



Revista do TRE/RS

Ano II — Número 2 — Janeiro a abril de 1997

O sistema proporcional e sua inserção na Constituição Federal de 1988: conseqüências

Dr. Nelson Antonio Monteiro Pacheco²⁴

O presente e despretensioso trabalho tem por objetivo cumprir aquilo que foi pedido pelo eminente Des. Celeste Vicente Rovani, na época Corregedor Regional Eleitoral, ao votar no Recurso nº 78/96, Classe XI, de Tramandaí, julgado pelo e. Tribunal Regional Eleitoral na sessão de 11/12/96. Objetiva analisar o verdadeiro alcance do princípio insculpido nos arts. 45 e 27, § 1º, da Carta Política da República, chamado por parte da doutrina de **sistema proporcional puro**, cujo esboço começou a ser traçado a partir de artigo do Dr. Ricardo da Costa Tjäder, publicado *in* Caderno de Direito Constitucional e Eleitoral do Estado de São Paulo, de 1990, sob o título Enfoques Jurídicos das trocas de Partidos. Naquela ocasião, teve o articulista a oportunidade de enfatizar que: *“É voz autorizada também apontado para a constitucionalização do sistema proporcional que não pode ser afastado por nenhum tipo de subterfúgio”*.

Seguindo o raciocínio para bem situar a relevância do problema, lembro que se disse que a CF-88, ao determinar que as eleições respeitem o sistema proporcional para a Câmara dos Deputados e Assembleias legislativas quis mesmo adotar um **sistema proporcional puro**, além de pretender dois outros efeitos: a) tornar mais difícil a substituição do sistema proporcional por outro qualquer, em vista da necessidade de

quorum qualificado; b) respeito à força eleitoral dos partidos, demonstrada na eleição, respeitada a proporção obtida pelos demais partidos no mesmo pleito, ou seja, quem faz 10% dos votos tenha 10% das vagas, quem faz 30% dos votos tenha 30% das vagas e assim por diante.

Assim, segundo essa linha de pensamento, adotar o sistema proporcional previsto no art. 109, § 2º, do Código Eleitoral, seria atentar contra as novas disposições constitucionais, porquanto ocasionaria uma ruptura no sistema proporcional, beneficiando os partidos mais fortes. Por outro lado, a exigência do atingimento do quociente eleitoral pelos partidos mais fracos para garantir vaga nas Casas Legislativas materializava também inconstitucionalidade, uma vez que bastava-lhe atingir o quociente partidário (art. 109, I, do Código Eleitoral). Por fim, a distribuição das vagas na forma do art. 111 daquele Diploma também ofenderia a nova ordem vigente, uma vez que não se respeitaria proporcionalidade alguma ao distribuir as vagas entre os candidatos mais votados.

De plano, proclamo minha posição de que os princípios constitucionais, mesmo os agora incluídos na nossa Carta Política, mas há décadas conhecidos no ordenamento infraconstitucional, não podem ser interpretados isoladamente, tal como foi feito no caso em exame. Consoante escreveu muito bem Eros Roberto Grau, *“não se interpreta a Constituição em tiras, aos pedaços”*. Com efeito, a interpretação mais adequada impõe ao intérprete, *“sempre, em qualquer circunstância, o caminhar pelo percurso que se projeta a partir dela da norma até a Constituição”*. (A Ordem Econômica na Constituição de 1988, Interpretação Crítica, RT, 2ª Edição, p. 181).

Santi Romano, citado pelo mesmo

²⁴ Juiz do TRE

Eros Grau, já afirmava que a melhor interpretação possível era aquela que se fazia não a partir de uma norma isolada, mas a que era feita levando em consideração todo o ordenamento jurídico. Isto significa que *“o que efetivamente se interpreta é esse ordenamento, e, como consequência, a norma singular”*. (Fragmentos de un Dicionario Jurídico, p. 211). Na mesma linha Hermann Heller, que afirmou que *“o preceito particular somente pode ser fundamentalmente concebido, de modo pleno, quando se parta da totalidade da Constituição Política”*. (Teoria del Estado, p. 274).

Ao concluir esta parte do raciocínio, convém transcrever novamente as palavras do ilustre professor paulista, que, de modo invulgar, sintetizou a melhor forma de compreender a interpretação jurídica:

“A interpretação jurídica sempre há de ser desenvolvida no âmbito de três distintos contextos - o lingüístico, o sistêmico e o funcional.

A primeira pauta enunciada evidencia a importância do contexto sistêmico como campo no qual se processa a interpretação. No contexto lingüístico é distinguida a semântica dos enunciados normativos. Mas o significado normativo de cada enunciado somente é detectável no momento em que se toma como inserido no contexto do sistema para após afirmar-se, plenamente, no contexto funcional”. (Ob. cit., p. 182).

Reconheço que as formulações são áridas, dificultando a sua compreensão e aplicação prática, razão por que a citação de exemplos me parece relevante, o que farei em seguida.

Por outro lado, não é possível apagar determinado princípio, mesmo inserido deliberadamente na Constituição Federal para mudar toda a sistemática até então vigente, e querer que vigore

na sua plenitude, sem que antes haja todo um conjunto de regras aptas a concretizá-lo, ou buscadas no sistema já existente, ou criadas a partir do novo texto, por meio da legislação complementar, quando necessária, ou da legislação ordinária.

De outra parte, é aqui conveniente lembrar que, em direito, os princípios se constituem em normas secundárias, ou seja, aquelas destinadas a orientar o legislador na confecção de outras normas, portanto, provisoriamente tidas como inquestionáveis e não deduzidas de outras de seu igual teor, sendo lídima representação da vontade política do legislador no campo social, econômico, administrativo, político e etc. José Afonso da Silva os chama de **normas de princípio intuitivo**, porquanto se compõem no esquema geral de organização e estruturação das instituições. A aplicação de determinado princípio, mesmo expressamente incluído na Carta Política, exige dois passos indispensáveis do intérprete: o primeiro, que parte da aplicação do próprio princípio e procura identificar todo o conjunto de regras que os concretizam, a respeito sendo conveniente trazer novamente o magistério de Eros Roberto Grau, que louvado nos ensinamentos de Ronald Dworkin e Jean Boulanger, escreveu: *“as regras jurídicas, não comportando exceções, são aplicáveis de modo completo ou não o são, de modo absoluto, não se passando o mesmo com os princípios; é que os princípios possuem uma dimensão - a dimensão de peso e da importância que não comparece nas normas jurídicas”*. Por outro lado, *“a regra é geral porque estabelecida para um número indeterminado de atos ou fatos; não obstante ela é especial na medida em que não regula senão tais atos ou tais fatos: é editada para ser aplicada a uma situação determinada. Já o princípio comporta uma série inde-*

finida de aplicações". E Eros Grau conclui seu raciocínio por afirmar, calcado em tais e indiscutíveis premissas, que "os princípios configuram a causa, o critério e a justificação de regras. Constituem direito positivo não como regras imanentes e autônomas, porém como condição imanente do ter e do funcionar das regras". (RDP 97/73). Dessarte, o intérprete tem o dever de identificar o princípio que quer aplicar à situação concreta que lhe foi posta para exame, mas imediatamente deve buscar na legislação infraconstitucional vigente o conjunto de regras que o concretizem, sem o que a operação estará irremediavelmente condenada ao fracasso, não lhe sendo dado, como se verá em seguida, criar ao seu bel talante normas que permitam a sua aplicação; o segundo, determina que o intérprete, ao surpreender conflito na aplicação dos princípios ou mesmo entre os conjuntos de regras existentes no sistema infraconstitucional, deve partir para a sua solução. Não há método estabelecido de modo expresse no nosso ordenamento para a resolver a situação. Por isso, a solução para tal impasse foi enunciada por Fábio Bauab Boschi da seguinte forma: "quando o intérprete não encontra meios para solucionar uma questão dentro do ordenamento jurídico, deverá procurar a resposta dentro do sistema jurídico que adota, no nosso caso quando o subsistema normativo não resolve um problema devemos passar para o subsistema axiológico ou valorativo".

No nosso caso, o ordenamento jurídico não tem um critério apto a nos tirar da posição de insustentabilidade (indecibibilidade) gerada pelo conflito de normas constitucionais, no entanto, nosso sistema jurídico pode nos dar o caminho, determinando que o maior valor do direito é a justiça. Assim, onde falha o direito, deve prevalecer a justiça".

"Eduardo Couture, eminente jurista uruguaio, ensina-nos que 'o direito não é um fim, mas um meio. Na escala dos valores, não aparece o direito. Aparece, no entanto, a justiça, que é um fim em si, e a respeito da qual o direito é tão-somente um meio de atingi-la', acrescentando que o dever do intérprete, do aplicador, do advogado, é lutar pelo direito: porém, quando encontrases o direito em conflito com a justiça, luta pela justiça".

(...)

"Isto não quer dizer que o órgão aplicador possa substituir-se ao legislador, criando as normas que acha justas, mas, sim, que possa interpretar, integrar e corrigir o direito com base no próprio sistema jurídico, de forma eqüitativa e coerente com os anseios sociais". (Revista dos Tribunais, Caderno de Direito Constitucional e Ciência Política. nº 4, p. 56). Por isso, não adianta sustentar no plano jurídico que o legislador quis estabelecer direito novo, por intermédio da constitucionalização de determinado princípio, e, a partir daí querer aplicá-lo aos casos trazidos à análise, se não houver no ordenamento regras aptas a torná-lo exeqüível. Aqui o valor **justiça** não está em jogo, mas antes apenas a busca eficaz de conjunto de regras conhecidas e passíveis de imediata aplicação, ou seja, o direito.

Vamos aos exemplos:

1) - Muito ainda se discute sobre o fato gerador (rectius: hipótese de incidência) do ICMS na importação. Até a vigência da CF-88 não havia dúvida de que o imposto só era exigível quando a mercadoria ingressava no estabelecimento do importador, em vista das disposições do art. 1º, II, do Decreto-Lei nº 406/68, editado com base na norma constitucional do art. 23, § 11, da CF-67, com a redação da EC nº 01-69, verbis: **O imposto a que se refere o item**

II incidirá, também, sobre a entrada, em estabelecimento comercial, industrial ou produtor, de mercadoria importada do exterior por seu titular, inclusive quando se tratar de bens destinados a consumo ou ativo fixo do estabelecimento. Com a vigência da CF-88 a situação pareceu alterar-se, uma vez que a redação do seu art. 155, § 2º, IX, letra "a", indicava que o simples desembaraço no porto, aeroporto ou aduana era suficiente para demarcar a hipótese de incidência do tributo, abandonando o legislador definitivamente o aspecto físico da entrada no estabelecimento. O que sucedeu então: a colenda 1ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça interpretou o novo dispositivo constitucional e foi buscar no Convênio ICMS nº 66/88 as regras para a sua concretização, reconhecendo como legítima a pretensão do Estado de cobrar o imposto no ato de desembaraço da mercadoria importada; já a 2ª Câmara Cível interpretava diferentemente. Dava como recepcionado o DL 406/68 pela nova ordem estabelecida em 1988 e continuava dizendo que a entrada da mercadoria no estabelecimento do importador era o momento exato em que se caracterizava a hipótese de incidência. A celeuma foi grande, o egrégio Superior Tribunal de Justiça chegou a se posicionar de modo quase uniforme sufragando a mesma posição da 2ª Câmara Cível, mas terminou o Supremo Tribunal Federal, no RE 193.817-RJ, rel. Min. Ilmar Galvão, julgado em 23/10/96, dizendo que era mesmo no desembaraço a hipótese de incidência, abandonando o aspecto físico da entrada no estabelecimento do importador como balizamento, o que demonstra que um direito novo estabelecido na CF-88, aparentemente com toda a clareza, precisa sim de toda a base legislativa infraconstitucional para ter plena vigência.

2) - O segundo exemplo foi a criação do Adicional do Imposto de Renda, instituído no art. 155, II, da CF-88 e regulamentado em nível estadual pela Lei nº 8.792, de 30/12/88. Nosso Tribunal de Justiça chegou a reconhecer a sua constitucionalidade, uma vez que criado pela Carta Política, foi imediatamente regulamentado pelos Estados-membros e o Distrito Federal, que utilizaram a prerrogativa do art. 34, § 8º, ADCT, CF-88, para legislarem sobre o tema. Entretanto, o Supremo Tribunal Federal terminou por reconhecer sua inconstitucionalidade, apesar de todo o arcabouço legislativo infraconstitucional que o sustentava, justamente pela ausência de lei complementar que o disciplinasse (ADIn nº 618-5/600, aforada pela Confederação Nacional das Profissões Liberais contra o Governador do Estado do Rio Grande do Sul e sua Assembléia Legislativa, aresto de 06/10/93, publicado no DOU de 08/10/93). Aqui, um direito novo, perfeitamente configurado na Carta Política, regulamentado a tempo e modo oportunos pelos Estados-membros e Distrito Federal, não pode ser aplicado pela ausência de lei complementar.

Nos dois casos, o intérprete hauriu diretamente do texto da Carta Política os princípios que definiam de modo novo a hipótese de incidência do ICMS na importação e a cobrança do AdIR, mas foi primeiro na legislação infraconstitucional especialmente naquela criada depois da vigência da CF-88, ou naquela que estava em vigor e que regulava o Sistema Tributário anterior buscar os fundamentos para sua aplicação. Não bastava só dizer, por exemplo, que o Adicional do Imposto de Renda estava previsto no art. 155, II, da CF-88, para justificar sua cobrança. Era preciso encontrar no sistema infraconstitucional o conjunto de regras necessário para concretizar a plena vigência do novo tri-

buto, o que afinal não foi possível por força da decisão do STF. Exemplo mais gritante e controvertido é aquele da limitação dos juro prevista no art. 192, § 3º, da CF-88, e o esforço do mundo jurídico em encontrar no próprio ordenamento disposições que o concretizassem, apesar da posição sólida em contrário na mais alta Corte do país. Também convém recordar a matéria dos limites da pensão previdenciária e a interpretação do art. 40, § 5º, da CF-88, também a questão da isonomia e a dependência do marido em relação à mulher para efeitos previdenciários e assim tantos outros exemplos do que afirmo.

O que basicamente quis demonstrar com esse raciocínio foi que não basta ao intérprete identificar um princípio novo inserido da Constituição e, a partir disso, querer aplicá-lo de forma indiscriminada aos casos que lhe chegam ao conhecimento, sem que antes identifique o conjunto de regras aptas a torná-lo exequível.

Voltando à situação em exame, torno a gizar que a inserção do princípio da representação nas eleições proporcionais para a Câmara dos Deputados e as Assembléias Legislativas foi novidade realmente introduzida pela CF-88, repito, nos seus arts. 45 e 27, § 1º, mas já era conhecido entre nós há várias décadas. Seus contornos definitivos surgiram com o art. 94 do Código Eleitoral de 1935, passaram depois pelo art. 59, § 2º, do Código Eleitoral de 1950 e terminaram no art. 109, § 2º, do vigente CE, datado de 1965. Constituiu-se - e ainda agora se mantém assim - no verdadeiro Sistema Eleitoral Republicano do Brasil, expressão do professor Hélgio Trindade, na sua obra Reforma Eleitoral e Representação Política, Editora da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, 1990, p. 213.

O sistema de representação tal como foi posto no Código Eleitoral não

tem sucedâneo conhecido. O preceito constitucional que para alguns contém o sistema de representação proporcional na sua acepção pura simplesmente não tem correspondência legislativa no nosso sistema eleitoral capaz de permitir sua aplicação. A propósito, José Afonso da Silva escreveu o seguinte:

“Pode surgir indagação quanto a saber se o sistema proporcional é a mesma coisa que sistema de representação proporcional. Achamos que sim, até porque a Constituição menciona a representação proporcional em relação à representação partidária em outro dispositivo, art. 58, §§ 1º e 4º, mas há modalidades de representação proporcional aí possibilitadas como, por exemplo, a de eleição proporcional por votação distrital; repele, porém, o sistema distrital misto e mesmo o proporcional misto tipo alemão.

Como não existe experiência de outro sistema proporcional, que não o de representação proporcional, é deste que vamos cuidar aqui”. (Curso de Direito Constitucional Positivo, Malheiros Editores, 10ª ed., p.354)

Foi por isso que o Tribunal Superior Eleitoral, ao regulamentar os pleitos de 1990, 1992, 1994 e 1996, continuou adotando o sistema proporcional do Código Eleitoral, onde o quociente eleitoral desempenha a sua conhecida dupla função, porquanto não há outro sistema qualquer disponível na legislação infraconstitucional. Se o legislador queresse mesmo o sistema de representação puro, que regulamentasse os dispositivos constitucionais insertos em 1988 e chance para isso não faltou, tantas e tão repetidas foram no período as leis ordinárias que presidiram os diversos pleitos.

Também o nosso Tribunal Regional Eleitoral, ao responder a Consulta nº 44/96, rel. Dr. Norberto da Costa Caru-

so Mac-Donald, em 12/06/96, teve ocasião de afirmar.

“Eleição de 1996. Possibilidade de assunção de vaga em Câmara Municipal por parte de candidato a Vereador, por agremiação partidária que não obteve o quociente eleitoral. Resposta negativa ao teor do parágrafo 2º do art. 109 do Código Eleitoral”.

Idêntica orientação seguiu no Recurso nº 78/96, Classe XI, julgado em 11.12.96, cuja ementa foi a seguinte:

“Recurso. Impugnação. Cálculos para a distribuição de vagas em Câmara de Vereadores.

Preliminares rejeitadas.

A elevação do princípio da representatividade a preceito constitucional, pela Constituição Federal de 1988 (art. 45), não revoga o regramento previsto

nos arts. 105 a 113 do Código Eleitoral.

Provimento negado”.

Portanto, fechando este trabalho, estou convencido acerca da plena vigência do sistema proporcional estabelecido no art. 109, § 2º, do Código Eleitoral, com os indispensáveis complementos constantes do título I, do capítulo IV, daquele Diploma, recepcionado integralmente pela vigente Constituição da República, não havendo no nosso ordenamento base para a aplicação do chamado sistema proporcional puro. Institutos do quociente eleitoral, com a cláusula de exclusão; quociente partidário, sobras e etc que são ínsitos ao Sistema Eleitoral Republicano que vigora no Brasil há décadas e não foi substituído eficazmente.