retrocesso político. Resume a Ministra (BRASIL, 2011, p. 15):

Como se dá quanto aos direitos sociais, a proibição de retrocesso político-constitucional impede que direitos conquistados, como o da democracia representativa exercida segundo modelo de votação que, comprovadamente, assegura o direito ao voto como garantia de segredo e invulnerabilidade da escolha retroceda para dar lugar a modelo superado exatamente pela vulnerabilidade em que põe o processo eleitoral.

Nesse sentido, assevera que o cidadão tem pleno direito à manutenção de um sistema de votação notadamente mais seguro e que cumpre o programa constitucional de proteção à inviolabilidade do voto. A ministra reconhece, portanto, a existência de um direito fundamental implícito a um processo eleitoral honesto e, conseqüentemente, a um modelo de voto mais seguro e imune a fraudes. Nesse contexto, o retorno a mecanismos outrora abandonados, como a obrigatoriedade da impressão dos votos digitados nas urnas eletrônicas, criaria, em última instância, fragilidades no sistema eleitoral brasileiro e prejuízos aos cidadãos.

### 3.2 Ministro Gilmar Mendes

Em seu voto, o Ministro Gilmar Mendes afirma anuir com a existência de um vício na norma atacada referente à ameaça de desvirtuamento e enfraquecimento do sigilo do voto; não corrobora, contudo, um dos fundamentos apresentados pela relatora: o princípio da vedação do retrocesso.

Tratando dos motivos que levaram à edição da norma que estabelece o voto impresso, o ministro resume:

Há razões inclusive de índole política, e é nesse ponto que gostaria de me apegar para não subscrever o fundamento trazido pela eminente Relatora quanto ao chamado princípio do não retrocesso. Realmente temo que, com isso, nós passemos a ter como parâmetro de controle não apenas a Constituição, mas as leis que nós consideramos boas. Daqui a pouco, todas as leis que nós consideramos boas passarão a integrar, de alguma forma, o conceito constitucional e, no futuro, elas serão então, também, irrevogáveis por esse princípio. (BRASIL, 2011, p. 44.)

Assim, Gilmar Mendes pretende afirmar que a aplicabilidade do princípio da vedação do retrocesso, nesse caso, serviria como um espaçamento da técnica de controle de constitucionalidade, aumentando desmesuradamente os parâmetros a serem considerados para a definição de uma norma constitucionalmente hígida, incluindo de modo inadequado normas infraconstitucionais no bloco de constitucionalidade adotado como parâmetro de controle pelo Supremo Tribunal Federal.

Essa postura, segundo o ministro, traria consequências nefastas, vez que acabaria por impedir a alteração dessas normas elevando-as quase a um patamar constitucional e, conseqüentemente, redundaria, de forma temerária, em um engessamento do espectro de atuação do Poder Legislativo.

#### 4 O voto impresso no Brasil

O Brasil possui uma história eleitoral muito rica, tendo em mente que as eleições são uma realidade que remonta quase à chegada dos portugueses<sup>8</sup>. Na maior parte desse período, os eleitores materializavam seu direito ao sufrágio com o uso de cédulas eleitorais que eram depositadas em urnas de madeira ou lona. O fato de o voto ser, até então, algo palpável fortalecia a ideia de segurança e confiança do eleitor.

Contudo, esse sistema era a base para uma série infindável de fraudes que comprometiam a lisura do processo eleitoral brasileiro e praticamente anulavam o poder decisório dos eleitores, submetendo-os

---

<sup>8</sup> Segundo Walter Costa Porto (2002, p. 11) já ocorriam eleições para as Câmaras Municipais de algumas vilas do Brasil Colônia na primeira metade do século XVI.

a grupos de pressão, segundo Carvalho (2011, p. 95). Firma-se, pois, um panorama contraditório, o voto em cédula ao mesmo tempo em que é apresentado ao eleitor como uma fonte de segurança, também, abria uma fresta para a fraude.

O voto eletrônico surge para resolver esse conflito concentrando, concomitantemente, a segurança almejada pelo eleitor e o necessário bloqueio às fraudes.<sup>9</sup> Entretanto, mesmo após a consolidação do sistema eletrônico de votação, ainda persiste o desejo de criação de um suporte concreto representativo do voto, que ora é apresentado sob a forma da impressão de um comprovante dos dados digitados na urna eletrônica.

A busca insistente pelo suporte impresso do voto decorre, em parte, de experiências negativas ocorridas nos primórdios da utilização de sistemas eletrônicos no processo eleitoral brasileiro, como mencionado alhures. Contudo, não se sustenta, especialmente, quando se observa a inexistência de qualquer episódio comprovado de fraude eleitoral decorrente da utilização do sistema eletrônico de votação no Brasil.<sup>10</sup>

#### 4.1 Inconvenientes do voto impresso

A impressão de um comprovante do voto, com a aposição de um número de registro, para facilitar posterior auditoria dos resultados apurados em uma dada urna eletrônica representaria, na prática, um enorme retrocesso. Para justificar tal tese, não se pretende, em momento algum, recorrer a argumentos meramente financeiros ou econômicos que se limitem à análise dos custos de tal empreitada. Essas justificativas apresentadas pela presidente em seu veto não foram capazes de convencer a audiência. É necessário que se apresentem novos elementos.

O primeiro dado a justificar a preocupação com o voto impresso decorre do simples fato de surgir um número de controle associado a um voto permitiria a posterior conferência desses impressos e abriria uma possibilidade real de retornar-se ao nefasto período do voto de

<sup>9</sup> NICOLAU, 2004, p. 68

<sup>10</sup> PINTO, 2010, p. 204

cabresto, afrontando audaciosamente o sigilo do voto, elevado na Constituição de 1988, à dignidade de cláusula pétrea<sup>11</sup>.

Em segundo lugar, o fato de o voto só poder ser computado após sua impressão e confirmação pelo eleitor faz renascer antigos problemas relacionados à confiança entre os eleitores analfabetos ou portadores de deficiência visual. Impossibilitados de verificar a correção dos dados impressos, os cidadãos que não sabem ler ou o fazem precariamente e aqueles que não enxergam teriam de buscar auxílio de terceiros para concretizar o processo de votação com plena segurança.

Jairo Nicolau (2012, p. 135-136) reconhece, inclusive, que um dos avanços da urna eletrônica consiste nessa confirmação visual do voto por meio da imagem do candidato:

Dois dispositivos da urna eletrônica facilitaram, particularmente, o voto dos eleitores de baixa escolaridade: o uso de um teclado cujos números têm a mesma disposição dos teclados telefônicos e a apresentação da fotografia do candidato na tela após a digitação do seu número. Esse aspecto é importante de ser considerado já que o Brasil nunca utilizou uma cédula que contivesse fotografias e imagens que facilitam a escolha do eleitor.

Essa situação é mais grave do que o panorama que antecedia o voto eletrônico, oportunidade em que os eleitores poderiam valer-se de instrumentos mecânicos (normógrafos) que auxiliassem o exercício do voto, como cartões perfurados com o número ou o nome do candidato que eram apostos sobre a cédula oficial e preenchidos<sup>12</sup>; na urna eletrônica é impossível o auxílio de tais petrechos, como demonstra Gomes (2012, p. 492). Ademais, no caso dos deficientes visuais, havia

---

<sup>11</sup> Nesse sentido, salutar a lembrança de Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco (2013, p. 685): "A preservação do voto livre e secreto obriga o Estado a tomar inúmeras medidas com o objetivo de oferecer as garantias adequadas ao eleitor, de forma imediata, e ao próprio processo democrático".

<sup>12</sup> Alberto Rollo, João Fernando Lopes de Carvalho, Alberto Luis Rollo, Alexandre Rollo e Arthur Rollo (2010, p. 215) possuem entendimento diverso, alegando que o uso de qualquer instrumento que sirva de molde ou decalque pelo eleitor pode representar uma ameaça severa ao sigilo do voto se o molde for devolvido ao candidato posteriormente e, também, durante a apuração com o surgimento de cédulas que representem verdadeiros espelhos do normógrafo.

cédulas especiais em braile, o que é impossível de ocorrer na hipótese de se estabelecer a necessidade de confirmação do voto impresso, vez que o acesso do eleitor ao comprovante é estritamente visual.

Desse modo, a certeza de correção do voto representada pela imagem do candidato (para o analfabeto) e pela repetição do nome do escolhido por meio de fones de ouvido (para o deficiente visual) torna-se inócua frente à incerteza do que consta do cartão impresso e da exigência de sua conferência para validação do sufrágio.

O voto impresso criaria, também, a possibilidade de um eleitor inescrupuloso afirmar que os dados impressos no comprovante seriam diversos dos dados digitados na urna eletrônica. Nessa situação, seria criado um impasse insolúvel que poderia desacreditar o sistema e toda uma eleição produzindo uma série de eventos em cascata, que serviriam, por exemplo, a um candidato que se ache em desvantagem nas sondagens eleitorais.

Por fim, há um problema de ordem técnica: se uma das impressoras apresentasse algum problema durante a votação, o que não raro ocorre, o técnico da Justiça Eleitoral, a fim de realizar os necessários reparos e permitir a continuidade da votação, precisaria abrir o compartimento em que estavam alojados os votos já impressos e acabaria rompendo o sigilo da votação, mormente do derradeiro eleitor.

A adoção de medidas de tal natureza estaria justificada se não houvesse outros mecanismos de auditoria das urnas eletrônicas, contudo, existem protocolos rigorosos de auditoria individual e aleatória do sistema eletrônico de votação como: o registro digital do voto, a verificação pré e pós, conferência de *hashs* e a votação paralela.

Nesse sentido, não emergem justificativas plausíveis, especialmente diante da inexistência de elementos incontestáveis da ocorrência de qualquer fraude no sistema eletrônico de votação brasileiro, que levem a ressuscitar um procedimento que além de dispendioso economicamente trará ameaças reais a princípios basilares do direito ao sufrágio, como o são o sigilo e a segurança.

## 4.2 Vedação do retrocesso e voto impresso

De início, é necessário sublinhar que a modificação do artigo 59-A da Lei das Eleições pela Lei nº 13.165/2015 não significa para os direitos políticos, especialmente para o direito ao sufrágio e ao sigilo do voto, a perda da regulamentação ou a diminuição da sua eficácia jurídica e social, o que inviabilizaria seu exercício na prática.

Na realidade, o direito fundamental à participação ativa no processo político persiste hígido, contudo, sofre uma ameaça importante ao seu caráter sigiloso e à isonomia no seu exercício pelos eleitores. Isso, por si só, já seria mais que suficiente para determinar o caráter inconstitucional do voto impresso no Brasil<sup>13</sup>.

Esses argumentos são suficientes para enfraquecer a defesa da aplicabilidade ao caso em comento do princípio da vedação do retrocesso nos moldes abordados pela Ministra Cármen Lúcia quando julgou a ADI nº 4.543. Conforme Luis Roberto Barroso (2002, p. 158-159):

[...] uma lei posterior não pode extinguir um direito ou uma garantia, especialmente os de cunho social, sob pena de promover um retrocesso, abolindo um direito fundado na Constituição. O que se veda é o ataque a efetividade da norma, que foi alcançada com sua regulamentação. Assim, por exemplo, se o legislador infraconstitucional deu concretude a uma norma programática ou tornou viável o exercício de um direito que dependia de sua intermediação, não poderá simplesmente revogar o ato legislativo, fazendo a situação voltar ao estado de omissão legislativa anterior.

Esse quadro fático pode produzir uma inadequada confusão terminológica, por isso, é imperioso sublinhar que o retrocesso no sentido de simples produção de prejuízo, de retorno a um quadro inadequado não pode, sem maiores verificações, ser confundido com o princípio constitucional da vedação do retrocesso que, como verificado alhures, refere-se à gênese de uma norma que, retirando a regulamentação de um direito fundamental, atinja de morte sua eficácia.

<sup>13</sup> Posicionamento defendido pelo Ministro Gilmar Mendes (2011, p. 50) em seu voto, *in verbis*: “Desse modo, entendo que o fundamento [para declarar a inconstitucionalidade da norma] é exclusivamente constitucional quanto ao sigilo do voto e aos riscos aqui existentes”.

No caso analisado, a gênese do voto impresso não significará em nenhum sentido a destruição do exercício do voto; representará, sim, a sedimentação de uma realidade retrógrada e preconceituosa que não coaduna com a modernidade do sistema eletrônico de votação e com a independência que os eleitores almejam hodiernamente.

A defesa desse posicionamento não significa uma adesão incondicionada ao posicionamento do Ministro Gilmar Mendes. Na realidade, o voto do ministro, naquela ocasião, é lapidar por demonstrar claramente a desnecessidade de maiores perorações para reconhecer o evidente prejuízo para a democracia e para o direito ao sufrágio com a adoção do voto impresso. A simples possibilidade de afronta ao sigilo do voto já é mácula suficiente para contaminar a norma com a eiva da inconstitucionalidade.

Contudo, não se pode chegar ao extremo de minorar o alcance do princípio da vedação do retrocesso sob o argumento de que significaria a constitucionalização de normas de caráter infraconstitucional, produzindo um aumento desmesurado do bloco de constitucionalidade. Em verdade, há que se reconhecer que, como ocorre com todos os princípios constitucionais, o intérprete deve valer-se da necessária temperança no instante de sua utilização em casos concretos, esta racionalidade interpretativa é o freio que coíbe qualquer abuso. Assim, é certo que não se pode, a pretexto de preservar o modelo de controle de constitucionalidade, esvaziar o conteúdo de um princípio constitucional.

## 5 Considerações finais

A análise crítica do julgamento da Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.543 é valorosa como mecanismo de observação da democracia brasileira, especificamente no que refere ao exercício do direito ao sufrágio pelos cidadãos, servindo como parâmetro para a verificação da constitucionalidade da Lei nº 13.165/2015. Mesmo após mais de uma década de uso exitoso das urnas eletrônicas, ainda perduram dúvidas acerca de sua segurança e confiabilidade. Essas inquietações foram suficientes para fomentar a criação de lei ordinária que cria (ou recria) o voto impresso no Brasil.

O debate acerca do tema movimentou o Supremo Tribunal Federal, não quanto ao mérito, vez que os ministros foram unânimes em reconhecer a inconstitucionalidade da norma, mas especificamente no que refere aos argumentos cabíveis para justificar tal posicionamento.

Ainda que seja impossível negar o caráter retrógrado e nocivo da medida, a adoção do voto impresso não se enquadra nas hipóteses que podem ser limitadas pelo princípio da vedação do retrocesso. Isso se deve ao fato de a impressão do voto não representar, em nenhum nível, ameaça à existência e eficácia do voto.

Contudo, isso não significa que a inconstitucionalidade do dispositivo não possa ser reconhecida. Na realidade, os defeitos inafastáveis da norma decorrem de suas ameaças concretas ao sigilo do voto e ao direito de voto universal dos analfabetos e portadores de deficiência visual. Esses impasses são mais que suficientes para a configuração do vício insanável que exige o afastamento da norma do ordenamento jurídico brasileiro.

## Referências

AMORIM, Paulo Henrique; PASSOS, Maria Helena. *Plim-Plim: a peleja de Brizola contra a fraude eleitoral*. São Paulo: Conrad, 2005.

ARAGÃO, Murilo. *Reforma política: o debate inadiável*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2014.

BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI nº 4.543*. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.543 com pedido de medida cautelar. Rel. Ministra Cármen Lúcia. 19 out. 2011. Supremo Tribunal Federal, Brasília, DF, 2011. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=6925215>>. Acesso em: 27 abr. 2016.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *Ações declaratórias de constitucionalidade e ação direta de inconstitucionalidade em julgamento conjunto*. Rel. Ministro Luiz Fux. 16 fev. 2012. Supremo Tribunal Federal, Brasília, DF, 2012. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=2243342>>. Acesso em: 27 abr. 2016.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *Agravo de Instrumento nº 598.212/PR*. Rel. Ministro Celso de Mello. Data do julgamento: 10 jun. 2013. Supremo Tribunal Federal, Brasília, DF, 2013. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=5698082>>. Acesso em: 27 abr. 2016.

\_\_\_\_\_. Tribunal Superior Eleitoral. *Código eleitoral anotado e legislação complementar*. 10. ed. Brasília: Tribunal Superior Eleitoral, 2012.

BARROSO, Luis Roberto. *O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira*. 6. ed. atual. Rio de Janeiro; Renovar, 2002.

CARVALHO, José Murilo de. *Cidadania no Brasil: o longo caminho*. 14. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2011.

CARVALHO, Volgane Oliveira. Voto dado, candidato eleito? In: BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. *Estudos Eleitorais*. Brasília, n. 8, v. 2, p. 93-110, maio/ago. 2013.

FOUCAULT, Michel. *A ordem do discurso: aula inaugural no Collège de France pronunciada em 2 de dezembro de 1970*. Tradução Laura Fraga de Almeida Sampaio. 22. ed. Loyola: São Paulo, 2012.

GOMES, José Jairo. *Direito Eleitoral*. 8. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2012.

TAVARES, José Antônio Giusti. *A estrutura do autoritarismo brasileiro*. Porto Alegre: Mercado Aberto, 1982.

MIOZZO, Pablo Castro. *A dupla face do princípio da proibição do retrocesso social e os direitos fundamentais no Brasil: uma análise hermenêutica*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2010.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013.

NICOLAU, Jairo. *Eleições no Brasil: do Império aos dias atuais*. Rio de Janeiro: Zahar, 2012.

\_\_\_\_\_. *História do voto no Brasil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2004.

PINTO, Djalma. *Direito Eleitoral: improbidade administrativa e responsabilidade fiscal*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

PORTO, Walter Costa. *O voto no Brasil: da Colônia à 6ª República*. 2. ed. rev. Rio de Janeiro: Top Books, 2002.

ROCHA, Maria Elizabeth Guimarães; CICCIO FILHO, Alceu José. Reforma política, fidelidade partidária e a crise do sistema representativo brasileiro. In: *Anais do XVII Encontro Nacional do CONPEDI*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2008.

ROLLO, Alberto et al. *Eleições no direito brasileiro: atualizado com a Lei nº 12.034/2009*. São Paulo: Atlas, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 11. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

\_\_\_\_\_. Notas sobre a assim designada proibição de retrocesso social no constitucionalismo latino-americano. *Revista TST*, Brasília, v. 75, n. 3, p. 116-149, jul./set. 2009.





Esta obra foi composta na fonte Myriad Pro,  
corpo 10, entrelinhas de 13,5 pontos, em papel AP 75g/m<sup>2</sup> (miolo)  
e papel Cartão Supremo 250g/m<sup>2</sup> (capa).

